

See discussions, stats, and author profiles for this publication at: <https://www.researchgate.net/publication/359281120>

A violação dos direitos da personalidade na LGPD: a problemática do dano moral in re ipsa

Preprint · March 2022

CITATIONS

0

READS

42

1 author:



Bernardo Grossi

Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

7 PUBLICATIONS 1 CITATION

SEE PROFILE

Some of the authors of this publication are also working on these related projects:



LGPD Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais [View project](#)

A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE NA LGPD: A PROBLEMÁTICA DO DANO MORAL *IN RE IPSA*

Bernardo Menicucci Grossi

Advogado, Doutorando e Mestre em Direito Privado pela PUC Minas, Especialista em Direito Processual Civil pelo CAD. Professor da Pós-Graduação do IEC / PUC Minas. Membro Efetivo do Instituto dos Advogados de Minas Gerais e Membro do Comitê Gestor do PJe do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Sócio da Bernardo Grossi Advocacia.

Resumo: Este artigo tem como objetivo situar a tutela da proteção de dados pessoais enquanto direito da personalidade e como expressão do princípio constitucional da dignidade da pessoa. Além disso são apresentadas visões distintas acerca da responsabilidade civil e da releitura de seu eixo fundamental propondo uma discussão acerca da reprovabilidade de condutas lesivas em detrimento de danos causados ao titular. A superação do discurso atrelado ao realismo jurídico exacerbado é proposta através de uma teoria geral da proteção de dados pessoais fundada na observância da autonomia privada e da boa-fé objetiva e de seus deveres laterais.

Palavras-chave: proteção de dados; responsabilidade civil; dano moral.

Abstract: This article aims to situate the protection of personal data protection as an expression of the constitutional principle of the person's personality. In addition, it is fundamental to propose civil liability and vision a question about the importance of its relevance in the reinterpretation of its respect for the probability of the diversity of damages caused by the titular vision. Finally, overcoming the discourse linked to exacerbated legal realism is proposed through a general theory of personal data protection based on the observance of private autonomy and objective good faith and its duties.

Keywords: data protection; civil liability; punitive damages.

Sumário: 1. A proteção de dados pessoais enquanto direito da personalidade. 2. A reparação do dano moral pela violação de direitos da personalidade. 3. O caso Cyrela. 3.1.

Sentença. 3.2. Acórdão. 4. Conclusão: pela sistematização de uma teoria geral da proteção de dados pessoais. 5. Referências.

1 A proteção de dados pessoais enquanto direito da personalidade

A proteção dos direitos da personalidade é um tema relativamente recente para a ciência jurídica e disseminado nos sistemas jurídicos contemporâneos, principalmente aqueles de tradição romano-germânica, a partir de um deslocamento histórico causado pela superação dos principais paradigmas impostos pelo Estado liberal e que fizeram emanar o conceito de dignidade da pessoa como um verdadeiro *elemento central* da constitucionalidade democrática de forma a promover a funcionalização de diversas situações jurídicas e a constitucionalização do direito privado.

Parece clara a compreensão verdadeiramente historicista dos direitos da personalidade enquanto construção social oriunda de diversos conflitos e de suas superações ocorridas nos últimos séculos. Como muito bem ressalta José Emílio Medauar Ommati¹, os direitos fundamentais decorrem da necessidade de suprir necessidades da sociedade contemporânea e surgidas apenas recentemente².

Na esteira dessa construção histórico dialógica, "[...] a dignidade é a própria razão de ser dos direitos de personalidade, garantir que os aspectos do ser humano que lhe assegurem uma vida digna sejam respeitados e protegidos"³. O exercício dos direitos de personalidade está diretamente relacionado, portanto, com aquilo que se denominou como fundamento da República (art. 1, III, CF/88): a dignidade humana.

O que se explicita, neste diapasão, é que se torna impossível compreender a dignidade da pessoa de forma dissociada da sua própria personalidade⁴. Isso, em particular, porque é impossível preencher-se o substrato conceitual de dignidade de forma totalmente abstrata e apriorística, dependendo-se fundamentalmente de contextualizações a serem reiteradamente

¹ OMMATI, José Emílio Medauar. *Uma teoria dos direitos fundamentais*, 7ª ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Conhecimento Editora, 2020, p.42. Segundo o referido autor: "Na verdade, tal como ocorreu com o surgimento da Constituição formal e rígida e com o controle de constitucionalidade, os direitos fundamentais são uma aquisição evolutiva tipicamente moderna e pretenderam responder a uma nova necessidade de uma sociedade que se afirmava como diferente das anteriores e, portanto, moderna".

² Não se desconsidera, a propósito, a correlação que parte da doutrina faz entre os direitos da personalidade e a *actio iniuriarum* do Direito Romano. Porém, adota-se a posição de que a vinculação de tais direitos apenas ao cidadão (*pater familias*) e não à pessoa (ainda tratada como mercadoria em muitos casos) revela que em sua essência havia muito pouca identificação com os direitos da personalidade tais quais tratados atualmente.

