

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO VAZAMENTO DE DADOS
PESSOAIS

LUCAS LIMA VIEIRA

RIO DE JANEIRO
2020 / 1º SEMESTRE

LUCAS LIMA VIEIRA

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO VAZAMENTO DE DADOS
PESSOAIS

Monografia Jurídica de final de curso,
elaborada no âmbito da graduação em Direito
da Universidade Federal do Rio de Janeiro,
como pré-requisito para obtenção do grau de
bacharel em Direito, sob a orientação da
Professora Dra. Carmen Lúcia Macedo

RIO DE JANEIRO
2020 / 1º SEMESTRE

CIP - Catalogação na Publicação

V658r Vieira, Lucas Lima A responsabilidade
civil do Estado no vazamento de dados pessoais /
Lucas Lima Vieira. -- Rio de Janeiro, 2020.
67 f.

Orientadora: Carmen Lúcia Macedo.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2020.

1. Dado. 2. Responsabilidade Civil do
Estado. 3. Teoria do Risco Administrativo. 4.
Sistema de analogia ao risco integral aplicado ao
vazamento de dados pessoais. I. Macedo, Carmen
Lúcia, orient. II. Título.

LUCAS LIMA VIEIRA

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO VAZAMENTO DE DADOS
PESSOAIS**

Monografia Jurídica de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da **Professora Dra. Carmen Lúcia Macedo**.

Data da aprovação: __/__/____

Banca Examinadora

Orientador

Membro da banca

Membro da banca

RIO DE JANEIRO
2020 / 1º SEMESTRE

RESUMO

A responsabilidade civil do Estado desperta debates na comunidade, haja vista a constante evolução da natureza do próprio ente político. Na sociedade da informação, não apenas as empresas privadas coletam e tratam dados pessoais dos usuários de plataformas digitais ou redes sociais, o Estado já lida com estas informações em seus bancos de dados há muito tempo. A legislação e os estudiosos devem acompanhar a modernidade da sociedade, evoluindo para alcançar novos casos de danos às personalidades. Com isso, deve ocorrer o debate acerca da responsabilidade civil do Estado na posse de dados pessoais e o possível vazamento de dados ou publicação indevida destes.

Palavras-Chaves: Dados. Pessoais. Responsabilidade. Civil. Estado.

ABSTRACT

The State's civil liability arouses debates in the community, given the constant evolution of the nature of the political entity itself. In the information society, not only do private companies collect and process personal data from users of digital platforms or social networks, the State has been dealing with this information in its databases for a long time. The legislation and scholars must accompany the modernity of society, evolving to reach new cases of damage to personalities. As a result, there must be a debate about the State's civil liability in the possession of personal data and the possible leakage of data or improper publication.

Keywords: Data. Personal. Responsibility. Civil. State.

LISTA DE SIGLAS

CRFB: Constituição da República Federativa do Brasil;

LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais;

MCI: Marco Civil da Internet;

CC: Código Civil;

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 DOS DADOS	13
1.1 Dado pessoal.....	15
1.1.1 Aspecto analítico do dado pessoal como direito da personalidade.....	20
1.1.2 Conceituação do dado pessoal	23
1.2 Vazamento ou publicação indevida de dados	25
2 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO.....	30
2.1 Teorias da responsabilidade civil do estado.....	33
2.1.1 Teoria da irresponsabilidade do Estado	33
2.1.2 Responsabilidade com previsão legal.....	34
2.1.3 Teoria da responsabilidade subjetiva.....	34
2.1.4 Teoria da culpa do serviço ou <i>faute du servisse</i>	36
2.1.5 Teoria da responsabilidade objetiva do Estado	37
2.2 Caracterização da teoria da responsabilidade civil do estado adotada	38
2.2.1 Agentes da responsabilidade civil.....	40
2.3 Excludentes da teoria adotada.....	41
3 TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO	44
3.1 Teoria do risco administrativo e teoria do risco integral	45
3.2 Aplicação extraordinária do risco integral.....	46
3.2.1 Dano decorrente de atividade nuclear	47
3.2.2 Acidente de trânsito	47
3.2.3 Crimes a bordo de aeronaves.....	48
3.2.4 Dano ao meio ambiente	48
4 SISTEMA DE ANALOGIA DO RISCO INTEGRAL APLICADO AO VAZAMENTO DE DADOS PESSOAIS	51
4.1 Proteção ao direito ambiental e proteção de dados pessoais	53
CONCLUSÃO.....	60

REFERÊNCIAS..... 62

INTRODUÇÃO

A troca de informações através da internet permite uma maior dinâmica em diversos tipos de relações no mundo, esse que é a cada instante mais global e menos territorial. Tal evento pode ser devidamente creditado às inúmeras redes sociais, que potencializaram a comunicação e aumentaram a democratização do conhecimento e das informações, que se originavam em sua grande parte de poucos meios de comunicação. No entanto, apesar da boa intenção, a visualização da informação exposta para o público tornou-se objeto de interesse econômico e a disponibilização de serviços, aparentemente gratuitos, foram a chave para uma modernidade com propósitos mais capitalistas.

O vazamento de dados pessoais é tema recorrente nos debates que se referem ao uso e compartilhamento de informações, auferidas pela coleta em massa dos usuários de determinada plataforma. A relação que cada pessoa estabeleceu com seu telefone celular inteligente ou *smartphone* trouxe uma ideia de dependência a um constante relacionamento com outras pessoas por meio digital. Com o grande volume em trânsito de informações bancárias ou outras sigilosas, de empresas ou de pessoas naturais, não é surpresa a existência de muitos interesses em alcançar esses dados. Dessa forma, o vazamento, quando ocorre, é um grande problema, ainda mais se esses dados estão em posse do Estado.

