

Proteção de dados (sensíveis), presunção do dano e taxatividade normativa: uma crítica à decisão do STJ proferida no Agravo em Recurso Especial nº 2.130.619/SP

Giulia de ANGELUCCI*

Derek Assenço CREUZ**

Thaís Goveia Pascoaloto VENTURI***

RESUMO: Este trabalho almeja analisar criticamente a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça no Agravo em Recurso Especial nº 2.130.619/SP, concentrando-se em duas questões: a (não) taxatividade do rol de dados sensíveis estabelecido pela Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) e a (des)necessidade de comprovação de dano em casos de vazamento de dados. Justifica-se o trabalho na medida em que o advento da LGPD e o reconhecimento do direito à proteção de dados como direito fundamental dão origem à necessidade de revisitar conceitos e interpretações ante a configuração social informacional para assegurar a plena eficácia dos direitos humanos e fundamentais na era da informação. A análise revela a inadequação da abordagem adotada pelo tribunal em ambas as questões. Quanto à taxatividade normativa, argumenta-se que a proteção de dados sensíveis deve ser contextualizada, considerando os riscos e danos envolvidos no processamento dos dados em cenários específicos, ao invés de basear a avaliação de sensibilidade na natureza dos dados. Já em relação à presunção de dano, defende-se que o vazamento de dados, por si só, constitui o dano aferido, dispensando-se a necessidade de comprovar danos decorrentes para que se determine a responsabilização. Os resultados destacam a necessidade de uma abordagem ampla e contextualizada, bem como uma reflexão crítica por parte do STJ e outros tribunais brasileiros, a fim de fortalecer a cultura jurídica nacional de proteção de dados pessoais e evitar sua obsolescência diante dos desafios impostos pela sociedade informacional.

PALAVRAS-CHAVE: Dados pessoais; dados sensíveis; dano moral; taxatividade; Direito da Antidiscriminação.

SUMÁRIO: 1. Introdução; – 2. A tutela do dano moral e a proteção de dados pessoais; – 3. Lei nº 13.709/2018 e dados pessoais sensíveis: uma aproximação a partir do

* Mestranda em Direito das Relações Sociais na Universidade Federal do Paraná (UFPR), contemplada com bolsa do Programa de Desenvolvimento da Pós-Graduação no Estado do Paraná (PDPG). Pós-graduada em Advocacia no Direito Digital e Proteção de Dados pela Escola Brasileira de Direito (EBRADI). Bacharela em Direito pela Universidade Positivo. Professora da Faculdade de Direito da Universidade Tuiuti do Paraná (UTP). Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Direito, Biotecnologia e Sociedade (BIOTEC). Associada à Rede de Estudos Empíricos em Direito (REED).

** Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Mestre em Direito pela UFPR, com bolsa do Programa de Excelência Acadêmica (CAPES/PROEX). Especialista em Direitos Humanos pela Faculdade CERS. Bacharel em Direito pela Universidade Positivo. Membro dos grupos de pesquisa Direitos Humanos e Vulnerabilidades da Universidade Católica de Santos (UniSantos), Direito Internacional Crítico da Universidade Federal de Uberlândia (UFU), Núcleo de Estudos em Tribunais Internacionais da Universidade de São Paulo (USP) e Núcleo de Estudos sobre a Internacionalização do Poder Punitivo (UFPR).

*** Estágio de pós-doutoramento na Fordham University - The School of Law em Nova York. Doutora e mestre em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Especialista em Direito Civil e Direito Administrativo (Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar). Graduada em Direito pela Universidade Tuiuti do Paraná (UTP). Mediadora Judicial certificada pelo Conselho Nacional de Justiça. Mediadora extrajudicial certificada pela Universidade da Califórnia - Berkeley Law School. Professora em cursos de Pós-graduação em Direito Civil. Professora da Faculdade de Direito da Universidade Tuiuti do Paraná (UTP). Estágio de doutoramento - pesquisadora Capes - na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa/Portugal. Membro do Instituto Brasileiro de Responsabilidade Civil - IBERC. Membro do Virada de Copérnico grupo interinstitucional de pesquisa e estudo de Direito Civil. Membro do Conselho Editorial da Revista Jurídica Luso-Brasileira. Editora da Revista Direito - UTP. Colunista no Migalhas. Advogada.

Direito da Antidiscriminação; – 4. A crítica à decisão do STJ proferida nos autos do AREsp nº 2.130.619/SP; – 4.1. Taxatividade do rol de dados pessoais sensíveis e insensibilidade jurídica; – 4.2. A necessidade de comprovação de dano sofrido em razão do vazamento de dados e a incoerência jurisprudencial; – 5. Conclusão; – Referências.

TITLE: *(Sensitive) Data Protection, Presumption of Damage and Normative Exhaustion: a Critique on the Brazilian Superior Court of Justice's Decision Rendered in Special Appeal n. 2.130.619/SP*

ABSTRACT: *This paper aims to critically analyze the Brazilian Superior Court of Justice decision rendered in the Specific Appeal in Special Appeal n. 2.130.619/SP, delving into two issues: the (non) exhaustion of the sensitive data list established by the Brazilian General Data Protection Law (LGPD, in Portuguese) and the (un)necessity of proving damage in cases of data leakage. The research is justified by the advent of the LGPD and the recognition of the right to data protection as a fundamental right, which requires revisiting concepts and interpretations before the informational social configuration to ensure the full effectiveness of human and fundamental rights in the age of information. The analysis reveals the inadequacy of the approach adopted by the court in both issues. Regarding normative exhaustion, it is argued that the protection of sensitive data should be contextualized, considering the risks and damages involved in data processing in specific scenarios, rather than basing sensitivity assessment on the nature of data. As for the presumption of damage, it is argued that data leakage in itself constitutes the ascertained damage, dispensing the need to prove consequential damages for liability determination. The results highlight the need for a broad and contextualized approach, as well as critical reflection by the Superior Court of Justice and other Brazilian courts, to strengthen the national legal culture of personal data protection and avoid its obsolescence in the face of challenges posed by the informational society.*

KEYWORDS: *Data protection; sensitive data; moral damage; exhaustion; Anti-Discrimination Law.*

CONTENTS: *1. Introduction; – 2. Moral damage and personal data protection; – 3. Law n. 13.709/2018 and sensitive personal data: an Anti-Discrimination Law approach; – 4. Critique on the STJ's decision rendered in AREsp n. 2.130.619/SP; – 4.1. Exhaustion of the sensitive personal data list and legal insensitivity; – 4.2. The need to prove damages due to data leakage and legal incoherence; – 5. Conclusion; – References.*

1. Introdução

A emergência da Era da Informação,¹ com todas as suas mazelas e nuances, trouxe consigo novas preocupações diante da digitalização da vida e dos direitos. A proteção de dados pessoais, hoje um tema de estatura constitucional² cuja amplitude atinge tribunais estaduais e federais, nas suas primeiras e segundas instâncias, bem como os tribunais superiores, é um imperativo normativo de relevância contemporânea inegável. As

¹ CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede. A era da informação: economia, sociedade e cultura*, Volume I. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

² MENDES, Laura S.; FONSECA, Gabriel C. S. da. STF reconhece direito fundamental à proteção de dados. *Revista dos Tribunais*, v. 130, p. 471-478, jul.-ago. 2020; SARLET, Ingo W. Proteção de dados pessoais como direito fundamental na Constituição Federal brasileira de 1988: contributo para a construção de uma dogmática constitucionalmente adequada. *Direitos Fundamentais & Justiça*, a. 14, n. 42, p. 179-218, jan./jun. 2020.

fronteiras do conhecimento em relação aos dados e a temas correlatos, como *big data*, algoritmos e inteligência artificial, estão em crescimento exponencial e (re)definição constante, o que consequentemente atrai novos debates e disputas teóricas e práticas.³

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), como um dos tribunais superiores brasileiros, não é alheio a esses debates e disputas. Ao contrário, é crescente o chamado à corte para que aperfeiçoe e refine a interpretação e aplicação da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), o principal referencial normativo no ordenamento jurídico brasileiro da matéria. Duas das inúmeras matérias em que o tribunal já se manifestou a respeito são a (des)necessidade de comprovação de dano em caso de vazamento de dados e a taxatividade normativa do rol de dados pessoais sensíveis. Os dois temas já receberam considerável atenção na literatura especializada.⁴

Visando contribuir para esses debates e, em geral, para o fortalecimento da cultura brasileira de proteção de dados pessoais, este artigo tem como objetivo realizar uma crítica à decisão do STJ proferida nos autos do Agravo em Recurso Especial nº 2.130.619/SP.⁵ Especificamente, ocupa-se da posição adotada pelo tribunal quanto à necessidade de comprovação de dano decorrente do vazamento de dados, visando analisar se a fundamentação eleita pelo STJ está alinhada com a estrutura normativa da proteção de dados e com a bibliografia. Além disso, conjugando os desenvolvimentos na área do Direito Civil com o Direito da Antidiscriminação e os Direitos Humanos, o trabalho também almeja avaliar o posicionamento do STJ quanto à taxatividade normativa em relação ao rol de dados pessoais sensíveis.

Este é um estudo qualitativo que adota como seu método de pesquisa as premissas da Metodologia de Análise de Decisões (MAD). A escolha se justifica na medida em que o

³ FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura; LONGHI, João Victor Rosatti; GUGLIARA, Rodrigo. *Proteção de dados pessoais na sociedade de informação*. Indaiatuba: Foco, 2021.

⁴ Por exemplo, GODINHO, Adriano M.; QUEIROGA NETO, Genésio R. de; TOLÊDO, Rita de C. de M. A responsabilidade pela violação a dados pessoais. *Revista IBERC*, v. 3, n. 1, p. 01-23, jan.-abr. 2020; MULHOLLAND, Caitlin; MARTINS, Guilherme M.; ROSENVALD, Nelson. Responsabilidade civil por danos causados pela violação de dados sensíveis e a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei 13.709/18). In: MARTINS, Guilherme M.; ROSENVALD, Nelson (Org.). *Responsabilidade civil e novas tecnologias*. Belo Horizonte: Foco, 2020, p. 109-124; COUTO, José Henrique de O. Vazamentos de dados e dano moral 'in re ipsa': comentários ao Agravo em Recurso Especial nº 2.130.619/SP. *Revista IBERC*, v. 6, n. 2, p. 171-188, 2023; NEGRI, Sergio M. C. de Á.; KORKMAZ, Maria Regina D. C. R. A normatividade dos dados sensíveis na Lei Geral de Proteção de Dados: ampliação conceitual e proteção da pessoa humana. *Revista de Direito, Governança e Novas Tecnologias*, v. 5, n. 1, p. 63-85, jan./jun. 2019; KONDER, Carlos Nelson. O tratamento de dados sensíveis à luz da Lei 13.709/2018. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (Coord.). *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 441-458.