³ SÁ, Maria de Fátima Freire; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Direitos da personalidade*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017, p.23.

⁴ Enquanto atributo de sua representação e da sua compreensão pelo mundo externo.

conjugadas e permanentemente interpretadas⁵. Como muito bem pontuam Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves⁶ "[...] a dignidade como valor carrega elementos culturais que não se definem a priori, mas somente historicamente". Acrescenta-se aqui que essa mesma dignidade não apenas se identifica pelas lentes do passado mas a todo momento se reafirma com elementos do presente.

Porém, não se pretende afirmar que a construção histórica dos direitos da personalidade venha a significar que o seu conteúdo axiológico deva ser relativizado na aplicação do direito. Do contrário e melhor explicando, parte-se do pressuposto de que a colisão entre direitos fundamentais é meramente aparente, sendo que particularidades de um dado caso concreto são constantemente capazes de autorizar a aplicação ou não deste direito⁷. O mesmo acontecerá, na interpretação e na solução de *hard cases* relacionados ao direito à privacidade, à proteção de dados pessoais e à autodeterminação informativa.

Tudo o que se está a tutelar, idealmente, através dos direitos da personalidade é um valor unitário e bastante singular, embora de difícil compreensão, o da dignidade humana. Até por isso, antes mesmo da promulgação da Lei 13.709/18 não havia dúvida de que o direito à proteção de dados pessoais e a autodeterminação informativa, enquanto claros e indelévels desdobramentos do direito à privacidade, já estavam ampla e irrefutavelmente tutelados pela ordem constitucional⁸.

É sempre oportuna a menção ao voto do Ministro Luiz Fux⁹, quando do julgamento da ADI 6.387 e em síntese do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, segundo o qual

⁵ Essa é a realidade que se impõe através do pós-positivismo ao qual estamos sujeitos em uma tentativa de criar uma relação de coerência entre direito, ética, valores, princípios e regras na esteira dos direitos fundamentais.

⁶ *Direitos da personalidade*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017, p.20.

⁷ Como é bem exposto por OMMATI, José Emílio Medauar. *Uma teoria dos direitos fundamentais*, 7ª ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Conhecimento Editora, 2020. Assim como por DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

⁸ Aliás, foi exatamente essa a conclusão a que o Supremo Tribunal Federal chegou ao analisar a constitucionalidade da Medida Provisória 954 que tratava do acesso a dados pessoais de toda a população brasileira pelo IBGE através de compartilhamento dos bancos de dados das empresas de telecomunicação. Vide ADI 6.387, ADI 6.388, ADI 6.389, ADI 6.390 e ADI 6.393, julgamento em 07 mai. 2020.

⁹ No acórdão: A proteção de dados pessoais e a autodeterminação informativa são direitos fundamentais autônomos, que envolvem uma tutela jurídica e âmbito de incidência específicos. Esses direitos são extraídos da interpretação integrada da garantia da inviolabilidade da intimidade e da vida privada (art. 5º, X), do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da garantia processual do *habeas data* (art. 5º, LXXII), todos previstos na Constituição Federal de 1988.

"[...] a proteção de dados pessoais e a autodeterminação informativa são direitos fundamentais autônomos".

A proteção da privacidade enquanto atributo da individualidade e da dignidade parece ser cada vez mais clara a se considerar a realidade hiperconectada em que os negócios jurídicos são celebrados, assim como o potencial enormemente discriminatório e, quiçá, de indução cognitiva, que dados pessoais reunidos em larga escala e tratados mediante capacidade de processamento exponencial podem representar. Embora em um passado recente essa afirmação não fosse tão clara, é indubitável que a importância da tutela dos dados pessoais, especialmente em contextos tecnológicos, simboliza enquanto artefato garantidor da dignidade humana.

Atento a essa questão, Stefano Rodotà¹⁰ desenvolveu o conceito de corpo eletrônico ao considerar que na dinâmica das relações sociais a realidade e, acrescenta-se, a individualidade, acaba por se definir através de um conjunto de dados organizados eletronicamente que são capazes de afetar a vida da pessoa e as suas escolhas. Já sustentava, Rodotà, que a proteção jurídica do corpo eletrônico era inerente à garantia da dignidade.

Ainda que a tutela da pessoa constitua um dos mais importantes vetores da ordenação jurídica¹¹ até então normatizada a partir da garantia constitucional da privacidade¹² e que, por isso, abranja claramente a proteção de dados pessoais, foi a partir da Emenda Constitucional 115 que o artigo 5º da Constituição Federal foi alterado para nele se incluir um novo e formal direito fundamental¹³: *o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais.*

Independentemente de outras eventuais categorizações e divergências quanto a tipicidade ou não dos direitos da personalidade, entende-se que essa discussão pode ser superada pela simples compreensão de que a CF/88 atribuiu à dignidade humana um dos seus mais importantes pilares, o que fez com que *"[...] a perspectiva jurídica tomasse a si o papel garantidor da transição em direção ao personalismo, ausente em outros momentos históricos*

¹⁰ *Il diritto di avere diritti*. Bari: Editori Laterza, 2017.