De forma geral, o Estado já lida com o fato de possuir um grande volume de informações pessoais de seus administrados, haja vista o controle social que exerce diante da população que esteja sobre sua tutela. No cenário atual, há uma nova perspectiva, essas informações estavam em um meio estático (papel, basicamente) e aos poucos estão se transformando em informações digitais, que são hospedadas – termo que se utiliza para indicar onde se encontram as informações – em bancos de dados, ou seja, em um meio conectado à uma rede de computadores a fim de serem geridos por seus usuários.

No eventual vazamento ou divulgação indevida desses dados pessoais em posse do Estado, a responsabilidade por estes atos, comissivos ou omissivos, podem ensejar responsabilidades civis, penais ou administrativas, cada uma dentro da respectiva esfera e

respeitando a independência da outra, assim, uma atuação em cada esfera, com as devidas especificidades.

Diante da constante de que o Estado realiza a gerência de tantos dados pessoais, existe uma questão a ser mencionada: como operacionalizar sua responsabilização civil nesses casos de vazamento de dados? O que podemos afirmar é que a jurisprudência¹ e a Carta Magna brasileira afirmam que a responsabilidade civil do Estado é objetiva². Porém a doutrina, ou seja, os estudiosos do Direito no assunto, divergem quanto à aplicação de uma teoria ou outra para justificar os atos e situações excepcionais da responsabilidade civil do Estado.

A legislação pertinente ao tratamento do assunto, Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais³ traz como responsabilidade civil, uma, quanto ao controlador e ao operador, que são responsáveis civilmente pelo dano causado a outrem ao desrespeitarem a legislação protecionista. E duas, no que diz respeito ao tratamento de dados por órgãos públicos, onde a referida legislação afirma que a infração legal será informada a autoridade de fiscalização de dados e para que cesse a violação.

¹ art. 37, §6º da Constituição Federal - "**Responsabilidade civil objetiva do Estado**. Art. 37, § 6º, da Constituição. Crime praticado por policial militar durante o período de folga, usando arma da corporação. Responsabilidade civil objetiva do Estado. [RE 418.023 AgR, rel. min. Eros Grau, j. 9-9-2008, 2ª T, DJE de 17-10-2008.] = ARE 751.186 AgR, rel. min. Celso de Mello, j. 2-12-2014, 2ª T, DJE de 17-12-2014 = RE 213.525 AgR, rel. min. Ellen Gracie, j. 9-12-2008, 2ª T, DJE de 6-2-2009" (grifo nosso)

art. 37, §6º da Constituição Federal - "A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público é **objetiva** relativamente a terceiros usuários, e não usuários do serviço, segundo decorre do art. 37, § 6º, da CF. A inequívoca presença do nexo de causalidade entre o ato administrativo e o dano causado ao terceiro não usuário do serviço público é condição suficiente para estabelecer a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica de direito privado. [RE 591.874, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 26-8-2009, P, DJE de 18-12-2009, Tema 130.]" (grifo nosso)

² CRFB/88 - Art. 37, § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

³ BRASIL. Lei 13.709 de 14 de agosto de 2018. Brasília, 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm>. Acesso em: 07 abril 2019.

Cabe ressaltar que o debate da teoria aplicada na responsabilidade civil no caso de atos danosos aos titulares na eventual falha ou no vazamento, será objeto de discussão nos próximos capítulos.

Para realizar uma análise mais profunda, a metodologia utilizada será de sistematização, que tende a investigar, através de argumentos esparsos na legislação brasileira e nos pensamentos dos juristas, as consequências e aplicações do Direito no ramo do Direito digital e da responsabilidade civil do Estado. A pesquisa buscará elencar material acadêmico, jurisprudencial e legislativo para apresentar, de forma organizada, a ideia principal. O objetivo será estruturar categorias para tornar o campo da proteção de dados pessoais em um campo normativo compreensível.

Serão apresentados documentos de Leis, sentenças, acórdãos, votos isolados que cuidam dos casos de vazamentos de dados pessoais. Além disso, serão analisadas obras relacionadas ao Direito digital, de responsabilidade civil e doutrinas de Direito administrativo.

Portanto, o trabalho de conclusão de curso estrutura-se em quatro capítulos, apresentando-se no primeiro a história, definições e problematizações acerca do que vem a ser um dado, em seu aspecto digital e analógico, além da evolução e importância ao ser inserido na sociedade da informação. No segundo capítulo será abordada a responsabilidade civil do Estado, seu progresso desde a origem, passando por conceitos e mencionando a importância da teoria adotada junto à responsabilização fixada na legislação. O terceiro capítulo cuida do estudo da teoria do risco, em seu aspecto do risco administrativo e do risco integral, bem como as possíveis aplicações segundo doutrinas e julgados dos tribunais. No capítulo quatro será apresentada uma análise comparativa da adoção do recurso da analogia do risco integral aplicado aos danos ambientais com o dano provocado pelo uso indevido de dados pessoais.

1 DOS DADOS

Necessário, nesse momento e antes de especificamente entrar no assunto “dado pessoal”, trazer algumas considerações do que é considerado um dado. Um dado é “um elemento ou base para a formação de um juízo” (OLINTO, 1919, p.240)⁴, ou seja, é parte de um todo que permite a identificação de algo. Dessa forma, é possível entender que um dado é qualquer particularidade que indique alguma informação, individualizando-a.