⁵ Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial nº 2.130.619-SP. Segunda Turma. Agravante: Eletropaulo Metropolitana Eletricidade de São Paulo S.A. Agravado: Maria Edite de Souza. Relator: Min. Francisco Falcão. Brasília, 07 de março de 2023.

método permite que se produza uma “explicação do sentido das decisões a partir de interpretação sobre o processo decisório, sobre a forma das decisões e sobre os argumentos produzidos”.⁶ A MAD é geralmente utilizada para aferir práticas decisórias a partir da coerência sistêmica de um conjunto de decisões.

Este trabalho, no entanto, debruça-se sobre uma decisão específica, selecionada intencionalmente por ter sido proferida por órgão colegiado de competência nacional e pelo potencial teórico-analítico da decisão. Aproveita-se da MAD, então, a técnica para a análise da construção de sentidos e interpretações realizada pelos(as) juízes(as), buscando contrapor a *ratio decidendi*, “os argumentos principais sem os quais a decisão não teria o mesmo resultado”,⁷ com os apontamentos desvelados pela revisão de literatura.

2. A tutela do dano moral e a proteção de dados pessoais

O Direito Civil contemporâneo é marcado pela relativização e fragmentação conceitual, sobretudo em razão da gradativa e dinâmica alteração da estrutura dos conceitos jurídicos, oriunda do modo de ser da sociedade atual, a reclamar pela funcionalização conceitual em busca da concretização da igualdade substancial.⁸ Para além da adequada proteção das relações jurídicas patrimoniais - categoria amplamente tutelada e regulamentada -, deve preponderar a salvaguarda da pessoa,⁹ sobretudo no que diz respeito às condições imprescindíveis para o seu pleno desenvolvimento individual e social, o que possui especial relevância no campo dos direitos da personalidade¹⁰ e dos direitos coletivos em sentido amplo.¹¹

⁶ FREITAS FILHO, Roberto; LIMA, Thalita M. Metodologia de Análise de Decisões – MAD. *Universitas Jus*, n. 21, p. 01-17, jul./dez. 2010, p. 07.

⁷ MEDINA, José M. G. *Direito processual civil moderno*. 2. ed. rev. at. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1234.

⁸ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família*. Rio de Janeiro: GZ, 2011.

⁹ “(...) a tutela de um patrimônio mínimo nucleado na dignidade da pessoa humana, parece-nos bem representar o novo sentido a ser dado ao patrimônio na perspectiva de um direito civil repersonalizado - o qual tão-só se legitima a partir do momento em que observam os valores existenciais e primordiais da pessoa, que hoje estão encartados em sede constitucional”. A proteção do patrimônio, todavia, não restou esvaziada ou menosprezada, mas sim redimensionada em face da valorização da dignidade da pessoa humana, viabilizada, em grande medida, pela proteção de interesses extrapatrimoniais. De tal forma, “o patrimônio (e o próprio Direito) está a serviço da pessoa, razão de ser e fim último de todos os saberes” (FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 269 e 258).

¹⁰ “A fundamentação dos direitos de personalidade pode, nesse sentido, ser compreendida como uma nova dissociação e funcionalização da pessoa humana pelo Direito, procurando escapar da lógica predominante de hipervalorização da racionalidade e da liberdade individual” (GEDIEL, José Antônio Peres. *Tecnociência, dissociação e patrimonialização jurídica do corpo humano*. In: FACHIN, Luiz Edson (Org.). *Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 68).

¹¹ VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil*. Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Malheiros, 2007. ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. *Curso de processo civil coletivo*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

Torna-se imprescindível a compreensão das mudanças axiológicas ocorridas no núcleo da responsabilidade civil, evidenciando o estado de crise pelas quais todo o sistema de responsabilização vem passando. Paradoxalmente, a responsabilidade civil deve sua estabilidade institucional à sua constante transformação, sendo justamente a sua mutabilidade um dos seus traços mais marcantes.¹²

Nesse contexto, o surgimento de novas funções – ou a flexibilização daquelas classicamente conhecidas – demonstra o comprometimento do instituto da responsabilidade civil em se adaptar para atender às necessidades da sociedade contemporânea. A multifuncionalização aponta precisamente para esse caminho, em que pese não ser o foco do presente estudo.

Dentre as diversas funções assumidas pela responsabilidade civil, a mais tradicional é a função reparatória por meio da qual se intenta o restabelecimento do *status quo* das relações sociais, equilibrando-as aos moldes verificados anteriormente à ocorrência de um dano.¹³ Propiciar à vítima uma reparação efetiva, desfazendo tanto quanto possível os reflexos dos prejuízos causados, sobretudo diante do surgimento e da expansão de novos danos, representa uma conquista já consolidada pela legislação e absorvida pelos operadores do sistema de justiça.¹⁴

Esta função se bifurca em duas outras, de acordo com a natureza do dano que se pretende reparar. No caso dos danos patrimoniais, recorre-se à função indenizatória, cujo objetivo é recompor o patrimônio prejudicado à condição em que se encontrava anteriormente ao dano sofrido.¹⁵ Os danos extrapatrimoniais, por outra via, não são e nem podem ser quantificados em termos monetários, recaindo sobre estes a compensação. A função

¹² Acerca da mutabilidade e transformações inerentes aos institutos jurídicos, esclarece Cárcova: “Tudo o que é sólido desvanece, dogmas teorias, fronteiras, ideologias, muros, ideais, convicções, certezas. E, embora essa circunstância não deixe de produzir apreensões, é claro que também oferece múltiplas possibilidades. Não só para procurar entender as transformações que nos envolvem, mas também para tentar fazer parte delas, contribuindo para lhe dar sentido. A insuficiência das visões teóricas tradicionais estimulou, nestes últimos anos, o surgimento de linhas alternativas. Durante algum tempo, o cenário se tornou confrontador e faccioso: jusnaturalistas *versus* positivistas, realistas *versus* formalistas, normativistas *versus* egológicos, analíticos *versus* críticos, monistas *versus* pluralistas etc. Atualmente, como sempre acontece, ainda sobrevive algo de faccioso, mas a absoluta maioria de pensadores e de pesquisadores que voltam sua atenção para os problemas de natureza sociojurídica, assumindo a complexidade que comportam no final do milênio, costuma rejeitar as explicações paradigmáticas, sempre elegantes, mas estritas, e optar pelas explicações transparadigmáticas, que, com aporte de muitas vozes, se constroem, mais modesta e pluralmente, com multiplicidade de perspectivas, cada uma das quais capaz de apreender um aspecto do fenômeno, constituído para o fim – à maneira de Schutz- pela totalidade dessas perspectivas” (CÁRCOVA, Carlos Maria. *A opacidade do direito*. Trad. Edilson Alkmim Cunha. São Paulo: Ltr, 1998, p. 63-64).

¹³ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Limites ao princípio da reparação integral no direito brasileiro. *Civilistica.com*, a. 7, n. 1, 2018.

¹⁴ VENTURI, Thaís G. P. *Responsabilidade civil preventiva: a proteção contra a violação dos direitos e a tutela inibitória material*. São Paulo: Malheiros, 2014.

¹⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

compensatória, portanto, visa ofertar uma reparação que possibilite, em alguma medida, amenizar os efeitos oriundos da situação lesiva, longe de ser alcançada por via de raciocínios simplistas, sobretudo quando se percebe que a questão envolve a análise de valores imateriais atinentes à pessoa.¹⁶

A atribuição de uma reparação está vinculada à verificação de alguns requisitos: deve haver um fato antijurídico, com nexo de imputação que torne possível atribuir a alguém sua autoria, e deste fato deve ocorrer a superveniência de um dano que viole um bem juridicamente protegido.¹⁷

Em linhas gerais, fato antijurídico é toda ação ou omissão que esteja em contrariedade aos preceitos jurídicos e fira os direitos de outrem.¹⁸ Já o nexo de imputação é o meio pelo qual a responsabilidade pelo fato antijurídico é atribuída a alguém.¹⁹ Tradicionalmente, essa imputação decorre de um juízo subjetivo por meio do qual se verifica a culpa, configurada a partir de imprudência, imperícia ou negligência. Contudo, há situações excepcionais nas quais se admite a imputação de forma objetiva, independentemente da verificação de culpa.²⁰

O nexo de causalidade, por sua vez, representa o vínculo entre o dano e o fato gerador.²¹ Muito embora seja considerado a esfinge da responsabilidade civil,²² com diferentes teorias que visam elucidar sua extensão e seus limites, para os fins deste artigo basta elucidar que o nexo de causalidade é o meio pelo qual o evento danoso é conectado ao fato ou ato que o gerou.

A lesão de bem juridicamente protegido compreende a averiguação da inclusão do bem lesado dentro do âmbito de proteção trazido pelo ordenamento jurídico.²³ O Código Civil de 2002 possui uma cláusula geral de proteção, conforme depreende-se do texto dos seus artigos 186, 187 e 927.

¹⁶ VENTURI, Thaís G. P. *Responsabilidade civil preventiva: a proteção contra a violação dos direitos e a tutela inibitória material*. São Paulo: Malheiros, 2014.

¹⁷ ALTHEIM, Roberto. *A atribuição de indenizar no direito brasileiro: superação da teoria tradicional da responsabilidade civil*. 2006. 191 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006; CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2015; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

¹⁸ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

¹⁹ VENTURI, Thaís G. P. *Responsabilidade civil preventiva: a proteção contra a violação dos direitos e a tutela inibitória material*. São Paulo: Malheiros, 2014.

²⁰ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

²¹ *Ibid.*

²² BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

²³ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

O dano lesa aquilo que é protegido pelo ordenamento jurídico, sendo apreendido como o prejuízo sofrido individual ou coletivamente, de natureza patrimonial ou extrapatrimonial, em decorrência de uma antijuridicidade.²⁴

Os danos extrapatrimoniais são aqueles que não podem ser medidos apenas economicamente, atingindo o patrimônio ideal da pessoa.²⁵ A classificação mais coerente e adequada para abranger todas as categorias de danos que afetam diretamente e na integralidade a pessoa seria denominada de “danos à pessoa”. Trata-se de uma “*fattispecie* em construção”, capaz de englobar qualquer indevida afetação do ser humano em sua integridade psicossomática e existencial, abrangendo o “dano biológico ou à saúde”, o “dano ao projeto de vida”, o “dano moral em sentido estrito”, o “dano existencial ou dano à normalidade da vida de relação”, dentre outros.²⁶

Assim, o dano moral em sentido amplo está ligado aos direitos da personalidade e à dignidade da pessoa humana, sendo delineado em consonância com os preceitos constitucionais.²⁷ Compatibiliza-se, portanto, com o “dano produzido em virtude de ato antijurídico na esfera jurídica extrapatrimonial de outrem, seja como agravo a direito da personalidade, seja como efeito extrapatrimonial de lesão à esfera patrimonial”.²⁸

A complexidade das relações sociais na sociedade de riscos trouxe à tona a caracterização de novas modalidades de danos, tuteladas a partir da ampla proteção de valores essenciais e intrínsecos à pessoa humana, nos moldes trazidos pela Constituição Federal e pelo Código Civil.²⁹

A reconceituação e o redimensionamento dos danos, decorrentes das alterações da forma de ser na vida social, têm acarretado e ainda acarretarão profundas revisões nos sistemas de justiça. Assim, gradativamente se reconhecem novas titularidades, novos danos e de novas categorias de direitos – tanto materiais como processuais.