¹¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

¹² Está disposto no art. 5º, X, da CF/88 que *"são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação"*.

¹³ Com o acréscimo do inciso LXXIX ao art. 5º da CF/88.

quando a Igreja, o Estado e o Exército tiveram alçadas de poder em relação às escolhas individuais"¹⁴.

Como pressuposto da igualdade formal e material entre todas as pessoas, torna-se muito claro que o conteúdo jurídico da dignidade somente pode ser preenchido por uma decisão individual, intrínseca, incapaz de legitimar a imposição de um padrão de conduta social oriundo de um ente externo e supostamente instituído por outrem, revestindo-se o direito como instrumento garantidor dessa face da autonomia privada¹⁵. É exatamente neste contexto que Pietro Perlingieri¹⁶ adota a nomenclatura da *pari dignità sociale*.

Toda essa contextualização se torna necessária para explicitar que o direito à proteção de dados pessoais, para muito além do fato de já se encontrar tutelado constitucionalmente como direito fundamental antes da Emenda Constitucional 115, identifica-se como um direito da personalidade e é garantidor da dignidade humana. Não apenas os aspectos da vida íntima da pessoa como também aqueles relacionados à percepção que terceiros (agentes externos) têm da mesma e o que estes têm a aptidão de fazer com os dados pessoais enquanto substrato da personalidade importam para a garantia da dignidade. Este é o fundamento basilar sobre o qual a LGPD repousa.

Como tal, existem dois atributos inerentes à expressão do direito da personalidade que comportam especial atenção: a primeira, enquanto liberdade negativa, relacionada ao aspecto notadamente íntimo da pessoa e ao seu direito de impedir que terceiros (agentes externos tanto públicos quanto privados) interfiram ou tomem conhecimento de aspectos relacionados a si¹⁷; o segundo, enquanto liberdade positiva, isto é, na medida em que o direito que se exterioriza e vincula a atuação de terceiros (igualmente agentes externos) para que o direito seja respeitado.

¹⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p.19.

¹⁵ O estudo da proteção de dados pessoais que é um dos direitos da personalidade (privacidade) está, portanto, ligado umbilicalmente à autonomia privada enquanto o direito e a capacidade da pessoa de se autodeterminar, autoafirmar, autodefinir e de manter a sua total independência em sintonia com a coerência das normas de ordem pública que integram e se aplicam necessariamente às relações privadas.

¹⁶ *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*, 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

¹⁷ É neste sentido que Louis Brandeis e Samuel Warren cunharam o seu notório artigo *The right to privacy*, publicado na *Harvard Law Review* em 1890.

Pensar de outra forma seria, a respeito da segunda característica citada, associar o descumprimento de direitos apenas à tutela ressarcitória, o que significaria afirmar que o Estado não teria a aptidão de tutelar adequadamente os direitos fundamentais por não compreender a esfera preventiva ou impeditiva. Porém, há muito, se reconhece a eficácia dos direitos fundamentais (à espécie, de personalidade) nas relações privadas de modo a assegurar condições mínimas para o exercício da autonomia privada (eficácia horizontal imediata). Neste contexto, não bastaria ressarcir, mas estabelecer formas de se garantir a efetividade do direito fundamental à proteção de dados pessoais através de um agir prévio no sentido proibitivo (da violação do direito) ou orientativo (do agir e da estruturação de negócios jurídicos), inclusive com todas as possibilidades que a tutela jurisdicional assegura.

Esse segundo viés é reforçado pela necessária conjunção da proteção de dados pessoais à boa-fé objetiva (art. 422, Código Civil). A compreensão dos deveres laterais ou acessórios à boa-fé objetiva resulta no reconhecimento de que o direito à proteção de dados pessoais, à privacidade e à intimidade afetam a pessoa em sua esfera íntima mas também são impositivos para terceiros em suas relações privadas e na modelagem de negócios. Trata-se do fundamento pelo qual os pressupostos de *privacy by design* e *privacy by default* são acolhidos na ordenação jurídica nacional.

Sem embargo, como bem destaca Stefano Rodotà¹⁸, atualmente já se abandonou o conceito segundo o qual a privacidade abrange apenas a relação "*pessoa-informação-sigilo*" para compreender, necessariamente, a equação "*pessoa-informação-circulação-controle*". É através da boa-fé objetiva e de seus postulados que se instrumentaliza ao controlador os deveres de transparência, prestação de contas e *accountability*, como também as obrigações de impor finalidade, adequação, necessidade, prevenção e não-discriminação, todos os quais se encontram previstos na LGPD mas não derivam necessariamente e exclusivamente dela. A isso deve-se acrescentar ainda os deveres de lealdade, de proteção, de conservação, de mitigar o prejuízo, de informar, de ser transparente, de coerência, de cooperação, de não adotar comportamento contraditório e de agir consoante pressupostos da *surrectio* e *supsessio* todos

¹⁸ Segundo o autor: "[...] hoje a sequência quantitativamente mais relevante é '*pessoa-informação-circulação-controle*' e não apenas '*pessoa-informação-sigilo*', em torno da qual foi construída a noção clássica de privacidade. O titular do direito à privacidade pode exigir formas de '*circulação controlada*', e não somente interromper o fluxo das informações que lhe digam respeito". (RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.93).

os quais impõem obrigações (e não meras faculdades) ao controlador de dados pessoais em seus atos e negócios jurídicos.