O dado pode ser apresentado de diversas maneiras, seja por meio de materiais estáticos, como o papel, seja por meio digital, representado com a menor fração eletrônica, o bit. A caracterização desse tipo de informação acerca do dado é importante para os dias atuais, tendo em vista que a migração de sistemas analógicos e meios físicos estão com dias contados. A digitalização é a regra da nova geração, na medida em que os Tribunais⁵⁶ e o Poder Executivo⁷ estão editando suas normas para total atuação digital.

Para Valdemar W. Setzer, o dado digital é uma sucessão matemática de símbolos quantificados ou quantificáveis⁸, o que permite deduzir que, assim, podem ser armazenados em um computador e por ele processados.

⁴ OLINTO, ANTONIO. Minidicionário Antonio Olinto da língua portuguesa. Tradução de Ubiratan Rosa. São Paulo: Moderna, 1919. P. 240.

⁵ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Incentivos estimulam digitalização de processos na Justiça alagoana. CNJ, 21 setembro 2016. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/incentivos-estimulam-digitalizacao-de-processos-na-justica-alagoana/>>. Acesso em: 16 Março 2020.

⁶ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Norma prevê digitalização de 100% dos processos da Justiça Eleitoral do DF. CNJ, 16 Maio 2020. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/norma-preve-digitalizacao-de-100-dos-processos-da-justica-eleitoral-do-df/>>. Acesso em: 17 junho 2020

⁷ BRASIL. DECRETO Nº 8.539, DE 8 DE OUTUBRO DE 2015. BRASIL. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/d8539.htm>. Acesso em: 06 Julho 2020.

⁸ SETZER, VALDEMAR W. Dado, Informação, Conhecimento e Competência, São Paulo, Maio 2015. Disponível em: <https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/44270487/ART_2_GEST.pdf?1459453402=&response-content-disposition=inline%3B+filename%3DDado_Informacao_Conhecimento_e_Cometenc.pdf&Expires=1594060757&Signature=bExxhJPnU947pfHVGQ8uqh7rqk~KsZJOAraqvSqPorc-A6TPKUYNEI~M4>.

O dado é uma coisa distinta da informação. O dado, segundo Danilo Doneda, “apresenta conotação um pouco mais primitiva e fragmentada [...]; uma espécie de pré-informação”⁹ e a informação, por sua vez, “alude a algo além da representação contida no dado, chegando ao limiar da cognição [...]”¹⁰, ou seja, um dado é qualquer fragmento que, junto com outros dados, pode se tornar uma informação.

O dado digital, portanto, pode ser um texto, uma foto, uma figura, sons gravados e vídeos, tudo aquilo que pode ser armazenado em um banco de dados de um computador, e ser medido por seu processamento digital.

Concorrendo com as normas que tratam da digitalização dos meios, e o grande volume de tramitação de informações na rede mundial de computadores dentro do país, despertou-se o legislador para um universo que estava até então sem regulamentação, isto é, sem norma específica para tratar do assunto. Os dados já não se referem somente a informações aleatórias, matemáticas ou instrutórias. Agora, os dados transitam com informações pessoais, íntimas ou secretas, o que se traduz em insegurança do indivíduo e do Estado, na eventual falha sem aparato legal.

Foi assim que sobreveio o advento da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, haja vista que uma Lei com esse escopo não carece de razões para sua aprovação. Conforme já mencionado por Márcio Cots e Ricardo Oliveira:

“[...] Com o aumento exponencial de processamento de dados, inteligência artificial e o compartilhamento de informações, estava claro que a privacidade e a intimidade das pessoas estavam morrendo aos poucos, vítima de inúmeros mecanismos do mundo moderno, especialmente redes sociais, bancos de dados

⁹ DONEDA, DANILO. Informação e dados pessoais. In: DONEDA, D. Da privacidade à proteção de dados pessoais. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Cap. 2, p. 152.

¹⁰ *Idem*

públicos, migração da informação que antes estava registrada em papel, agora disponível na internet e outros meios, livre garimpagem e enriquecimento de bancos de dados de todos os tipos, entre outros.” (COTS E OLIVEIRA, 2019, p. 25)¹¹

O teor da Lei abarca aquelas informações que tratam do âmbito pessoal do dado, sob o aspecto de individualização da informação, isto é, dado como uma informação que permite fazer/chegar à um juízo pessoal do indivíduo. Aquilo que foi coletado por determinado banco de dados e será tratado para o seu uso compartilhado, ou não, será, desse modo, um dado pessoal.

Dessa maneira, é de se salientar o reconhecimento da importância do assunto como um campo jurídico a ser alvo de mais atenção, tendo em vista a potencialidade de uso econômico e possíveis eventos danosos.

1.1 Dado pessoal

A fonte imediata do Direito brasileiro é a Lei, o que evidencia sua primazia sobre as demais fontes¹². Assim, a primeira análise do que é dado pessoal também deve se pautar pela legislação. A Lei nº 13.709/2018 – Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), em seu art. 5º, define o que é um dado pessoal.

“Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se:

I - dado pessoal: informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável;”

Conforme visto, a Lei define como dado pessoal determinada informação que pode identificar uma pessoa ou que pode torná-la conhecida. Segundo Patrícia Peck Pinheiro, o dado pessoal não se limita apenas ao nome, sobrenome, placas de automóveis e outras informações

¹¹ COTS, MÁRCIO; OLIVEIRA, RICARDO. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais Comentada. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 25.