²⁴ VENTURI, Thaís G. P. *A responsabilidade civil e sua função punitivo-pedagógica no direito brasileiro*. 2006. 234 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006.

²⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

²⁶ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

²⁷ FEIJÓ, Arthur Nogueira. *Direito civil punitivo: do dano moral punitivo à causa geral de multa civil*. Curitiba: Juruá, 2019.

²⁸ MARTINS-COSTA, Judith. Dano moral à brasileira. *RIBD*, ano 3, n. 9, p. 7073-7122, 2014.

²⁹ LUTZKY, Daniela Courtes. A necessidade de um verdadeiro olhar constitucional sobre a ação de reparação de danos imateriais. *Revista IBERC*, v. 2, n. 1, p. 01-28, jan.-abr./2019.

Os avanços tecnológicos, sobretudo na área da tecnologia da informação, notadamente a partir do surgimento da Internet,³⁰ ocasionaram a expansão da forma de concepção da privacidade, em razão da facilidade com a qual as informações pessoais passaram a ser disseminadas, colocando em risco a esfera privada dos indivíduos.

A velocidade, a amplitude, a profundidade e o impacto sistêmico trazidos pela inserção da tecnologia nos variados aspectos da vida humana inauguram uma Quarta Revolução Industrial.³¹ Nesse contexto, reformula-se o direito à privacidade, que não só mais implica uma acepção negativa, exercida horizontalmente contra outros particulares,³² mas também o controle sobre as próprias informações.³³

O advento da Internet caracteriza a eclosão da Era da Informação,³⁴ na qual a circulação de dados e informações ocorre de maneira acelerada e incontrolável, em dimensões incalculáveis e velocidade sem precedentes,³⁵ gerando inseguranças quanto à proteção da liberdade e da privacidade dos usuários.

Ante a complexificação das relações sociais, notadamente pautado pela popularização do acesso às redes, e a caracterização da sociedade da informação, novas situações danosas³⁶ surgiram. Torna-se necessária a instituição de mecanismos de controle, responsabilização e mitigação destes danos gerados no meio digital, de modo a sustentar “a segurança e o exercício de direitos”³⁷ dos usuários da rede.

Uma vez que a informação pessoal se torna objetiva e vinculada ao titular e passa a ser caracterizada por critérios identificadores ou pelos próprios atos da pessoa³⁸, a proteção de dados, uma preocupação outrora estritamente técnica e restrita a bancos de dados,

³⁰ CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede. A era da informação: economia, sociedade e cultura*, Volume I. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

³¹ SCHWAB, Klaus. *A Quarta Revolução Industrial*. São Paulo: Edipro, 2018.

³² PEIXOTO, Erick L. C.; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. Breves notas sobre a ressignificação da privacidade. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, v. 16, p. 35-56, abr./jun. 2018.

³³ RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade de vigilância: privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 92.

³⁴ CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede. A era da informação: economia, sociedade e cultura*, Volume I. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

³⁵ NASCIMENTO, Valéria Ribas do. Direitos fundamentais da personalidade na era da sociedade da informação – Transversalidade da tutela à privacidade. *Revista de Informação Legislativa*, a. 54, n. 213, p. 265-288, jan./mar. 2017;

³⁶ TEFFÉ, Chiara S. de; MORAES, Maria Celina B. de. Redes sociais virtuais: privacidade e responsabilidade civil. Análise a partir do Marco Civil da Internet. *Pensar – Revista de Ciências Jurídicas*, v. 22, n. 1, p. 108-146, jan.-abr. 2017; DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. 2. ed. rev. e at. São Paulo: Thomson Reuters, Kindle, 2020.

³⁷ PIAIA, Thami C.; COSTA, Bárbara S.; WILLERS, Miriane M. Quarta Revolução Industrial e a proteção do indivíduo na sociedade digital: desafios para o Direito. *Revista Paradigma*, a. XXIV, v. 28, p. 122-140, jan./abr. 2019, p. 136.

³⁸ DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. 2. ed. rev. e at. São Paulo: Thomson Reuters, Kindle, 2020.

torna-se mais abrangente, direcionada ao indivíduo e vinculada aos direitos humanos e fundamentais.³⁹

Não à toa, o direito à proteção de dados é reconhecido como direito autônomo pelo Supremo Tribunal Federal em 2021⁴⁰ e, alguns meses depois, passa a integrar o texto constitucional na qualidade de direito fundamental.⁴¹ Na Constituição, embora intrinsecamente conectado com outros direitos fundamentais, o direito à proteção de dados assume inequivocamente um *status* autônomo.⁴²

Gediel e Corrêa⁴³ destacam que a proteção de dados pessoais sofre ingerências de dois principais mecanismos: por um lado, a coerção estatal no sentido de aumentar a quantidade e a qualidade das informações disponíveis dos cidadãos; por outro, a força mercadológica oriunda da valoração econômica dos dados pessoais, em especial – mas não somente – para o perfilamento de consumidores.

No ordenamento jurídico nacional, a proteção de dados é, hoje, sistematizada e executada a partir da Lei nº 13.709/2018, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. A legislação, resultado de quase uma década de discussões sobre os limites da privacidade e do uso de dados no Brasil,⁴⁴ privilegia a prevenção de danos à pessoa e a segurança no tratamento de dados, buscando “antecipar os riscos de violação à privacidade, como também evitar tratamentos abusivos de informações e vazamentos de dados”.⁴⁵

A LGPD, que tutela o tratamento de dados pessoais,⁴⁶ tem entre seus objetos de tutela a proteção da liberdade, da privacidade e do livre desenvolvimento da personalidade no meio ambiente digital, e tem como alguns de seus fundamentos “os direitos humanos, o

³⁹ SARLET, Ingo W. Fundamentos constitucionais: o direito fundamental à proteção de dados. In: MENDES, Laura S. *et al.* (Org.). *Tratado de proteção de dados pessoais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 21-60.

⁴⁰ Supremo Tribunal Federal. Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.393 Distrito Federal. Plenário. Requerente: Partido Comunista do Brasil. Intimado: Presidente da República. Relatora: Min. Rosa Weber. Brasília, 06 de maio de 2020.

⁴¹ BRASIL. *Emenda Constitucional nº 115, de 10 de fevereiro de 2022 ("Altera a Constituição Federal para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais e para fixar a competência privativa da União para legislar sobre proteção e tratamento de dados pessoais.")*. Brasília: Presidência da República, 2022.

⁴² SARLET, Ingo W.; SAAVEDRA, Giovanni A. Fundamentos jusfilosóficos e âmbito de proteção do direito fundamental à proteção de dados pessoais. *Revista Direito Público*, v. 17, n. 93, p. 33-57, maio/jun. 2020.

⁴³ GEDIEL, José Antônio Peres; CORRÊA, Adriana Espíndola. Proteção jurídica de dados pessoais: a intimidade sitiada entre o Estado e o mercado. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, n. 47, p. 141-153, 2008.

⁴⁴ FINKELSTEIN, Maria Eugenia; FINKELSTEIN, Claudio. Privacidade e Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. *Revista de Direito Brasileira*, v. 23, n. 9, p. 284-301, maio/ago. 2019, p. 293.

⁴⁵ TEPEDINO, Gustavo. Desafios da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 26, n. 4, p. 11-15, out./dez. 2020, p. 12.

⁴⁶ A LGPD conceitua dado pessoal como toda “informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável” (art. 5º, I).

livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais”.⁴⁷ Em seu artigo 42, a LGPD instituiu que controladores e operadores deverão reparar os prejuízos causados em razão de sua atividade de tratamento de dados, sendo estes prejuízos verificados na esfera patrimonial ou moral.⁴⁸

No artigo subsequente, o artigo 43, o legislador da LGPD elencou três situações nas quais os agentes de tratamento não serão responsabilizados, incumbindo a eles o dever de provar que o caso concreto se alinha à uma destas hipóteses. Não haverá atribuição de responsabilidade caso (i) não tenham realizado o tratamento dos dados pessoais; (ii) não tenham violado a LGPD durante o tratamento; (iii) caso o dano ocorrido decorra exclusivamente de culpa do titular dos dados ou de terceiro.⁴⁹

3. Lei nº 13.709/2018 e dados pessoais sensíveis: uma aproximação a partir do Direito da Antidiscriminação

Além da categoria regular de dados pessoais, a LGPD também prevê, em seu artigo 5º, inciso II, o dado pessoal sensível, cujo tratamento jurídico já é conhecido da legislação brasileira desde a Lei do Cadastro Positivo.⁵⁰ Dados pessoais sensíveis são, dessa maneira, uma espécie, ou uma categoria, de dados pessoais intrinsecamente vinculada à não-discriminação que tem por objetivo atribuir grau adicional de proteção a certos dados em razão de seu potencial lesivo.⁵¹

Já que o tratamento de dados sensíveis e o perfilamento social e individual pode resultar na discriminação, deve-se interpretar o direito à privacidade como, por um lado, a proteção de escolhas de vida contra qualquer forma de controle público e estigma social, e, por outro, a reivindicação de limites que blindam a pessoa de ser simplificada e avaliada fora de seu próprio contexto.⁵² Por isso, a natureza e a qualidade dos dados

⁴⁷ LGPD, art. 2º, VII.

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ MULHOLLAND, Caitlin S. Dados pessoais sensíveis e a tutela de direitos fundamentais: uma análise à luz da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018). *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, v. 19, n. 3, p. 159-180, set./dez. 2018, p. 167-168.

⁵¹ KONDER, Carlos Nelson. O tratamento de dados sensíveis à luz da Lei 13.709/2018. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (Coord.). *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 455.

⁵² RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade de vigilância: privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 12.

sensíveis, amalgamadas ao seu potencial lesivo, justifica um *standard* protetivo mais rigoroso que o tradicional.⁵³

São sensíveis aqueles dados que se relacionam à dignidade humana, uma vez que são particularmente suscetíveis ao uso discriminatório, levando à estigmatização, exclusão ou segregação.⁵⁴ Nesse sentido, o artigo 5º, II da LGPD conceitua dado pessoal sensível como todo dado pessoal relacionado à 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. O rol é mais abrangente do que aquele previsto no Projeto de Lei nº 4060/2012, originário da LGPD, que categorizava como sensível o dado relativo “à origem social e étnica, à informação genética, à orientação sexual e às convicções políticas, religiosas e filosóficas do titular”.