2 A reparação do dano moral pela violação de direitos da personalidade

Historicamente, a reparabilidade do dano moral encontra-se há muito superada, principalmente a partir da positivação havida na CF/88 que assegura, em seu art. 5º, inciso X, por exemplo, o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente da violação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem. A positivação solucionou grande parte do embargo doutrinário e jurisprudencial precedente à constituinte. E é em função da impossibilidade de retorno ao *status quo ante* quando consumada a violação de direito da personalidade ou da inexistência de instrumentos mensuráveis de seus reflexos econômicos, que acabou se naturalizando a solução jurídica consistente na conversão do inadimplemento obrigacional em perdas e danos.

E a esse respeito, Sérgio Cavalieri Filho¹⁹ ressalta que a reparabilidade do dano moral e o respectivo arbitramento da obrigação de pagar pecúnia não guardam uma relação de direta causa e consequência, eis que "*[...] o ressarcimento do dano moral não tende à restitutio in integrum do dano causado, tendo mais uma genérica função satisfatória, com a qual se procura um bem que recompense, de certo modo, o sofrimento ou a humilhação sofrida*". Em qualquer aspecto, seria impossível valorar objetivamente a lesão a um direito da personalidade e repercussões dessa violação na vida da pessoa constantemente podem ser associadas aos conceitos de lucros cessantes ou de danos emergentes (art. 402, Código Civil).

Aqui, para além da discussão a ser instaurada a respeito da quantificação do dano moral e dos vetores que devem (ou não) ser levados em consideração, há ainda que se acrescentar aquilo que Nelson Rosendal²⁰ chamou de "*a refundação das penas privadas*" para denominar o deslocamento de foco do instituto da responsabilidade civil que gradativamente fez migrar seu eixo gravitacional da conduta do agente para o dano por ele causado. E isso se observa, notadamente, a partir da simples constatação da influência que a

¹⁹ Programa de responsabilidade civil, 10ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012, p.91.

²⁰ ROSENVALD, Nelson. A refundação das penas privadas. In: FIUZA, César. Et. Al. *Direito Civil: teoria e prática no direito privado*. Atualidades IV. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p.625-648.

economia de mercado tem exercido na vida das pessoas no último século de modo a se sobrepor, muitas vezes, a inúmeros tipos de racionalidades, como bem destacado por Daniel de Andrade Levy²¹.

A reparabilidade do dano moral aliado ao movimento histórico-social de postulação para que se atribua padrões de conduta à sociedade e aos seus componentes deu origem a diversas outras controvérsias, como a introdução da figura dos *punitive damages* na ordenação jurídica brasileira²².

Não se desconsidera, aqui, que este movimento de transformação ao qual o instituto da responsabilidade civil se sujeitou esteja isento de críticas²³ especialmente por conduzir ao potencial enriquecimento sem causa da parte que teve o seu direito lesado e pelo desprezo da jurisprudência que constantemente se limita a uma aparente fundamentação ao pretender a aplicação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade sem qualquer anteparo em circunstâncias reais ligadas às partes envolvidas.

No entanto, e sem oposição destacada, a jurisprudência dos tribunais se consolidou, notadamente a partir da CF/88, no sentido de reconhecer que a violação de direitos de personalidade, expressão da dignidade da pessoa, pode resultar na responsabilidade civil extracontratual. A discussão que se instaurou, de forma subsequente, está relacionada à necessidade de comprovação da existência de danos²⁴.

²¹ Segundo o qual: A desumanização do indivíduo, que se torna dado estatístico, e a percepção do processo decisório com base na simples relação entre custo e benefício, são marcas desse sintoma. Hoje, não se trata mais de um autor e de uma vítima, mas de um agente econômico, ou seja, um debate econômico substituiu um debate jurídico. (LEVY, Daniel de Andrade. *Responsabilidade civil: de um direito dos danos a um direito das coisas lesivas*. São Paulo: Atlas, 2012, p.8).