¹² FARIAS, CRISTIANO CHAVES DE; ROSENVALD, NELSON. A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. In: FARIAS, C. C. Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 120.

diretas, mas tudo aquilo que se relaciona à pessoa natural (PINHEIRO, PATRÍCIA PECK, 2018), de modo que, por exemplo, um fato que foi realizado em sua vida pessoal, seja capaz de distinguir uma pessoa das demais.

Para a Lei, aquele a que se refere o dado é o titular do dado pessoal, assim, o que o titular do dado informa aos agentes econômicos que coletam os dados pessoais, ou às agências do governo e órgãos públicos, corresponde a pequenos fragmentos que serão posteriormente comparados e formarão informações que serão produzidas com conexões entre eles.

Por exemplo: todo usuário do Waze precisa compartilhar sua localização geográfica, através de seu sistema de *GPS*. Essa é a condição para que o aplicativo calcule quais são os trechos engarrafados na rodovia e, com isso, ofereça rotas alternativas aos motoristas com menos tráfego. Para obter a facilidade, o usuário aceita que terceiros tenham acesso a seu *smartphone*, por meio de um contrato digital.

Na medida que terceiros estão em posse de dados pessoais, muitas vezes sensíveis, a Lei estabelece, como seu objetivo, proteger os direitos fundamentais de liberdade, privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural, além de outras finalidades como a proteção da intimidade, honra, direito de imagem e dignidade. Veja seu art. 1º:

“Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.”

De acordo com o demonstrado, apesar de a Lei ser direcionada aos que trabalham coletando e tratando dados pessoais, a busca final da norma é a de proteção. Ou seja, o pano de fundo da LGPD é proteger a pessoa natural e, por isto, cabe antes de adentrar no conceito de dado pessoal, uma análise acerca da vulnerabilidade do que é protegido.

Serviços oferecidos em aplicações, sites e programas, que são apresentados como gratuitos em grande parte, não são realmente o que parecem ser. Existe por detrás dessa boa vontade o interesse econômico. A cobrança da importância que seria paga para utilização desses serviços é transferida para outros meios, como ocorre no oferecimento personalizado dentro do próprio serviço prestado pela rede social ou sítio eletrônico, o que se configura como um subterfúgio estratégico de vendas.

Além disso, também se trata de uma troca no uso da plataforma. Há, de maneira livre, o fornecimento de dados pessoais aos bancos de dados dessas empresas, em troca da utilização dos meios de comunicação ou serviço, o que caracteriza, de certa forma, um contrato de adesão¹³. Não há a possibilidade de negociação das cláusulas, somente ocorre com o fornecimento dos dados pessoais e a posterior utilização da plataforma, ou, no caso de não optar pelo fornecimento, não será possível o uso do serviço.

Dessa forma, em posse de diversas informações dos usuários - esses que não são, em grande medida, conhecedores do potencial econômico destes elementos informativos-, as companhias realizam estudos socioeconômicos, psicológicos e perfis consumeristas, cruzando dados compartilhados, inclusive entre outras empresas, com a finalidade de realizar a venda de espaços de publicidade profundamente personalizados para cada um daqueles que desfrutam da rede social ou serviço, supostamente inclusivos e gratuitos.

Com o uso de perfis de consumo e socioeconômicos foram criados verdadeiros impérios que dominam o mercado digital e que são, neste momento, a principal forma de divulgação de produtos no mundo, inclusive ditando regras para o *marketplace* ou *marketing digital*. Logo,

¹³ BRASIL. LEI Nº 8.078, DE 11 DE SETEMBRO DE 1990. Planalto, Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm>. Acesso em: 26 junho 2020.

Art. 54. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.

deu-se início ao que já é intitulado como “o verdadeiro petróleo da era digital”¹⁴ ¹⁵, ou seja, os dados pessoais colhidos são tratados como uma mercadoria de grande valor e rentabilidade. Patrícia Peck Pinheiro afirma que “[...] a informação passou a ser um ativo de alta relevância para governantes e empresários: quem tem acesso aos dados, tem acesso ao poder”¹⁶

Essas informações, que são coletadas e tratadas, podem ser medidas como cada *post* que é “curtido”, e cada comentário que se publica fica registrado no Facebook. A interação do próprio usuário é o combustível para aferição do sucesso da plataforma. Essas interações permitem à ferramenta traçar um padrão detalhado a respeito do utilizador. Por esse ângulo, o comportamento *online* pode revelar suas inclinações políticas, sua orientação sexual e outras preferências.

O Google faz o mesmo. Sua conta pessoal registra os locais por onde esteve, as pesquisas que foram realizadas na internet e os vídeos aos quais assistiu no YouTube. Até mesmo fotos e e-mails excluídos da caixa de entrada permanecem nos servidores, rendendo uma espécie de relatório equivalente a milhões de páginas de texto, haja vista a possibilidade de recuperação destes dados.