O caráter especialíssimo de dados sensíveis está diretamente relacionado à sua *raison d'être*: frear práticas, atitudes e decisões com intenção ou efeito discriminatórios. A criação da categoria de dados sensíveis é resultado de uma observação relacional dos efeitos – e, principalmente, do maior dano – do processamento desses dados, quando comparado a outros, em uma determinada configuração social.⁵⁵

A privacidade nas/a partir das margens,⁵⁶ em sua dimensão de autodeterminação informativa-existencial, une-se com o reconhecimento da construção dinâmica da identidade pessoal para formar um novo instrumento da proteção jurídica do ser humano contra ameaças de estigmatização e discriminação oriundas do desenvolvimento tecnológico.⁵⁷

Se, de um lado, defende-se a taxatividade do rol construído pelo artigo 5º, II,⁵⁸ por outro, o argumento é de que, já que o elemento característico do dado pessoal sensível é sua

⁵³ NEGRI, Sergio M. C. de Á.; KORKMAZ, Maria Regina D. C. R. A normatividade dos dados sensíveis na Lei Geral de Proteção de Dados: ampliação conceitual e proteção da pessoa humana. *Revista de Direito, Governança e Novas Tecnologias*, v. 5, n. 1, p. 63-85, jan./jun. 2019, p. 75.

⁵⁴ KONDER, Carlos Nelson. O tratamento de dados sensíveis à luz da Lei 13.709/2018. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (Coord.). *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 455.

⁵⁵ DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. 2. ed. rev. e at. São Paulo: Thomson Reuters, Kindle, 2020.

⁵⁶ SKINNER-THOMPSON, Scott. *Privacy at the Margins*. Cambridge: Cambridge University Press, 2020.

⁵⁷ KONDER, Carlos Nelson. O tratamento de dados sensíveis à luz da Lei 13.709/2018. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (Coord.). *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 451.

⁵⁸ Por exemplo, NEGRI, Sergio M. C. de Á.; KORKMAZ, Maria Regina D. C. R. A normatividade dos dados sensíveis na Lei Geral de Proteção de Dados: ampliação conceitual e proteção da pessoa humana. *Revista de Direito, Governança e Novas Tecnologias*, v. 5, n. 1, p. 63-85, jan./jun. 2019, p. 74.

utilização discriminatória, há, ou deve haver, maior flexibilidade na aplicação da norma ao caso concreto.⁵⁹ Para o argumento pela flexibilidade, adota-se o entendimento de que o tratamento indevido de dados pessoais sensíveis pode gerar discriminação, seja porque dados pessoais, outrora não sensíveis, podem se tornar sensíveis se se revelam discriminatórios a partir do perfilamento, seja porque a esfera individual pode ser prejudicada quando se pertence a um grupo do qual tenha sido traçado um perfil com conotações negativas.⁶⁰

A relação entre privacidade e discriminação advém, para Custers,⁶¹ do escrutínio dos efeitos do uso de mineração de dados e perfilamento: ainda que daí possam resultar efeitos positivos, dois dos principais efeitos negativos dessas práticas são a discriminação e a invasão de privacidade. Uma vez que os direitos à não-discriminação e à privacidade compartilham uma mesma natureza regulatória⁶² e protegem diferentes dimensões de um indivíduo a partir de uma mesma perspectiva, seus escopos de proteção podem se entrecruzar e são, portanto, complementares.

Nesse sentido, os institutos oriundos do Direito da Antidiscriminação podem e devem ser aplicados a fim de vedar a emergência de novas formas de discriminação que resultem do perfilamento algorítmico.⁶³

A partir do mandamento antidiscriminatório, que “aponta para a reprovação de condutas e situações em que desvantagens e subordinações são historicamente forjadas e socialmente estabelecidas”,⁶⁴ o Direito da Antidiscriminação veda a utilização de certas categorias com relevância jurídica em razão de seu papel em processos de exclusão

⁵⁹ Por exemplo, CASAGRANDE, Melissa M.; GONDIM, Glenda G.; CREUZ, Derek A.; BLICHARSKI, Carolina S. M. A proteção de dados pessoais de pessoas refugiadas e solicitantes de refúgio. In: JUBILUT, Líliliana L. *et al.* (Org.). *Direitos humanos e vulnerabilidade e o direito internacional dos refugiados*. Boa Vista: UFRR, 2021, p. 777-806; FICO, Bernardo de S. D.; NOBREGA, Henrique M. The Brazilian Data Protection Law for LGBTQIA+ People: Gender Identity and Sexual Orientation as Sensitive Personal Data. *Revista Direito e Práxis*, v. 14, n. 2, p. 1262-1288, 2022; COSTA, Ramon S.; GAGLIARDI, Marília P.; TORRES, Livia P. Gender Identity, Personal Data and Social Networks: An Analysis of the Categorization of Sensitive Data from a Queer Critique. *Revista Direito e Práxis*, v. 14, n. 1, p. 301-329, 2023.

⁶⁰ RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade de vigilância: privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 56.

⁶¹ CUSTERS, Bart. Data Dilemmas in the Information Society: Introduction and Overview. In: CUSTERS, Bart *et al.* (Ed.). *Discrimination and Privacy in the Information Society: Data Mining and Profiling in Large Databases*. Berlim: Springer, 2013, p. 03-26.

⁶² GELLERT, Raphaël; VRIES, Katja de; HERT, Paul de; GUTWIRTH, Serge. A Comparative Analysis of Anti-Discrimination and Data Protection Legislations. In: CUSTERS, Bart *et al.* (Ed.). *Discrimination and Privacy in the Information Society: Data Mining and Profiling in Large Databases*. Berlim: Springer, 2013, p. 61-89.

⁶³ MANN, Monique; MATZNER, Tobias. Challenging Algorithmic Profiling: The Limits of Data Protection and Anti-Discrimination in Responding to Emergent Discrimination. *Big Data & Society*, v. 6, n. 2, 2019, p. 07.

⁶⁴ RIOS, Roger Raupp. Direito à igualdade e não-discriminação nos direitos humanos internacionais: aspectos gerais. In: BRAGATO, Fernanda Frizzo (Ed.). *O conteúdo jurídico dos direitos humanos: direitos civis e políticos nos instrumentos internacionais*. Brasília: ENADPU, 2022, p. 233.

social.⁶⁵ Isso porque tanto a identidade quanto a discriminação são relacionais, produzidas a partir das diferenças em suas dimensões social e simbólica⁶⁶ dentro de um contexto sócio-histórico específico com seus próprios significados sociais.⁶⁷

Nessa conjuntura, a norma antidiscriminatória é operada a partir do direito à diferença, em que se almeja não somente afirmar subjetividades identitárias subjugadas, como também (e sobretudo) atuar contra “práticas excludentes responsáveis por diferenciações arbitrárias”⁶⁸ que impactam grupos e pessoas negativamente.

O Direito da Antidiscriminação assume como pressuposto teórico que “discursos específicos da diferença são constituídos, contestados, reproduzidos e ressignificados”,⁶⁹ e que esses discursos (re)produzem as identidades em suas diferentes posições sociais. É por isso que, perante a sociedade informacional, o mandamento antidiscriminatório adquire especial relevância como ferramenta para a proteção da dignidade humana na esfera digital.

O direito à proteção de dados, como já devidamente registrado no próprio texto da Lei nº 13.709/2018, deve necessariamente se guiar e ser guiado pelo princípio da não-discriminação – que, na conjuntura dessa legislação, refere-se à “impossibilidade de realização do tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos”.⁷⁰

No caso de dados pessoais sensíveis, entretanto, argumenta-se que o Direito da Antidiscriminação adquire uma função adicional, que não se limita à não-discriminação, mas busca efetivamente uma *contra*-discriminação. Considerando o caráter dinâmico e complexo da discriminação, invariavelmente localizada em um contexto histórico e político específico,⁷¹ o mandamento antidiscriminatório rejeita a essencialização identitária. Isso porque, ao forçar o apagamento dos múltiplos fatores que compõem e constroem uma identidade, essa essencialização/unidimensionalização da identidade

⁶⁵ MOREIRA, Adilson José. *Tratado de direito antidiscriminatório*. São Paulo: Contracorrente, 2020, p. 324-330.

⁶⁶ WOODWARD, Kathryn. Identidade e diferença: uma introdução teórica e conceitual. In: TADEU DA SILVA, Tomaz (Org.). *Identidade e diferença: a perspectiva dos estudos culturais*. Trad. Tomaz Tadeu da Silva. 15. ed., 9. reimp. Petrópolis: Vozes, 2022, p. 07-72.

⁶⁷ HALL, Stuart. The Spectacle of the ‘Other’. In: HALL, Stuart (Org.). *Representation: Cultural Representations and Signifying Practices*. Londres: Sage Publications/The Open University, 1997, p. 223-290.

⁶⁸ MOREIRA, Adilson José. *Tratado de direito antidiscriminatório*. São Paulo: Contracorrente, 2020, p. 45.

⁶⁹ BRAH, Avtar. Diferença, diversidade, diferenciação. *Cadernos Pagu*, v. 26, p. 329-376, jan.-jun. 2006, p. 374.

⁷⁰ BRASIL. *Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 (“Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)”)*. Brasília: Presidência da República, 2018, art. 6º, IX.

⁷¹ FREDMAN, Sandra. *Discrimination Law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2011.

resulta em uma noção limitada e estreita de igualdade que preclui outros possíveis marcadores de análise nela incidentes.⁷² O posicionamento antiessencializador contribui, por sua vez, para o debate acerca da taxatividade do artigo 5º, II da LGPD, apresentado anteriormente.

Para além da necessária mitigação de potenciais riscos discriminatórios que advêm da coleta e tratamento de dados pessoais em meios digitais,⁷³ a incorporação da perspectiva antidiscriminatória ao regime de proteção de dados, sobretudo àqueles sensíveis, aponta para como efeitos e resultados discriminatórios podem emergir não apenas da aplicação supostamente neutra de normas, mas também em contextos supostamente neutros.

Em outras palavras, mesmo dados pessoais que originalmente não sejam sensíveis podem revelar a necessidade de proteção adicional, a depender do contexto, da aplicação ou da interpretação da norma. Essa discussão já vem sendo levantada, em alguma medida, na Europa, onde, por exemplo, Quinn e Malgieri⁷⁴ propõem uma abordagem híbrida que leve em consideração o propósito e a intenção por trás do processamento de dados.

No Brasil, similarmente, a discussão não é totalmente inédita: o artigo 11, § 1º da LGPD afirma que o tratamento de dados pessoais “que revele dados pessoais sensíveis e que possa causar dano ao titular” deverá ter o mesmo rigor que no caso de tratamento de dados sensíveis. Isso, no entanto, não estende por si só o rol de dados considerados sensíveis pela Lei, nem oferece uma solução adequada para os problemas identificados por Mulholland,⁷⁵ quais sejam, que, primeiro, é difícil ao titular de dados provar concretamente o dano em contextos de proteção adicional, e, segundo, os efeitos oriundos da violação a dados pessoais sensíveis se refletem largamente nas esferas coletiva e privada desses sujeitos.