²² Como instrumento típico da responsabilidade civil dos países de tradição anglo-saxã, o dano com caráter punitivo tem sido sistematicamente admitido no Brasil. Inicialmente como uma variável a ser levada em consideração no cômputo da indenização por dano moral e, mais recentemente, até em questões que envolvem a reparação de danos estritamente materiais (como no caso da violação de direitos autorais). Ver: STJ, AgRg no EDcl no REsp 1.158.622/RS. 3ª Turma. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. DJe 22 mar. 2012. Tema sistematicamente criticado por mim em: GROSSI, Bernardo Menicucci. *Responsabilidade civil e equivalência do direito estrangeiro na lei do software*. Belo Horizonte: Dialética, 2022.

²³ Por todos: AZEVEDO, Renan Santos de. A inaplicabilidade dos *punitive damages* no ordenamento jurídico brasileiro e uma análise da jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais e do Superior Tribunal de Justiça acerca do instituto. In: SOUZA, Adriano Stanley Rocha, *Et. Al.* (Org.) *O dano moral como subterfúgio para o enriquecimento sem causa: reflexões acadêmicas*. Curitiba: Appris, 2018, p.17-30.

²⁴ O Superior Tribunal de Justiça tem decidido da seguinte maneira: "A configuração do dano moral pressupõe uma grave agressão ou atentado a direito da personalidade, capaz de provocar sofrimentos e humilhações intensos, decompondo o equilíbrio psicológico do indivíduo por um período de tempo desarrazoado". (STJ, REsp 1.653.865/RS. 3ª Turma. Rel. Min. Nancy Andrihgi. DJe de 31 mai. 2017).

A esse propósito, é necessário observar que o Superior Tribunal de Justiça analisou conteúdo correlato sob o Tema Repetitivo nº. 1.078, onde se consignou que "*o atraso, por parte de instituição financeira, na baixa de gravame de alienação fiduciária no registro de veículo não caracteriza, por si só, dano moral in re ipsa*". Posteriormente, no mesmo julgado²⁵, ainda ficou consignado que a referida demora na baixa de restrição da quitação de financiamento não constituiria fato suficiente para configurar a violação de direito de personalidade. *A priori*, dentro do recorte metodológico proposto e de forma analógica, é possível notar que o Superior Tribunal de Justiça admitiu expressamente uma gradação acerca da reparabilidade da violação dos direitos da personalidade. Existiriam atos mais e menos graves, independentemente da pessoa, que implicariam ou não no dever de indenizar a título de dano moral (violação do direito da personalidade)²⁶. Neste particular, nota-se que o padrão decisório citado ainda se volta severamente para a conduta da parte.

Porém, há que se observar que ainda no âmbito do Superior Tribunal de Justiça existe controvérsia sobre os elementos caracterizadores da reparação do dano moral nas diversas casuísticas que são levadas a julgamento.. No REsp 1.899.304²⁷ julgado à unanimidade pela Segunda Seção do referido Tribunal, decidiu-se que a simples existência de corpo estranho em alimento adquirido por consumidor é suficiente para configurar a violação de direito da personalidade, ensejando dano moral a ser reparado. O fato de haver a ingestão ou não do mesmo pelo consumidor unicamente seria relevante apenas para a quantificação do *quantum* indenizatório e não, ressalte-se, para a conclusão acerca de sua existência.

²⁵ "[...] o acórdão recorrido concluiu que a demora na baixa da restrição após a quitação do financiamento, por si só e quando não comprovado real dano à pessoa, não passa de mero dissabor, não provocando abalo suficiente à violação dos direitos inerentes à personalidade [...]"

²⁶O paradoxo é real. Ao mesmo tempo em que a jurisprudência admite a gradação de condutas entre causadoras ou não de dano moral

²⁷ 2a Seção. Rel. Min. Nancy Andrighi. DJe 30 nov. 2021.

Diversos outros tribunais têm trilhado o mesmo entendimento inicialmente destacado²⁸ com a nítida intenção de constituir obstáculos ao pleno acesso à justiça de pessoas que tenham seus direitos violados por criar obstáculos ao cômputo e à quantificação da reparação civil. É o que Sérgio Cavalieri observa ao afirmar que "[...] corremos, agora, o risco de ingressar na fase da sua industrialização, onde o aborrecimento banal ou mera sensibilidade são apresentados como dano moral, em busca de indenizações milionárias".

De uma fase pré-constituente em que se rechaçava a reparabilidade da lesão a direito de personalidade à virada do século, o maquiavélico argumento de que a presunção da existência do dano moral enquanto decorrência da violação de direito da personalidade não pode ser admitida em razão de seu efeito prático foi acolhida de forma ostensiva pela jurisprudência.

Observa-se, neste diapasão, uma forte influência do realismo jurídico causador, por vezes, de discursos excessivamente simplificados mediante uma valoração atribuída ao intérprete em oposição à efetiva aferição da dignidade da própria pessoa. Como crítica, anota-se que a valoração externa dos atributos da personalidade, notadamente da própria dignidade, é tarefa excessivamente árdua e desafiadora do princípio da isonomia.