Entretanto, há um envolvido, já mencionado, no interior dessas relações de cunho comercial que atende pelo nome de ‘titular’, titular do dado pessoal coletado¹⁷. Esse que se encontra em uma posição mais vulnerável dessa relação, haja vista a necessidade de utilizar o

¹⁴ SARLET, GABRIELLE BEZERRA SALES; CALDEIRA, CRISTINA. O consentimento informado e a proteção de dados pessoais de saúde na internet: uma análise das experiências legislativas de Portugal e do Brasil para a proteção integral da pessoa humana. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, p. 7, 2019. Disponível em: <<http://civilistica.com/o-consentimento-informado-e-a-protecao/>>. Acesso em: 19 Junho 2019

¹⁵ THE ECONOMIST. *The Economist*, 6 Maio 2017. Disponível em: <<https://www.economist.com/leaders/2017/05/06/the-worlds-most-valuable-resource-is-no-longer-oil-but-data>>. Acesso em: 19 Junho 2019.

¹⁶ PINHEIRO, PATRÍCIA PECK. *Proteção de dados pessoais - comentários à Lei n. 13.709/2018 (LGPD)*. 1. ed. São Paulo: Saraiva educação, 2018, p. 50

¹⁷ LGPD - Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se:

V - titular: pessoa natural a quem se referem os dados pessoais que são objeto de tratamento;

serviço e ser obrigado a concordar com os termos de uso, contratuais e legais, Bruno Bioni relata o círculo vicioso da sociedade da informação.

“Cada vez mais, a participação social é dependente desse trânsito informacional. Na verdade, a lógica do mercado e da sociedade da informação arquitetam essa (falsa) escolha, já que, para fazer parte do jogo, deve-se aceitar o convite mediante o “concordo” em compartilhar os “meus” dados pessoais. ” (BIONI, BRUNO RICARDO. Proteção de dados pessoais - a função e os limites do consentimento. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 164.)

Não é raro que o titular libere suas informações com a finalidade de ganhar um ínfimo desconto na compra de um item ou a utilização de um serviço que se anuncia como ‘gratuito’. Por essa premissa, entende-se que esse titular é uma parte hipossuficiente da relação, onde se verifica a necessidade desse indivíduo ser protegido de forma desigual pela ordem jurídica a fim de que seja assegurada a equidade do Direito.

Do mesmo modo, ocorre nas relações assimétricas encontradas pela ciência jurídica (direito do consumidor, direito do trabalho etc.), em que se ergue um direito com o fim de corrigir a desigualdade. Sob a análise de Bioni “[...] o titular dos dados pessoais amarga uma (hiper) vulnerabilidade, o que demanda, respectivamente, o seu empoderamento para emancipá-lo e a sua intervenção para assisti-lo.”¹⁸.

Ressalta-se que o indivíduo que fazia o uso da rede de internet, antes da promulgação da LGPD, não estava totalmente descoberto pela legislação nacional, uma vez que havia uma legislação vigente que regulava, e ainda regula, as interações que se realizam por meio do mundo *online*, ou seja, através da conexão de internet, não sendo o caso dos dados estáticos que são armazenados em bancos de dados.

¹⁸ BIONI, BRUNO RICARDO, 2019, Op. cit. p. XXVII

O Marco Civil da Internet¹⁹ regula os direitos e deveres que permeiam a relação daqueles que estão online na rede mundial. Contudo, como referido acima, a necessidade de regular os dados que tratassem das relações entre aqueles que deixam e coletam os dados *online* e armazenam *offline* era imprescindível para o desenvolvimento sustentável da sociedade, em outras palavras, os dados estáticos haviam de ser tutelados pela Lei e nesse grupo, os bancos de dados.

1.1.1 Aspecto analítico do dado pessoal como direito da personalidade

O direito da personalidade, conforme era entendido no século XVII, afastou-se da ideia de que os direitos provinham de uma força divina e passou a receber uma nova interpretação na ciência jurídica, através de um processo de laicização. O homem teria, portanto, direitos inatos e decorrentes da sua própria natureza²⁰, uma perspectiva que se filiou ao jusnaturalismo. Especialmente após a Segunda Guerra Mundial, com a declaração de direitos universais da Organização das Nações Unidas, houve ainda mais um apego para que o direito assegurasse interesses existenciais da pessoa humana²¹.

O Código Civil de 2002²², com projeto de Orlando Gomes, trouxe os direitos da personalidade, logo no segundo capítulo, em seu art. 11. A medida demonstra nítida preocupação com os direitos da personalidade, realizando uma releitura do Código anterior

¹⁹ BRASIL. Lei nº 12.965 de 23 de abril de 2014. Planalto, 2014. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm>. Acesso em: 07 abril 2019.

²⁰ BITTAR, CARLOS EDUARDO BIANCA; ALMEIDA, GUILHERME ASSIS DE. Curso de filosofia de direito. São Paulo: Atlas, 2008. 258 p

²¹ CHAVES, ANTONIO. In: _____ Tratado de direito civil: introdução à ciência do direito, sujeito de direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. t.1, v.1, 1982. p. 487.

²² BRASIL. LEI N 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002. Planalto, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 07 Junho 2020

(1916), com um foco na proteção da pessoa humana, efeito que pode ser denominado “despatrimonialização” do direito²³.

O referido objetivo do projeto do CC/2002, traz uma cláusula geral de proteção de tutela e promoção da pessoa humana, conforme se infere do enunciado 274 da IV Jornada de Direito Civil, cuja consequência principal é a elasticidade²⁴ da proteção.