⁷² HUTCHINSON, Darren Lenard. Identity Crisis: “Intersectionality,” “Multidimensionality,” and the Development of an Adequate Theory of Subordination. *Michigan Journal of Race and Law*, v. 6, p. 285-317, 2001, p. 297-298; BOND, Johanna E. International Intersectionality: A Theoretical and Pragmatic Approach Exploration of Women’s International Human Rights Violations. *Emory Law Journal*, v. 52, p. 87-186, 2003, p. 109.

⁷³ Por exemplo, BEDUSCHI, Ana. Digital identity: Contemporary Challenges for Data Protection, Privacy and Non-discrimination Rights. *Big Data & Society*, v. 6, n. 2, p. 01-06, jul.-dez. 2019; BORGESIU, Frederik J. Z. Strengthening Legal Protection Against Discrimination by Algorithms and Artificial Intelligence. *International Journal of Human Rights*, v. 24, n. 10, p. 1572-1593, 2020.

⁷⁴ QUINN, Paul; MALGIERI, Gianclaudio. The Difficulty of Defining Sensitive Data: The Concept of Sensitive Data in the EU Data Protection Framework. *German Law Journal*, v. 22, n. 8, p. 1583-1612, jan. 2022.

⁷⁵ MULHOLLAND, Caitlin. O tratamento de dados pessoais sensíveis. In: MULHOLLAND, Caitlin (Org.). *A LGPD e o novo marco normativo no Brasil*. Porto Alegre: Arquipélago, 2020, p. 121- 156.

Não obstante a irresolução pela própria legislação, o Poder Judiciário vem introduzindo em suas decisões tanto a questão da (não) taxatividade do rol de dados pessoais sensíveis, como também a questão da configuração de dano no caso de vazamento desses dados. A próxima seção se debruçará sobre uma decisão do STJ que aborda ambas as questões.

4. A crítica à decisão do STJ proferida nos autos do AREsp nº 2.130.619/SP

Em 07 de março de 2023, a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça proferiu decisão nos autos do Agravo em Recurso Especial (AREsp) nº 2.130.619-SP (2022/0152262-2), conhecendo do agravo para conhecer em parte do recurso especial e, nessa parte, dar-lhe provimento. A ação originária de reparação de danos foi ajuizada pela então agravada, Maria Edite de Souza, contra a agravante Eletropaulo Metropolitana Eletricidade de São Paulo S/A, com o objetivo de obter reparação pecuniária por danos morais decorrentes de vazamento e compartilhamento indevido de dados pessoais específicos: nome completo, RG, gênero, data de nascimento, idade, telefone fixo, telefone celular e endereço, além de dados relacionados ao contrato de fornecimento de energia elétrica.⁷⁶

A ação foi julgada improcedente em primeiro grau, mas foi revertida com o provimento ao recurso de apelação. A decisão proferida pela segunda instância suscitou dois pontos posteriormente contravertidos pela agravante: não só o Tribunal de Justiça de São Paulo entendeu pela responsabilidade civil oriunda do vazamento de dados da consumida, configurando, portanto, falha na prestação de serviços e consequente aplicação do Código de Defesa do Consumidor, como considerou que os dados vazados se enquadram na categoria de dados pessoais sensíveis.

Em sua petição, a agravante argumentou, em primeiro momento, que além da aplicação da LGPD ao caso concreto, não houve violação à proteção de dados pessoais por sua parte, já que a empresa teria comprovado outorgar segurança adequada aos dados sob sua responsabilidade e o vazamento teria se dado por ação de terceiro estranho à relação comercial. Nesse contexto, a agravante alegou que (i) os referidos dados não poderiam ser classificados como sensíveis, já que seriam básicos de qualificação de qualquer pessoa, muitos dos quais fornecidos corriqueiramente pelos indivíduos nas mais variadas e simples operações diárias da vida civil; e (ii) além da impossibilidade de

⁷⁶ Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial nº 2.130.619-SP. Segunda Turma. Agravante: Eletropaulo Metropolitana Eletricidade de São Paulo S.A. Agravado: Maria Edite de Souza. Relator: Min. Francisco Falcão. Brasília, 07 de março de 2023.

indenização eventual ou potencial dano decorrente do vazamento de dados, o vazamento de dados não sensíveis não poderia, por conta própria, lesionar a privacidade.⁷⁷ É sobre esses dois pontos que se tecem as críticas aqui propostas a seguir.

4.1. Taxatividade do rol de dados pessoais sensíveis e insensibilidade jurídica

Na decisão, a Segunda Turma do STJ dá razão à agravante ao afirmar que o artigo 5º, II da LGPD estabelece expressa e taxativamente o rol de dados pessoais sensíveis e que, no caso concreto, o acórdão recorrido especificou somente dados de natureza comum, “de cunho pessoal, mas não considerados de índole íntima, uma vez que passíveis apenas de identificação da pessoa natural, não sendo, por isso, classificados como sensíveis”.⁷⁸ O acórdão, contudo, não fundamenta adequadamente a decisão, especialmente no tocante à taxatividade do rol do artigo 5º, II.

Não é o objetivo deste trabalho discutir se os dados em questão devem ser categorizados a partir da ótica da sensibilidade ou não, mas sim de questionar a razão de decidir do tribunal. A conclusão atingida pela Segunda Turma está longe de pacificada: Mulholland⁷⁹, por exemplo, defende que o dispositivo é exemplificativo e que “não somente o conteúdo dos dados previsto neste inciso merecerão a qualificação como dados sensíveis, podendo abarcar outras situações não previstas”. Já Konder,⁸⁰ na mesma linha, afirma ser inconcebível tratar taxativamente a listagem de dados considerados sensíveis, já que eles são definidos pelos efeitos potencialmente lesivos do seu tratamento.

É aqui que advém a primeira crítica que se propõe: ao imbricar o Direito Civil e a estrutura normativa de proteção de dados pessoais com o mandamento antidiscriminatório e, mais amplamente, com uma interpretação a partir dos direitos humanos, disposta no texto constitucional e nos tratados internacionais atinentes à matéria do qual o Brasil é parte, evidencia-se a inconcebibilidade da taxatividade do

⁷⁷ Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial nº 2.130.619-SP. Segunda Turma. Agravante: Eletropaulo Metropolitana Eletricidade de São Paulo S.A. Agravado: Maria Edite de Souza. Relator: Min. Francisco Falcão. Brasília, 07 de março de 2023.

⁷⁸ Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial nº 2.130.619-SP. Segunda Turma. Agravante: Eletropaulo Metropolitana Eletricidade de São Paulo S.A. Agravado: Maria Edite de Souza. Relator: Min. Francisco Falcão. Brasília, 07 de março de 2023, p. 8.

⁷⁹ MULHOLLAND, Caitlin. Dados pessoais sensíveis e consentimento na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. *Revista da AASP*, n. 144, p. 47-53, nov. 2019, p. 48.

⁸⁰ KONDER, Carlos Nelson. O tratamento de dados sensíveis à luz da Lei 13.709/2018. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (Coord.). *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 455.

artigo 5º, II. O cerne da questão se localiza no potencial discriminatório que surge a partir da coleta e do tratamento do dado: o que torna um dado merecedor de tutela adicional sob a categoria de dado pessoal sensível não é a sua natureza, mas o contexto no qual seu tratamento ocorre.

É dizer: dados comuns podem se tornar sensíveis, assim como dados sensíveis podem dispensar a proteção adicional, a depender do contexto no qual o processamento ocorre. Não só essa possibilidade é admitida no artigo 11, § 1º da LGPD, como se discutiu anteriormente, mas também se revela a partir da interpretação evolutiva, ou dinâmica, das normas de direitos humanos.⁸¹

Adicionar uma dimensão antidiscriminatória ao direito à proteção de dados impele à abordagem centrada no sujeito-titular de direitos. A fronteira entre dados pessoais comuns e sensíveis não é evidente, uma vez que não apenas um dado comum pode se tornar sensível em virtude de diferentes fatores,⁸² mas, no contexto de *big data analytics* em que grandes quantidades de dados são rapidamente analisados, algoritmos podem efetuar inferências e revelar dados sensíveis a partir das interações de indivíduos nas redes sociais.⁸³ Ainda, dados comuns podem requerer uma proteção adicional a depender da forma de processamento e tratamento e, com maior preocupação, do contexto social em que o titular de dados está inserido.⁸⁴ Essa interpretação contextual demanda uma avaliação dos fatores sociais que cercam a informação, bem como o potencial discriminatório e de dano de seu processamento, quer seja na esfera privada ou em âmbito coletivo.⁸⁵

⁸¹ A interpretação evolutiva, ou dinâmica, dos direitos humanos é uma técnica bem estabelecida no Direito Internacional, especialmente no âmbito interamericano, operacionalizada a partir do princípio *pro persona* como uma forma de conferir efetividade às normas internacionais de direitos humanos. Essa forma de interpretar almeja a proteção do ser humano ainda que extrapolando, em sentido positivo, o escopo original da norma para que o objetivo precípua de proteção do indivíduo seja assegurado. Sobre a interpretação evolutiva, cf. TAQUES, João Daniel V. B.; FACHIN, Melina G. A interpretação evolutiva no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. *Espaço Jurídico Journal of Law*, v. 24, n. 1, p. 09-26, jan./jun. 2023. Se se considera o direito à proteção de dados como um direito humano – uma conclusão *a priori* lógica, que se aproxima da natureza de direito fundamental outorgada pelo ordenamento jurídico brasileiro – ou, no mínimo, que se trate de provisão integrada ao direito (humano) à privacidade, então a interpretação dinâmica dessa norma pode legitimar a flexibilização do rol de dados sensíveis, desde que voltada à proteção concreta do sujeito.

⁸² RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade de vigilância: privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

⁸³ SOLOVE, Daniel J. Data Is What Data Does: Regulating Use, Harm, and Risk Instead of Sensitive Data. *Northwestern University Law Review*, v. 118, n. 4, p. 1081-1138, 2024.

⁸⁴ CASAGRANDE, Melissa M.; GONDIM, Glenda G.; CREUZ, Derek A.; BLICHARSKI, Carolina S. M. A Proteção de Dados Pessoais de Pessoas Refugiadas e Solicitantes de Refúgio. In: JUBILUT, Liliana L. *et al.* (Org.). *Direitos humanos e vulnerabilidade e o direito internacional dos refugiados*. Boa Vista: UFRR, 2021, p. 777-806; FICO, Bernardo de S. D.; NOBREGA, Henrique M. The Brazilian Data Protection Law for LGBTQIA+ People: Gender Identity and Sexual Orientation as Sensitive Personal Data. *Revista Direito e Práxis*, v. 14, n. 2, p. 1262-1288, 2022.

⁸⁵ COSTA, Ramon S.; GAGLIARDI, Marília P.; TORRES, Livia P. Gender Identity, Personal Data and Social Networks: An Analysis of the Categorization of Sensitive Data from a Queer Critique. *Revista Direito e Práxis*, v. 14, n. 1, p. 301-329, 2023, p. 319.