A despeito desta transição, conforme já observado tanto por Nelson Rosendal²⁹ quanto por Sérgio Cavalieri Filho³⁰, a teoria da responsabilidade civil tem caminhado claramente para uma transição de foco inicialmente sempre atrelado à existência de danos para uma tutela de condutas potencialmente lesivas. A dinâmica das relações sociais contemporâneas, portanto, é um grande indicador desse movimento evolutivo da responsabilidade civil em que a noção de uma economia de mercado deixa claro que a

²⁸ "RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C.C. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. Sentença de improcedência. Apelo do autor. Alegação de invasão de privacidade e perturbação do sossego pelos técnicos das rés que utilizam o muro da residência para realizar manutenção na cabine instalada no poste na lateral do imóvel. Fotografias que comprovam, no entanto, inexistir acesso visual do interior da residência pela lateral do imóvel, bem como que o muro, bastante elevado e sem janelas ou portas, é utilizado apenas como apoio da escada e não para o trabalho em si. Alegações inverossímeis do autor que elide o direito perseguido. Provas oral e testemunhal totalmente protelatórias ante o conjunto probatório. Cerceamento de defesa não constatado. Danos morais não evidenciados. Mero aborrecimento que não enseja em abalo aos direitos da personalidade. Indenização indevida. Sentença mantida. RECURSO NÃO PROVIDO". (TJSP; Apelação Cível 1011578-24.2020.8.26.0007; Relator (a): Alfredo Attié; Órgão Julgador: 27ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional VII - Itaquera - 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 15/03/2022; Data de Registro: 16/03/2022).

²⁹ ROSENVALD, Nelson. A refundação das penas privadas. In: FIUZA, César. *Et. Al. Direito Civil: teoria e prática no direito privado*. Atualidades IV. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p.625-648.

³⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, 10ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012.

intromissão no patrimônio da pessoa constitui um fator razoavelmente eficaz para a imposição de padrões de conduta não lesivos à dignidade. Como anota Daniel Levy³¹, *"a lesão não é mais concreta, não é mais pontual, não é mais imediata e o tempo de vida do ser humano não coincide com a temporalidade do dano"* e, de fato, essa transformação acaba por exigir uma releitura de muitos institutos jurídicos.

Não bastasse toda essa controvérsia que, naturalmente, demanda tempo e experimentação coletiva e individual para se assentar, em seu natural caminhar à frente da norma jurídica, o fato social envolvendo o uso de dados pessoais ganhou muita notoriedade nos últimos anos em decorrência do progresso exponencial da capacidade de processamento de dados.

E essa nova evolução das relações sociais trouxe consigo uma nova revisão do instituto da responsabilidade civil especialmente ao se questionar a reparação da lesão a direito da personalidade (privacidade e proteção de dados pessoais) e a sua complexa e eventual necessidade de comprovação.

3 O caso Cyrela

A Cyrela Brazil Realty S.A. Empreendimentos e Participações é uma incorporadora e construtora fundada em São Paulo no ano de 1962 e que teve como lucro líquido no último trimestre do ano de 2020 o valor de R\$261.000.000,00³².

A Cyrela foi acionada em um dos primeiros casos que se tornaram notórios envolvendo a aplicação da LGPD, o que ocorreu nos autos do processo nº. 1080233-94.2019.8.26.0100 e que tramitou perante a 13ª Vara Cível de São Paulo/SP³³.

Um dos clientes (consumidor) da empresa alegou que adquiriu uma unidade em empreendimento imobiliário e que, inadvertidamente, seus dados pessoais teriam sido

³¹ *Responsabilidade civil: de um direito dos danos a um direito das condutas lesivas*. São Paulo: Atlas, 2012, p.15.

³² Informações tornadas públicas pela própria empresa em razão da cotação de suas ações em bolsa e disponíveis em: <http://ri.cyrela.com.br/informacoes-financeiras/central-de-resultados/> - Acesso 15 mar. 2022.

³³ Em verdade, havia controvérsia sobre a própria aplicação da LGPD ao caso, eis que o fato era anterior à sua vigência. Porém, independentemente disso, como já se ressaltou anteriormente, a proteção de dados pessoais enquanto direito fundamental e direito da personalidade superariam qualquer entrave dessa natureza - como foi reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal.

compartilhados com outras empresas, o que teria causado violação a seus direitos de personalidade e deveria implicar no ressarcimento civil.

Durante a instrução processual, conforme destacado pela própria sentença, ficou comprovado que os dados pessoais do consumidor, notadamente seu nome e telefone teriam sido compartilhados pela Cyrela com outras instituições financeiras, consórcios, empresas de arquitetura e construção civil e lojas de móveis. Todos esses terceiros, consoante se comprovou, entraram em contato com o consumidor em razão da aquisição de uma unidade autônoma específica no empreendimento em questão.

O caso Cyrela é representativo de toda a controvérsia instaurada em torno da responsabilidade civil pela violação de direito da personalidade, já que destaca o debate acerca da releitura de seu eixo fundamental com a tendência de que se reconheça um direito que tutela com maior ênfase a conduta lesiva do que o patrimônio jurídico lesado, assim como o eventual enriquecimento sem causa do consumidor e também a necessidade de se produzir prova a seu respeito para eventual quantificação.