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

Segundo Bruno Ricardo Bioni:

“Os direitos da personalidade são uma noção inacabada que deve ser cultivada, especialmente frente ao abordado manancial de dados produzidos pelas pessoas na sociedade da informação. Por meio dessa premissa, será possível identificar uma nova variante desta categoria jurídica para nela enquadrar a proteção de dados pessoais” (BIONI, BRUNO RICARDO, 2019, p. 59)

Nesse momento ocorre a elasticidade do rol de direitos da personalidade, pois nos direitos abarcados pelo art. 11, há número aberto, admitindo a existência de novos direitos conforme a alternância da sociedade. Dessa maneira, o direito à proteção de dados pessoais se insere na lista de direitos da personalidade, sobrevivendo uma tutela dinâmica e aberta para promoção da pessoa humana.

²³ GOMES, ORLANDO. Memória justificativa do anteprojeto de reforma do código civil. Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1963. p. 35.

²⁴ TEPEDINO, GUSTAVO. Temas de direito civil. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

A própria Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais se encarregou de dispor expressamente acerca do respeito à pessoa humana e seus bens extrapatrimoniais, consoante seu art. 1º, apesar da passível interpretação conforme os direitos individuais da Constituição Federal e dos direitos da personalidade no Código Civil.

“Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os **direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.** (grifo nosso)”

Um dado adjetivado como pessoal caracteriza uma parte ou dimensão de seu titular. Sob um aspecto analítico, o dado pessoal funciona como um novo tipo de identidade²⁵ e com o fim de apresentar fidedignamente a projetada identificação, o titular possui o direito da personalidade dessas informações corresponderem com a realidade. Assim, o direito preservado não se esgota apenas no direito à privacidade, mas em um conjunto de direitos que recebem a classificação de direitos da personalidade.

Na medida em que tais dados devem corresponder exatamente ao titular, a Lei protetora, em seu art. 18, inciso III, dispõe em sua literalidade a garantia de retificação das informações incompletas, inexatas ou desatualizadas. Dessa forma, também relata Bioni: “Por isso, os dados que influem na projeção de uma pessoa e na sua esfera relacional adequam-se conceitualmente como um novo direito da personalidade” (BIONI, BRUNO RICARDO, 2019, p. 67).

Podemos ainda sintetizar a preocupação da legislação europeia de proteção de dados pessoais, precursora no assunto, que igualmente previu na seção 3 do Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia, artigos 16 ao 20, direitos de retificação, apagamento de

²⁵ RODOTÀ, STEFANO. Il diritto di avere. Roma: Laterza, 2012. p. 314.

dados, limitação de tratamento, obrigação de notificação da retificação ou apagamento dos dados pessoais e o direito de portabilidade dos dados.

O que demonstra nítida evidência de direitos da personalidade nos direitos aos próprios dados pessoais, valendo-se do princípio *data accuracy*²⁶ que informa a obrigação dos controladores e tratadores de dados pessoais os armazenarem com precisão, sob as penas da Lei.

Levando-se em conta o que foi observado, a caracterização de proteção aos dados pessoais não se resume ao simples desdobramento de um dos direitos da personalidade, mas a uma inovação no ordenamento jurídico brasileiro. Logo, um direito autônomo, criado para desempenhar uma função mais complexa do que a simples privacidade, de acordo com o já exposto.

1.1.2 Conceituação do dado pessoal

A LGPD confia em seu texto, mais especificamente no art. 5º, inciso I, a definição do dado pessoal²⁷. Tal definição de dado pessoal comporta situação elementar na proteção dos dados, haja vista limitar a própria tutela jurídica em questão. Por isso, quando analisada a letra da Lei, percebe-se que a norma transporta duas vertentes, que, como aduz Bruno Ricardo Bioni, admitem a esfera expansionista e a esfera reducionista.

“De forma sistemática, o vocabulário para prescrever tal definição é composto por palavras que restringem ou alargam o gargalo dessa proteção. Há uma bipartição do seu léxico que ora retrai (reducionista), ora expande (expansionista), a moldura

²⁶ MALDONADO, VIVIANE NÓBREGA. Direitos dos titulares. In: MALDONADO, V. N.; OPICE BLUM, R. Comentários ao GDPR - Regulamento Geral de Proteção de Dados da união Europeia. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 17-18.

²⁷ LGPD - Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se:

I - dado pessoal: informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável;

normativa de uma lei de proteção de dados pessoais.” (BIONI, BRUNO RICARDO, 2019)

Nesse entendimento, a sistematização ocorre por conta do próprio texto do art. 5º, inciso I, da Lei protecionista, onde se utilizam as expressões “identificada” e “identificável” ao que se relaciona à informação coletada. Se a informação é identificável, indeterminada, a proteção é alargada, expansionista. No caso de a informação ser identificada, determinada, a proteção é reducionista.

Com o propósito de entender a diferenciação entre o que é identificável e o identificado, basta basear-se em um exemplo: em uma tabela há colunas e linhas, que são chamadas de atributos. A conexão desses atributos entre si permite que seja precisamente identificada uma pessoa. No caso proposto, todos são dados pessoais, a distinção está no tipo de dado conceituado. Como a LGPD expressamente previu a possibilidade ser considerado dado pessoal o dado identificável, a teoria adotada foi a expansionista.