O caráter complexo da discriminação também contribui para esse argumento. As identidades, na infinidade de posições sociais, políticas e culturais que elas podem se localizar, são constantemente disputadas e (re)construídas a partir das dinâmicas sociais inseridas em relações hierárquicas de poder.⁸⁶ Como consequência, não é tarefa simples entender quais são as fronteiras e os limites das múltiplas identidades que compõem o tecido social. Assim o é, similarmente, para a discriminação, que não apenas é complexa em termos de *quem* pode discriminar, mas também de *como* se pode discriminar.

O Direito da Antidiscriminação, como instrumento contrário a “práticas excludentes responsáveis por diferenciações arbitrárias que impactam de maneira negativa o status social das pessoas”,⁸⁷ encontra-se em incessante refinamento para atender a novas formas de discriminação que nem sempre ocorrem pela combinação de intencionalidade, arbitrariedade e individualidade na realidade material.⁸⁸ Nas últimas décadas, por exemplo, a gramática antidiscriminatória desenvolveu e adotou termos e conceitos como discriminação indireta, sistêmica, institucional, estrutural e associativa – e, mais recentemente, a discriminação algorítmica.⁸⁹

Isso mostra que a discriminação acompanha e se movimenta junto com a sociedade e, por isso, torna-se cada vez mais complexa. Estancar – ou, em gramática próxima ao que se discutiu anteriormente, essencializar – noções ou conceitos relativos à discriminação é comprometer o seu potencial resolutivo, emancipatório e reparador.

Aplicando a crítica ao caso sob escrutínio, interpretar o rol listado no artigo 5º, II da LGPD como taxativo é minar a estrutura protetiva erguida pelos direitos humanos e pela dignidade, fundamentos da legislação (artigo 2º, VII), bem como a aplicação do princípio da não-discriminação à proteção de dados (artigo 6º, X). Argumenta-se neste trabalho que a categoria de dados sensíveis deve se configurar também e sobretudo a partir do contexto em que ocorre o processamento e tratamento de dados, com foco nos riscos e

⁸⁶ WOODWARD, Kathryn. Identidade e diferença: uma introdução teórica e conceitual. In: TADEU DA SILVA, Tomaz (Org.). *Identidade e diferença: a perspectiva dos estudos culturais*. Trad. Tomaz Tadeu da Silva. 15. ed., 9. reimp. Petrópolis: Vozes, 2022, p. 07-72; TADEU DA SILVA, Tomaz. A produção social da identidade e da diferença. In: TADEU DA SILVA, Tomaz (Org.). *Identidade e diferença: a perspectiva dos estudos culturais*. Trad. Tomaz Tadeu da Silva. 15. ed. 9. reimp. Petrópolis: Vozes, 2022, p. 73-102.

⁸⁷ MOREIRA, Adilson José. *Tratado de direito antidiscriminatório*. São Paulo: Contracorrente, 2020, p. 45.

⁸⁸ VENTURI, Thaís G. P. A atuação judicial dos *testers* na proteção das pessoas com deficiência nos EUA: legitimidade ativa e danos estigmáticos em julgamento. *Migalhas*, 21 de novembro de 2023.

⁸⁹ Por exemplo, MENDES, Laura S.; MATTIUZZO, Marcela. Discriminação algorítmica: conceito, fundamento legal e tipologia. *Revista Direito Pública*, v. 16, n. 90, p. 39-64, nov.-dez. 2019; SILVA, Tarcízio. *Racismo algorítmico: inteligência artificial e discriminação nas redes digitais*. São Paulo: Edições SESC SP, 2022.

danos concretos, e não na natureza dos dados em si – e, com isso, puja-se pela não taxatividade do rol do artigo 5º, II da LGPD.

Nesse sentido, a decisão revela uma insensibilidade jurídica às nuances e complexidades que a discriminação exerce nas relações hierárquicas de poder, sobretudo ante a inevitável digitalização e informatização das relações sociais e o próprio modo de viver. Isso ocorre, sobretudo, de forma obscura, já que a Segunda Turma não fundamentou seu entendimento pela taxatividade do rol nem mesmo a partir de sua jurisprudência. Não se trata de uma questão de segurança jurídica, já que o aferimento da sensibilidade do dado pessoal a partir de seu contexto e do uso do dado poderia ser estabelecido em lei e regulado pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados, algo que já é antecipado por pesquisadores e operadores da área.

Embora a crítica aqui apresentada não se debruce sobre a qualidade dos dados pessoais *sub judice*, questiona-se a razão de decidir adotada pela Segunda Turma. Argumenta-se que a aplicação de uma perspectiva antidiscriminatória sobre a proteção de dados pessoais (sensíveis) requer, portanto, uma reorientação no processo decisório ora adotado pela Segunda Turma do STJ.

4.2. A necessidade de comprovação de dano sofrido em razão do vazamento de dados e a incoerência jurisprudencial

Nas razões de decidir, a Segunda Turma do STJ aduziu que:

O vazamento de dados pessoais, a despeito de se tratar de falha indesejável no tratamento de dados de pessoa natural por pessoa jurídica, não tem o condão, por si só, de gerar dano moral indenizável. Ou seja, o dano moral não é presumido, sendo necessário que o titular dos dados comprove eventual dano decorrente da exposição dessas informações.

Diferente seria se, de fato, estivéssemos diante de vazamento de dados sensíveis, que dizem respeito à intimidade da pessoa natural.⁹⁰

Deste trecho infere-se que (i) para o dano moral por vazamento de dados ser indenizável, é necessário que se comprove a existência de danos, e (ii) o dano moral por vazamento de dados sensíveis prescinde da comprovação de dano.

⁹⁰ Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial nº 2.130.619-SP. Segunda Turma. Agravante: Eletropaulo Metropolitana Eletricidade de São Paulo S.A. Agravado: Maria Edite de Souza. Relator: Min. Francisco Falcão. Brasília, 07 de março de 2023, p. 10-11.

Para a figura dos danos aferíveis *in re ipsa*, isto é, sem a necessidade de comprovação de dano, basta a demonstração da violação a bem juridicamente protegido.⁹¹ A desnecessidade de comprovação não implica em presunção de dano, mas que algumas situações lesivas, em razão da natureza do direito violado, presumem-se danosas a partir da mera violação ao direito protegido.

Elidindo esforços para uma conceituação sistemática do dano moral coletivo, Teixeira Neto⁹² aduz que a caracterização de um dano reparável deve ser construída a partir da frustração da utilidade que deriva do bem juridicamente protegido. Assim, a mera violação do bem não se traduz em dano, mas à causa do dano. Por conseguinte, o ato ilícito que viola um direito não se configura, automaticamente, como dano, sendo necessária a vinculação deste ato à finalidade a qual o direito tutelado se presta.

Trazendo esta lógica para o âmbito da proteção dos dados pessoais, cumpre uma breve alusão às modulações históricas que culminaram com os delineamentos que a proteção de dados apresenta hoje.

Nos anos finais do século XIX,⁹³ forjou-se o conceito de direito a ser deixado só, compreendido como o direito a limitar o acesso ao conhecimento e as ingerências de terceiros quanto aos elementos pertencentes à vida privada. Essas primeiras aproximações teóricas compõem o núcleo do que veio a se tornar o direito à privacidade. Um início marcadamente individualista que delineou um direito com caráter negativo, exercido horizontalmente em face de outros particulares.⁹⁴

Ao decorrer do século XX, a doutrina europeia estabeleceu a noção de autodeterminação informacional, reconhecendo uma camada do direito à privacidade que compreende o direito de controle sobre suas informações pessoais e de construção de uma esfera particular. Por conseguinte, a privacidade passou a compreender, também, o direito de determinar quais informações devem ser publicizadas e quais devem permanecer

⁹¹ CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara; CARRÁ, Denise Sá Vieira. Dano *in re ipsa*, responsabilidade civil sem dano e o feitiço de Áquila: ou de como coisas distintas podem coexistir sem se tocar. *Revista Jurídica da FA7*, v. 16, n. 2, p. 115-131, 2019.

⁹² TEIXEIRA NETO, Felipe. Ainda sobre o conceito de dano moral coletivo. In: ROSENVALD, Nelson; TEIXEIRA NETO, Felipe (Coord.). *Dano moral coletivo*. Indaiatuba: Foco, 2018, p. 29-51.

⁹³ BRANDEIS, Louis D; WARREN, Samuel D. The Right to Privacy. *Harvard Law Review*, v. 4, n. 5, p. 193-220, dez. 1890.

⁹⁴ PEIXOTO, Erick L. C.; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. Breves notas sobre a ressignificação da privacidade. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, v. 16, p. 35-56, abr./jun. 2018.

particulares.⁹⁵ O direito à autodeterminação informativa se caracteriza como um desdobramento do direito à privacidade, o direito à privacidade informacional.⁹⁶

A complexidade das relações sociais na sociedade de riscos trouxe à tona a caracterização de novas modalidades de danos, tuteladas a partir da ampla proteção de valores essenciais e intrínsecos à pessoa humana, nos moldes trazidos pela Constituição Federal e pelo Código Civil.

Em especial após o advento da Internet, houve a eclosão da Era da Informação⁹⁷ caracterizada pela circulação acelerada e descontrolada de dados e de informações, acompanhada pelo aumento da insegurança quanto à proteção e manutenção da privacidade.⁹⁸ Com isto, emergiram preocupações relacionadas ao controle das informações pessoais postas em circulação.⁹⁹ Assim, o direito à privacidade passou a abarcar, também, “o direito de o indivíduo saber que informações sobre si próprio são armazenadas e utilizadas por outras pessoas, bem como o direito de manter estas informações atualizadas e verdadeiras”.¹⁰⁰

Sendo, portanto, a proteção de dados pessoais o instituto, por excelência, que salvaguarda os dados pessoais de ingerências de terceiros e permite aos titulares controlarem quem tem acesso e qual a extensão desse acesso aos seus dados particulares,¹⁰¹ questiona-se a necessidade de comprovação de que o vazamento destes dados acarreta um dano. O conjunto exprimido na análise da doutrina especializada e do conteúdo normativo da LGPD aponta para um caminho em que o mero vazamento destas informações já conteria em si o dano injusto passível de indenização.

Tal entendimento se concatena com a análise de que a privacidade, direito integrante da personalidade de cada sujeito, tem o conteúdo normativo de impedir que terceiros

⁹⁵ *Ibid.*

⁹⁶ VIEIRA, Tatiana Malta. *O direito à privacidade na sociedade da informação: efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007.

⁹⁷ CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede. A era da informação: economia, sociedade e cultura*, Volume I. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

⁹⁸ NASCIMENTO, Valéria Ribas do. Direitos fundamentais da personalidade na era da sociedade da informação: transversalidade da tutela à privacidade. *Revista de Informação Legislativa*, a. 54, n. 213, p. 265-288, jan./mar. 2017.