3.1 Sentença

A sentença analisou o caso à luz da LGPD e do Código de Defesa do Consumidor, sendo atribuído à Cyrela a responsabilidade objetiva³⁴, com destaque para o fato de que inexistiu observância à obrigação de informar ao consumidor a que espécies e finalidades de tratamento os seus dados pessoais estariam sujeitos.

Considerou-se ainda que não havia necessidade de comprovação da existência e da extensão do dano moral, eis que este decorreria da violação de direito da personalidade, o direito à proteção de dados pessoais³⁵.

Com isto, foi arbitrada indenização por dano moral no valor de R\$10.000,00.

³⁴ Destacando-se trecho da sentença: "[...] a responsabilidade da ré é objetiva (arts. 14, caput, CDC e 45, LGPD). Inexiste suporte para a exclusão de responsabilidade (art. 14, 3º, I a III, CDC), de sorte que caracterizado o ato ilícito relativo a violação a direitos de personalidade do autor, especialmente por permitir e tolerar (conduta omissiva) ou mesmo promover (conduta comissiva) o acesso indevido a dados pessoais do requerente por terceiros.

³⁵ Da sentença: "o dano à esfera extrapatrimonial também fora demonstrado. Justamente por conta do ato ilícito relativo ao acesso de dados titularizados pelo autor a terceiros, houve violação a direitos de personalidade (intimidade, privacidade, nome). O dano, nesta hipótese, decorre do próprio ilícito (in re ipsa), e resta corroborado pelos documentos que comprovam que o requerente fora assediado por diversas empresas por conta da conduta ilícita da requerida".

3.2 Acórdão

Em grau recursal, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo adotou um posicionamento ligeiramente diverso. De imediato, observou-se que o indigitado compartilhamento de dados pessoais ocorreu antes da entrada em vigor da LGPD, razão pela qual a mesma não deveria ser aplicada ao caso em questão.

E com relação ao incidente em si considerou, o acórdão, que a prova apresentada pelo consumidor acerca do compartilhamento de dados não teria sido satisfatória ("*não há prova inequívoca*")³⁶. E, na esteira do que já se sinalizou ser o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo asseverou que existem circunstâncias que ensejam na presunção da ocorrência do dano moral. No entanto, outras situações específicas não teriam essa aptidão.

Extrai-se do acórdão a consideração de que a situação havida deveria ser compreendida como um singelo incômodo: "*trata-se, pois, de episódio do qual não resultou nenhuma interferência excepcional no comportamento do autor e que não rompeu com seu equilíbrio psicológico*".

O recurso da Cyrela foi integralmente provido para, reformando-se a sentença, julgar improcedente o pedido de indenização por dano moral.

4 Conclusão: pela sistematização de uma teoria geral da proteção de dados pessoais

O "caso Cyrela" julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo é representativo de uma questão que tende a se tornar cada vez mais comum na contemporaneidade. De que forma a violação à proteção de dados pessoais, indubitavelmente compreendida como um direito da personalidade, irá impactar a jurisprudência nacional é

³⁶ Do acórdão: "[...] *concluo que, no caso em tela, com a devida vênia à Magistrada sentenciante, não há prova inequívoca de que foi a requerida quem repassou os dados pessoais do requerente aos prestadores de serviço que o contataram por e-mail e mensagens de WhatsApp. Em que pese a informação de uma das prestadoras que entrou em contato com o autor sobre o acesso a mailing por meio de 'portal de construtoras' (pág. 145), este fato, por si só, não identifica a ré como a responsável pelo alegado vazamento de dados, máxime porque outra informação que trabalhavam 'com diversas parceiras', arrematando: 'não sei ao certo quem passou o seu contato'*".

uma questão a ser respondida com muita cautela e a desafiar a superação das críticas baseadas meramente no realismo jurídico e desatentas à conjuntura inerente à tutela dos direitos fundamentais.

Há que se levar em consideração a cláusula geral de tutela da pessoa e a necessidade de promoção efetiva de sua dignidade, o que constitui um dos fundamentos da república (art. 1º, III, CF/88). Aliado a isso, outro fator que deve ser levado em consideração é a hipossuficiência da pessoa (e especialmente do consumidor, embora não apenas dele) com relação à produção de prova inequívoca sobre o compartilhamento intencional ou não de seus dados pessoais. Os elementos materiais acerca da existência dessas relações raramente estarão na posse ou no âmbito de disponibilidade do titular já que inerentes ao controlador.

O CDC, aliás, já havia proposto uma solução para esse problema ao contemplar a possibilidade de inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII) como medida facilitadora da tutela de seus direitos sempre que "[...] *for verossímil a alegação*" ou quando ele for hipossuficiente em relação à produção da indigitada prova. De forma totalmente alinhada, o CPC (art. 373, §1º) dispõe que determinadas particularidades de uma causa relacionadas à impossibilidade ou excessiva dificuldade de se cumprir o ônus da prova, ou ainda a maior facilidade de se produzi-la por uma parte, pode levar o juiz a redistribuir o ônus da prova. A análise da sentença e do acórdão proferidos no caso Cyrela, infelizmente, não revela qualquer análise sobre tais situações.

No contexto em que eventualmente se questione o compartilhamento de dados com outro controlador ou até mesmo a ocorrência de um incidente de segurança da informação que tenha comprometido total ou parcialmente esses dados, não se vislumbra a possibilidade de que a pessoa, e consumidora, tenha condição de produzir prova incontestada da origem e da manipulação de suas informações. Do contrário, o que se obtém como regra é um conjunto de indicativos da origem desses dados e do tratamento que lhes foi atribuído, ou seja, uma mera coerência.

Essas circunstâncias, que evidentemente merecem uma análise centrada em verossimilhança e plausibilidade, é que devem induzir à inversão do ônus da prova por decisão fundamentada e assegurada a oportunidade do controlador de se defender e de se eximir de qualquer responsabilidade. É claro que não se poderia defender a legitimação de instrumentos causadores do enriquecimento sem causa. Por outro lado, em situações como tal

a regra de distribuição do ônus da prova constituirá, *prima facie*, eterno impeditivo do ressarcimento civil da violação a direito da personalidade.

Dito de outro modo, a visão fortemente impactada pelo realismo jurídico a que grande parte da jurisprudência se submete é potencialmente causadora da ineficácia do direito fundamental à proteção de dados pessoais. Carências muito específicas relacionadas a determinadas áreas do direito, como o direito civil, do consumidor, das famílias e sucessões, dentre outros, terão o condão, cada vez mais, de serem afetadas e de causarem distorções hermenêuticas nas causas que envolvam a tutela da dignidade sob o prisma da proteção de dados pessoais.

Por este motivo é que se justifica, cada vez mais, uma teoria geral da proteção de dados pessoais como instrumento de uniformização da epistemologia jurídica na aplicação do direito e no combate a vieses decisórios. Esses vieses decorrem, propriamente, da incompreensão de várias particularidades inerentes à disciplina e que afetam, decisivamente, a sua sistematização. Vale dizer, a falta de uma teoria geral da proteção de dados pessoais claramente pautada nos direitos da personalidade e no conceito de autonomia privada é permissiva de desvios jurisprudenciais ainda a serem equacionados em um futuro próximo.

A se reconhecer aquilo que a doutrina já aponta como uma releitura do instituto da responsabilidade civil com maior ênfase às condutas deliberadamente lesivas em detrimento da prosaica comprovação (ou não) da repercussão do dano, identifica-se que a tutela da proteção de dados pessoais não poderá ser negligenciada sem que se descumpra a própria dignidade da pessoa (titular). Com isto, a inversão do ônus da prova mediante decisão fundamentada durante a instrução processual ganha radical relevância não só neste como em outros casos, especialmente aqueles relacionados a incidentes de segurança da informação causados por falhas técnicas de índole tecnológica. Por isso, situar situações como o caso Cyrela e tantos outros que se reproduzem diariamente nos tribunais pátrios enquanto atos oriundos da autonomia privada e necessariamente vinculados aos deveres laterais da boa-fé objetiva constitui o passo inicial e inafastável do desenvolvimento da epistemologia jurídica.

De outro modo, a singularidade dos casos analisados acabará por sucumbir às críticas superficiais de um realismo jurídico exacerbado e que não encontra guarida na constitucionalidade democrática atual.

5 Referências

- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, 10ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012.
- DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*, 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.
- GROSSI, Bernardo Menicucci. *Responsabilidade civil e equivalência do direito estrangeiro na lei do software*. Belo Horizonte: Dialética, 2022.
- LEVY, Daniel de Andrade. *Responsabilidade civil: de um direito dos danos a um direito das condutas lesivas*. São Paulo: Atlas, 2012.
- MELO, Nehemias Domingos. *Dano moral - problemática: do cabimento à fixação do quantum*, 2ª ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Atlas, 2011.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- OMMATI, José Emílio Medauar. *Uma teoria dos direitos fundamentais*, 7ª ed., rev. e atual. Belo Horizonte: Conhecimento, 2020.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*, 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- RODOTÀ, Stefano. *Il diritto di avere diritti*. Bari: Editori Laterza, 2017.
- RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- SOUZA, Adriano Stanley Rocha; GODINHO, Jéssica Rodrigues (Org.). *Reflexões acadêmicas: o dano moral como subterfúgio para o enriquecimento sem causa*. Curitiba: Appris, 2018.
- SÁ, Maria de Fátima Freire; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Direitos da personalidade*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017.
- TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato. (Coord.). *Lei geral de proteção de dados pessoais e suas repercussões no direito brasileiro*, 2ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.