⁹⁹ CASTELLS, Manuel. *A galáxia da internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade*. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

¹⁰⁰ NASCIMENTO, Valéria Ribas do. Direitos fundamentais da personalidade na era da sociedade da informação: transversalidade da tutela à privacidade. *Revista de Informação Legislativa*, a. 54, n. 213, p. 265-288, jan./mar. 2017, p. 277-278.

¹⁰¹ Cf. PEIXOTO, Erick L. C.; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. Breves notas sobre a resignificação da privacidade. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, v. 16, p. 35-56, abr./jun. 2018.

violem sua privacidade.¹⁰² Assim, considerando-se a faceta de proteção de dados como corolário da proteção da privacidade, reputa-se que a proteção de dados implica no direito de limitar o acesso de terceiros a informações pessoais. Reconhecendo-se ser este o seu caráter, qualquer forma de violação à privacidade é, por si só, dano injusto e merecedor de compensação. Portanto, argumenta-se que o vazamento de dados pessoais se configura como espécie de direito cuja violação geraria dano aferível *in re ipsa*.

Ademais, a inteligência da LGPD estabelece que os dados pessoais “comuns” e os dados pessoais sensíveis se diferenciam na medida em que o tratamento dos dados pessoais sensíveis é restrito aos casos previstos pela lei. A diferenciação não afasta, contudo, o núcleo da disposição dos dados pessoais: o direito de afastar ingerências de terceiros e restringir o acesso às informações pessoais. Nesta toada, ainda que os dados pessoais sensíveis contenham um potencial danoso maior quando de seu vazamento, não parece ser justificável que apenas aos danos sensíveis seja reconhecida a responsabilização objetivamente a partir da violação de seu âmbito de proteção.

Essa característica dos dados pessoais já foi reconhecida pelo próprio STJ. Em decisão prolatada pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça no REsp nº 1.758.799,¹⁰³ o STJ admitiu que a comercialização de dados pessoais sem o consentimento do titular destes dados gera dano moral aferível *in re ipsa*, isto é, sem a necessidade de comprovação do dano, pois este seria presumido. O posicionamento do STJ, nessa ocasião, decorreu do reconhecimento de que, por mais que os dados compartilhados não sejam dados pessoais sensíveis, quando o consumidor compartilha seus dados para cumprir com as condições necessárias ao estabelecimento de um negócio jurídico está confiando que seus dados serão protegidos por quem os recebe.

O caso sob análise neste artigo, AREsp nº 2.130.619-SP, julgado pela Segunda Turma do STJ, teve resolução expressamente contrária ao entendimento firmado pela Terceira Turma, ao exigir a comprovação de dano para atribuir responsabilização pelo vazamento de dados pessoais. Com isto, tem-se um arcabouço jurisprudencial no qual casos similares, em que se buscava a tutela do mesmo direito (dano moral por vazamento de dados pessoais), receberam respostas diametralmente opostas. Tal discrepância nas

¹⁰² HIRATA, Alessandro. Direito à privacidade. In: CAMPILONGO, Celso F.; GONZAGA, Alvaro de A.; FREIRE, André Luiz (Coord.); NUNES JÚNIOR, Vidal S.; ZOCKUN, Maurício; ZOCKUN, Carolina Z.; FREIRE, Carolina Z. (Coord. de tomo). *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. Tomo: Direito administrativo e constitucional. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017.

¹⁰³ Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.758.799-MG. Terceira Turma. Recorrente: PROCOB/S.A. Recorrido: José Galvão da Silva. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, 12 de novembro de 2019.

respostas judiciais acarreta insegurança jurídica e demonstra um posicionamento incoerente da Corte, urge, conseqüentemente, a adoção de um parâmetro único para abalzar casos similares de modo a estabilizar os entendimentos do STJ.

5. Conclusão

O direito à proteção de dados, agora com *status* constitucional, é um direito relativamente recente, ao menos nessa sua configuração presente. Isso alude à própria configuração da sociedade informacional, também recente em seus próprios termos. Em geral, toda a gama de direitos fundamentais e humanos vem experienciando transformações em decorrência da digitalização da vida: não é mais possível discutir temas como privacidade, igualdade e dignidade ou mesmo a identidade e a personalidade sem inquirir sobre as alterações oriundas dessa nova configuração social. A cultura de proteção de dados, particularmente, ainda está encontrando sua voz, em busca de contornos e delineamentos em acordo, ou não, com a conjuntura social e cultural. Naturalmente, harmonias e dissonâncias surgem no processo.

Este artigo, a partir da mirada específica a uma decisão do STJ, uma das principais cortes brasileiras, buscou contribuir para esse delineamento. Especificamente, o trabalho se debruçou sobre dois temas em específico: a (não) taxatividade do rol de direitos sensíveis estabelecido no artigo 5º, II da LGPD e a (des)necessidade da comprovação de dano em casos de vazamento de dados. Em ambos os pontos, concluiu-se pela inadequação da *ratio decedendi* adotada pelo tribunal.

Em relação à taxatividade normativa, este trabalho extrapolou a literatura do Direito Civil(-Constitucional) e bebeu da fonte do Direito da Antidiscriminação para deslocar o foco da proteção estabelecida pela categoria de dados pessoais sensíveis no contexto, e não no dado em si. Isso porque uma análise voltada ao dado em si não só arrisca essencializar a proteção despendida a certas identidades (e essencializar as próprias identidades), como ignora o contexto social, político e cultural no qual o titular está inserido, o que, por sua vez, pode levar a uma proteção inadequada e parcialmente ineficiente. Argumentou-se, portanto, que a compreensão pela não taxatividade se estabelece a partir do contexto e dos riscos e danos envolvidos no processamento e tratamento dos dados, e não na qualidade ou natureza deles, como se propugna quando se defende a taxatividade do rol do artigo 5º, II da LGPD.

Já em relação à presunção do dano, esta pesquisa argumentou que não há necessidade de comprovação de dano ante o vazamento de dados. Novamente, essa posição é apoiada a partir da ótica de proteção do ser humano e, mais especificamente, da proteção de sua privacidade e dados pessoais. A responsabilidade civil tem um papel elementar a exercer em um mundo em que os dados se tornaram *commodities*, produtos a serem comercializados. Na medida em que o direito à proteção de dados consagra o controle e limite de acesso de terceiros a informações pessoais, demandas indubitavelmente plausíveis diante da configuração social informacional, este trabalho puja pela priorização da lógica protetiva, argumentando que o vazamento já, por si próprio, o dano aferido.

A análise aqui realizada demonstra que há muito a se discutir para refinar a proteção de dados no Brasil. Em ambos os pontos ora debatidos, também é importante que toda e qualquer discussão, judicial ou não, seja feita a partir da bibliografia especializada e da sociedade civil atuante na temática. Porque embasado na lógica protetiva dos direitos humanos e fundamentais, o direito à proteção de dados deve ser pensado e operacionalizado a partir do ser humano e de suas necessidades e complexidades concretas, sob o risco de obsolescência. Os apontamentos aqui feitos oportunizam ao STJ e outros tribunais brasileiros uma reflexão crítica sobre o caminho adiante, para o fortalecimento da cultura jurídica brasileira de proteção de dados pessoais.

Referências

ALTHEIM, Roberto. *A atribuição de indenizar no direito brasileiro: superação da teoria tradicional da responsabilidade civil*. 2006. 191 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006.

ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. *Curso de processo civil coletivo*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

BEDUSCHI, Ana. Digital identity: Contemporary Challenges for Data Protection, Privacy and Non-discrimination Rights. *Big Data & Society*, v. 6, n. 2, p. 01-06, jul.-dez. 2019.

BOND, Johanna E. International Intersectionality: A Theoretical and Pragmatic Approach Exploration of Women's International Human Rights Violations. *Emory Law Journal*, v. 52, p. 87-186, 2003.

BORGESIU, Frederik J. Z. Strengthening legal protection against discrimination by algorithms and artificial intelligence. *International Journal of Human Rights*, v. 24, n. 10, p. 1572-1593, 2020.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BRAH, Avtar. Diferença, diversidade, diferenciação. *Cadernos Pagu*, v. 26, p. 329-376, jan.-jun. 2006.

BRANDEIS, Louis D; WARREN, Samuel D. The Right to Privacy. *Harvard Law Review*, v. 4, n. 5, p. 193-220, dez. 1890.

- CÁRCOVA, Carlos Maria. *A opacidade do direito*. Trad. Edilson Alkmim Cunha. São Paulo: Ltr, 1998.
- CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara; CARRÁ, Denise Sá Vieira. Dano *in re ipsa*, responsabilidade civil sem dano e o feitiço de Áquila: ou de como coisas distintas podem coexistir sem se tocar. *Revista Jurídica da FA7*, v. 16, n. 2, p. 115-131, 2019.
- CASAGRANDE, Melissa M.; GONDIM, Glenda G.; CREUZ, Derek A.; BLICHARSKI, Carolina S. M. A proteção de dados pessoais de pessoas refugiadas e solicitantes de refúgio. In: JUBILUT, Liliana L. *et al.* (Org.). *Direitos humanos e vulnerabilidade e o direito internacional dos refugiados*. Boa Vista: UFRR, 2021.
- CASTELLS, Manuel. *A galáxia da internet: reflexões sobre a Internet, os negócios e a sociedade*. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.
- CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede. A era da informação: economia, sociedade e cultura*, Volume I. São Paulo: Paz e Terra, 2002.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2015.
- COSTA, Ramon S.; GAGLIARDI, Marília P.; TORRES, Livia P. Gender Identity, Personal Data and Social Networks: An Analysis of the Categorization of Sensitive Data from a Queer Critique. *Revista Direito e Práxis*, v. 14, n. 1, p. 301-329, 2023.
- COUTO, José Henrique de O. Vazamentos de dados e dano moral 'in re ipsa': comentários ao Agravo em Recurso Especial nº 2.130.619/SP. *Revista IBERC*, v. 6, n. 2, p. 171-188, 2023.
- CUSTERS, Bart. Data Dilemmas in the Information Society: Introduction and Overview. In: CUSTERS, Bart *et al.* (ed.). *Discrimination and Privacy in the Information Society: Data Mining and Profiling in Large Databases*. Berlim: Springer, 2013.
- DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. 2. ed. rev. e at. São Paulo: Thomson Reuters, Kindle, 2020.
- FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura; LONGHI, João Victor Rosatti; GUGLIARA, Rodrigo. *Proteção de dados pessoais na sociedade de informação*. Indaiatuba: Foco, 2021.
- FELJÓ, Arthur Nogueira. *Direito civil punitivo: do dano moral punitivo à causa geral de multa civil*. Curitiba: Juruá, 2019.
- FICO, Bernardo de S. D.; NOBREGA, Henrique M. The Brazilian Data Protection Law for LGBTQIA+ People: Gender Identity and Sexual Orientation as Sensitive Personal Data. *Revista Direito e Práxis*, v. 14, n. 2, p. 1262-1288, 2022.
- FINKELSTEIN, Maria Eugenia; FINKELSTEIN, Claudio. Privacidade e Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. *Revista de Direito Brasileira*, v. 23, n. 9, p. 284-301, maio/ago. 2019.
- FRAZÃO, Ana. Objetivos e alcance da Lei Geral de Proteção de Dados. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (Coord.). *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.
- FREDMAN, Sandra. *Discrimination Law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2011.
- FREITAS FILHO, Roberto; LIMA, Thalita M. Metodologia de Análise de Decisões – MAD. *Universitas Jus*, n. 21, p. 01-17, jul./dez. 2010.
- GEDIEL, José Antônio Peres; CORRÊA, Adriana Espíndola. Proteção jurídica de dados pessoais: a intimidade sitiada entre o Estado e o mercado. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, n. 47, p. 141-153, 2008.
- GEDIEL, José Antônio Peres. Tecnociência, dissociação e patrimonialização jurídica do corpo humano. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- GELLERT, Raphaël; VRIES, Katja de; HERT, Paul de; GUTWIRTH, Serge. A Comparative Analysis of Anti-Discrimination and Data Protection Legislations. In: CUSTERS, Bart *et al.* (ed.). *Discrimination and Privacy in the Information Society: Data Mining and Profiling in Large Databases*. Berlim: Springer, 2013.

GODINHO, Adriano M.; QUEIROGA NETO, Genésio R. de; TOLÊDO, Rita de C. de M. A responsabilidade pela violação a dados pessoais. *Revista IBERC*, v. 3, n. 1, p. 01-23, jan.-abr. 2020.

HALL, Stuart. The Spectacle of the 'Other'. In: HALL, Stuart (Org.). *Representation: Cultural Representations and Signifying Practices*. Londres: Sage Publications/The Open University, 1997.

HIRATA, Alessandro. Direito à privacidade. In: CAMPILONGO, Celso F.; GONZAGA, Alvaro de A.; FREIRE, André Luiz (Coord.); NUNES JÚNIOR, Vidal S.; ZOCKUN, Maurício; ZOCKUN, Carolina Z.; FREIRE, Carolina Z. (Coord. de tomo). *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. Tomo: Direito administrativo e constitucional. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017.

HUTCHINSON, Darren Lenard. Identity Crisis: "Intersectionality," "Multidimensionality," and the Development of an Adequate Theory of Subordination. *Michigan Journal of Race and Law*, v. 6, p. 285-317, 2001.

KONDER, Carlos Nelson. O tratamento de dados sensíveis à luz da Lei 13.709/2018. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (Coord.). *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.

LUTZKY, Daniela Courtes. A necessidade de um verdadeiro olhar constitucional sobre a ação de reparação de danos imateriais. *Revista IBERC*, v. 2, n. 1, p. 01-28, jan.-abr./2019.

MANN, Monique; MATZNER, Tobias. Challenging Algorithmic Profiling: The Limits of Data Protection and Anti-discrimination in Responding to Emergent Discrimination. *Big Data & Society*, v. 6, n. 2, 2019.

MARTINS-COSTA, Judith. Dano moral à brasileira. *RIBD*, ano 3, n. 9, p. 7073-7122, 2014.

MEDINA, José M. G. *Direito processual civil moderno*. 2. ed. rev. at. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MENDES, Laura S.; FONSECA, Gabriel C. S. da. STF reconhece direito fundamental à proteção de dados. *Revista dos Tribunais*, v. 130, p. 471-478, jul.-ago. 2020.

MENDES, Laura S.; MATTIUZZO, Marcela. Discriminação algorítmica: conceito, fundamento legal e tipologia. *Revista Direito Pública*, v. 16, n. 90, p. 39-64, nov.-dez. 2019.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Limites ao princípio da reparação integral no direito brasileiro. *Civilistica.com*, a. 7, n. 1, 2018.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MOREIRA, Adilson José. *Tratado de direito antidiscriminatório*. São Paulo: Contracorrente, 2020.

MULHOLLAND, Caitlin S. Dados pessoais sensíveis e a tutela de direitos fundamentais: uma análise à luz da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018). *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, v. 19, n. 3, p. 159-180, set./dez. 2018.

MULHOLLAND, Caitlin. Dados pessoais sensíveis e consentimento na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. *Revista da AASP*, n. 144, p. 47-53, nov. 2019.

MULHOLLAND, Caitlin. O tratamento de dados pessoais sensíveis. In: MULHOLLAND, Caitlin (Org.). *A LGPD e o novo marco normativo no Brasil*. Porto Alegre: Arquipélago, 2020.

MULHOLLAND, Caitlin; MARTINS, Guilherme M.; ROSENVALD, Nelson. Responsabilidade civil por danos causados pela violação de dados sensíveis e a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei 13.709/18). In: MARTINS, Guilherme M.; ROSENVALD, Nelson (Org.). *Responsabilidade civil e novas tecnologias*. Belo Horizonte: Foco, 2020.

NASCIMENTO, Valéria Ribas do. Direitos fundamentais da personalidade na era da sociedade da informação: transversalidade da tutela à privacidade. *Revista de Informação Legislativa*, a. 54, n. 213, p. 265-288, jan./mar. 2017.

NEGRI, Sergio M. C. de Á.; KORKMAZ, Maria Regina D. C. R. A normatividade dos dados sensíveis na Lei Geral de Proteção de Dados: ampliação conceitual e proteção da pessoa humana. *Revista de Direito, Governança e Novas Tecnologias*, v. 5, n. 1, p. 63-85, jan./jun. 2019.

- NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- PEIXOTO, Erick L. C.; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. Breves notas sobre a ressignificação da privacidade. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, v. 16, p. 35-56, abr./jun. 2018.
- PIAIA, Thami C.; COSTA, Bárbara S.; WILLERS, Miriane M. Quarta Revolução Industrial e a proteção do indivíduo na sociedade digital: desafios para o Direito. *Revista Paradigma*, a. XXIV, v. 28, p. 122-140, jan./abr. 2019.
- QUINN, Paul; MALGIERI, Gianclaudio. The Difficulty of Defining Sensitive Data: The Concept of Sensitive Data in the EU Data Protection Framework. *German Law Journal*, v. 22, n. 8, p. 1583-1612, jan. 2022. Disponível em: doi:10.1017/glj.2021.79. Acesso em: 28 mar. 2024.
- RIOS, Roger Raupp. Direito à igualdade e não-discriminação nos direitos humanos internacionais: aspectos gerais. In: BRAGATO, Fernanda Frizzo (Ed.). *O conteúdo jurídico dos direitos humanos: direitos civis e políticos nos instrumentos internacionais*. Brasília: ENADPU, 2022.
- RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade de vigilância: privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família*. Rio de Janeiro: GZ, 2011.
- SARLET, Ingo W. Fundamentos constitucionais: o direito fundamental à proteção de dados. In: MENDES, Laura S. et al. (Org.). *Tratado de proteção de dados pessoais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.
- SARLET, Ingo W. Proteção de dados pessoais como direito fundamental na Constituição Federal brasileira de 1988: contributo para a construção de uma dogmática constitucionalmente adequada. *Direitos Fundamentais & Justiça*, a. 14, n. 42, p. 179-218, jan./jun. 2020.
- SARLET, Ingo W.; SAAVEDRA, Giovanni A. Fundamentos jusfilosóficos e âmbito de proteção do direito fundamental à proteção de dados pessoais. *Revista Direito Público*, v. 17, n. 93, p. 33-57, maio/jun. 2020.
- SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- SCHWAB, Klaus. *A Quarta Revolução Industrial*. São Paulo: Edipro, 2018.
- SEVERO, Sérgio. *Os danos extrapatrimoniais*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- SILVA, Tarécio. *Racismo algorítmico: inteligência artificial e discriminação nas redes digitais*. São Paulo: Edições SESC SP, 2022.
- SKINNER-THOMPSON, Scott. *Privacy at the Margins*. Cambridge: Cambridge University Press, 2020.
- SOLOVE, Daniel J. Data Is What Data Does: Regulating Use, Harm, and Risk Instead of Sensitive Data. *Northwestern University Law Review*, v. 118, n. 4, p. 1081-1138, 2024.
- TADEU DA SILVA, Tomaz. A produção social da identidade e da diferença. In: TADEU DA SILVA, Tomaz (Org.). *Identidade e diferença: a perspectiva dos estudos culturais*. Trad. Tomaz Tadeu da Silva. 15. ed. 9. reimp. Petrópolis: Vozes, 2022.
- TAQUES, João Daniel V. B.; FACHIN, Melina G. A interpretação evolutiva no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. *Espaço Jurídico Journal of Law*, v. 24, n. 1, p. 09-26, jan./jun. 2023.
- TEIXEIRA NETO, Felipe. Ainda sobre o conceito de dano moral coletivo. In: ROSENVALD, Nelson; TEIXEIRA NETO, Felipe (Coord.). *Dano moral coletivo*. Indaiatuba: Foco, 2018.
- TEFFÉ, Chiara S. de; MORAES, Maria Celina B. de. Redes sociais virtuais: privacidade e responsabilidade civil. Análise a partir do Marco Civil da Internet. *Pensar – Revista de Ciências Jurídicas*, v. 22, n. 1, p. 108-146, jan.-abr. 2017.
- TEPEDINO, Gustavo. Desafios da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 26, n. 4, p. 11-15, out./dez. 2020.

VIEIRA, Tatiana Malta. *O direito à privacidade na sociedade da informação*: efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007.

VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo*: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Malheiros, 2007.

VENTURI, Thaís G. P. *A responsabilidade civil e sua função punitivo-pedagógica no direito brasileiro*. 2006. 234 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006.

VENTURI, Thaís G. P. *Responsabilidade civil preventiva*: a proteção contra a violação dos direitos e a tutela inibitória material. São Paulo: Malheiros, 2014.

VENTURI, Thaís G. P. A atuação judicial dos *testers* na proteção das pessoas com deficiência nos EUA: legitimidade ativa e danos estigmáticos em julgamento. *Migalhas*, 21 de novembro de 2023.

WOODWARD, Kathryn. Identidade e diferença: uma introdução teórica e conceitual. In: TADEU DA SILVA, Tomaz (Org.). *Identidade e diferença*: a perspectiva dos estudos culturais. Trad. Tomaz Tadeu da Silva. 15. ed., 9. reimp. Petrópolis: Vozes, 2022.

Como citar:

ANGELUCCI, Giulia de; CREUZ, Derek Assenço; VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. Proteção de dados (sensíveis), presunção do dano e taxatividade normativa: uma crítica à decisão do STJ proferida no Agravo em Recurso Especial nº 2.130.619/SP. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 13, n. 3, 2024. Disponível em: <<https://civilistica.emnuvens.com.br/redc>>. Data de acesso.