No entanto, cabe ressaltar que a LGPD também preconiza outro tipo de dado pessoal, que esbarra na opção da Lei pela teoria expansionista, o dado anonimizado, ou seja, aquele dado que não seria possível qualquer identificação do indivíduo, sob a utilização de técnicas para a anonimização desses dados. Segundo o art. 5º, incisos III e XI, da LGPD, que conceituam o dado anônimo e a anonimização, exprime o seguinte:

“Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se:

III - dado anonimizado: dado relativo a titular que não possa ser identificado, considerando a utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis na ocasião de seu tratamento;

XI - anonimização: utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis no momento do tratamento, por meio dos quais um dado perde a possibilidade de associação, direta ou indireta, a um indivíduo;

O art. 12 da Lei afirma que o dado anônimo não é dado pessoal. No entanto, faz uma ressalva quando entrega uma solução para que seja diferenciado o dado identificável e dado o

anônimo (aquele que suprime informações), tendo em vista que na inversão da técnica não autorizada, seja possível a identificação do indivíduo. Afirma a Lei que na reversão do processo de anonimização, a qual o dado foi submetido, o dado passa a ser pessoal recebendo tratamento de direito da personalidade.

“Art. 12. Os dados anonimizados não serão considerados dados pessoais para os fins desta Lei, salvo quando o processo de anonimização ao qual foram submetidos for revertido, utilizando exclusivamente meios próprios, ou quando, com esforços razoáveis, puder ser revertido.

§ 1º A determinação do que seja razoável deve levar em consideração fatores objetivos, tais como custo e tempo necessários para reverter o processo de anonimização, de acordo com as tecnologias disponíveis, e a utilização exclusiva de meios próprios.”

Logo, pode ser considerado dado pessoal aquele que identifica ou que possibilite identificar um indivíduo, mesmo nos casos de procedimento de anonimização dos dados pessoais. A técnica para reversão dos dados anônimos deve ser razoável, em outros termos, para consideração de dados anônimos como pessoais o procedimento deve seguir um princípio da razoabilidade, de acordo com o §1º do art. 12 da Lei, não despendendo exacerbados recursos.

1.2 Vazamento ou publicação indevida de dados

Tanto a LGPD, quanto o Marco Civil da Internet, buscam proteger o indivíduo mais vulnerável da relação, a pessoa natural. Por isso, elencam princípios e garantias com o intuito de resguardar o legítimo consentimento²⁸ do usuário no momento da contratação com qualquer empresa ou fornecer seus dados para quem quer que seja. A diferença entre as Leis é que o Marco Civil da Internet tem uma abordagem mais geral nas relações e voltado para o prisma da

²⁸ BIONI, BRUNO RICARDO. Proteção de dados pessoais - a função e os limites do consentimento. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. XXVII.

conectividade, e a Lei Geral de Proteção de Dados se aplica nos casos em que “o objetivo seja a oferta ou o fornecimento de bens ou serviços”²⁹, ou seja, com fins econômicos.

Ainda dentro desta ótica, as legislações citadas criam um ambiente regulador para os agentes mencionados, porém é de se destacar que, apesar das Leis estarem direcionadas para as relações entre o coletor dos dados e os titulares destes, outros personagens interessados na relação podem utilizar os dados, registros e toda a estrutura de mapeamento que é realizado pelos tratadores dos dados, para atingirem sua finalidade. Um dos casos em que a LGPD e o Marco Civil da Internet permitem é o Poder Judiciário.

O Brasil já conta com número razoável de julgados em que o Poder Judiciário, dentro do âmbito processual, requisita informações de dados pessoais para resolução de demandas cíveis e criminais. Isto é, o modelo probatório do processo judicial brasileiro está mudando, assim como as relações da sociedade. Uma decisão judicial penal pode ser fundamentada em indícios coletados diretamente do ambiente virtual.

O uso desses dados já reiterados nos Tribunais do Brasil abre uma nova perspectiva de coleta de informações para instrução probatória processual. A possibilidade de solicitação/requisição dos perfis de consumo, análise socioeconômica, perfis de atividade ou estudos personalizados de cada banco de dados pode ser a janela para a transformação do modo probatório.

Dessa forma, não há dúvidas do incessante trânsito de informações que ocorrem diariamente entre órgãos estatais, entidades controladas pelo Poder Público e as empresas privadas. E, por isso, há grande interesse nos dados pessoais dos indivíduos guardados por

²⁹ PINHEIRO, PATRÍCIA PECK. Proteção de dados pessoais - comentários à Lei n. 13.709/2018 (LGPD). 1. ed. São Paulo: Saraiva educação, 2018, p. 57.

instituições públicas e privadas que não podem ser acessados sem que seja produzido, acidental ou não, um vazamento desses dados.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988³⁰ também menciona a proteção de dados pessoais em seu artigo 5º, inciso XII, assegurando, basicamente, que será inviolável o sigilo da correspondência, das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, nesta última havendo uma ressalva. Nos casos em que houver uma ordem judicial, na forma da Lei, poderá ser quebrado o sigilo para instruir investigações criminais ou processos penais.

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;”

A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais prevê em seu artigo 7º, inciso VI, e no artigo 11, inciso II, alínea ‘d’, a possibilidade de utilização de dados pessoais em diversos momentos. Em um destes é a utilização de dados para o regular exercício de direitos em processos judiciais. Vejam-se os dispositivos abaixo:

“Art. 7º O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses: (...)

VI - para o exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral, esse último nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem);”

“Art. 11. O tratamento de dados pessoais sensíveis somente poderá ocorrer nas seguintes hipóteses: (...)

II - sem fornecimento de consentimento do titular, nas hipóteses em que for indispensável para: (...)

³⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Planalto, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 19 Junho 2019.

d) exercício regular de direitos, inclusive em contrato e em processo judicial, administrativo e arbitral, este último nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem);”

Além disso, o Marco Civil da Internet traz um dispositivo que permite também a quebra do sigilo de dados com fundamento de utilização dos dados em conjunto probatório em processos cíveis e penais, com autorização judicial, cabendo ao juízo manter o sigilo dos dados. É o texto da lei:

“Art. 22. A parte interessada poderá, com o propósito de formar conjunto probatório em processo judicial cível ou penal, em caráter incidental ou autônomo, requerer ao juiz que ordene ao responsável pela guarda o fornecimento de registros de conexão ou de registros de acesso a aplicações de internet.

Parágrafo único. Sem prejuízo dos demais requisitos legais, o requerimento deverá conter, sob pena de inadmissibilidade:

I - fundados indícios da ocorrência do ilícito;

II - justificativa motivada da utilidade dos registros solicitados para fins de investigação ou instrução probatória; e

III - período ao qual se referem os registros.

Art. 23. Cabe ao juiz tomar as providências necessárias à garantia do sigilo das informações recebidas e à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem do usuário, podendo determinar segredo de justiça, inclusive quanto aos pedidos de guarda de registro.”

Nesses casos, a autorização legal para utilização dos dados ocorre de modo diverso daquele destinado no momento da aceitação do indivíduo no formulário de “aceito os termos” das instituições coletoras de dados pessoais. Poderíamos falar em uma relação extracontratual com o Estado. No entanto, na eventual falha da segurança desses dados ou ao se incorrer uma invasão forçada dos sistemas, a legislação deve garantir o indivíduo e seu direito. Por esse motivo, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais afirma em seus artigos 46 e 48, além do 52, §7º, condutas que servirão de base para a atuação do tratamento de dados, uma espécie de lista de procedimentos a serem seguidos para assegurar a segurança do titular. *Ipsis litteris*:

“Art. 46. Os agentes de tratamento devem adotar medidas de segurança, técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou qualquer forma de tratamento inadequado ou ilícito.”

“Art. 48. O controlador deverá comunicar à autoridade nacional e ao titular a ocorrência de incidente de segurança que possa acarretar risco ou dano relevante aos titulares.”

“Art. 52. Os agentes de tratamento de dados, em razão das infrações cometidas às normas previstas nesta Lei, ficam sujeitos às seguintes sanções administrativas aplicáveis pela autoridade nacional.

§7º Os vazamentos individuais ou os acessos não autorizados de que trata o caput do art. 46 desta Lei poderão ser objeto de conciliação direta entre controlador e titular e, caso não haja acordo, o controlador estará sujeito à aplicação das penalidades de que trata este artigo.”³¹

Cabe realçar que a Legislação prevê que, uma autoridade nacional será responsável pela fiscalização dos controladores dos dados pessoais coletados com fins econômicos. Nessas hipóteses de vazamento ou publicação indevida, a autoridade responsável por atuar com o fim de corrigir e responsabilizar infração ao sistema de segurança e a transgressão aos direitos da personalidade.

Contudo, a legislação relata que será penalizado o controlador dos dados pessoais, tanto no âmbito administrativo, quanto na possível esfera subjetiva do Judiciário e não deixa clara a teoria adotada – se objetiva ou subjetiva – para resolver situações tanto para particulares quanto dados estejam em posse do Estado.

Por todos esses aspectos, há uma aparente fragilidade dos direitos da personalidade no que se refere ao tratamento de dados pessoais pelo Estado e o possível vazamento e/ou publicação indevida de dados pessoais, uma vez que a LGPD impele os sujeitos de direito privado e público à punições pela autoridade de controle de dados, criada pela própria Lei, mas não assegura o titular em resguardar o próprio direito subjetivamente. Nesse viés, cabe tecer nos próximos capítulos comentários sobre a responsabilidade civil do Estado nessas situações de risco social de dados pessoais em sua posse.

³¹ BRASIL. Lei 13.709 de 14 de agosto de 2018. Brasília, 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm>. Acesso em: 07 abril 2019.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

No direito administrativo, este que é um ramo do direito público e, por isso, compondose de normas que visam disciplinar relações jurídicas em que o Estado aparece como parte, não possui uma codificação das leis aplicáveis a estas relações. Os textos administrativos não estão assentados em só corpo de leis, como ocorre, por exemplo, no direito penal, analisado primariamente no Código Penal, Decreto-Lei nº 2.848 de 1940.

Como a sociedade evolui, o direito também segue por este caminho, visto que este é reflexo daquela. No decorrer da história, o Estado assume o papel de garantidor em determinadas situações e daí nasce a ideia de que a Administração pública submete-se ao direito posto, assim como os demais sujeitos de direito da sociedade.

Atos praticados pelo Estado podem incorrer em consequências jurídicas para o ente administrativo, que se desdobram no que se denomina responsabilidade civil do Estado ou responsabilidade civil da Administração. Neste último caso, a responsabilidade manifesta-se de atos da Administração e seus órgãos, e não de atos de governo, surgindo a obrigação de indenizar pelos danos causados a outrem.

“Preferimos a designação responsabilidade civil da Administração Pública ao invés da tradicional responsabilidade civil do Estado, porque, em regra, essa responsabilidade surge de atos da Administração, e não de atos do Estado como entidade política. Os atos políticos, em princípio, não geram responsabilidade civil, como veremos adiante. Mais próprio, portanto, é falar-se em responsabilidade da Administração Pública do que em responsabilidade do Estado, uma vez que é da atividade administrativa dos órgãos públicos, e não dos atos de governo, que emerge a obrigação de indenizar.” (MEIRELLES, HELY LOPES, 2016, p. 779)

A doutrina, acerca da melhor denominação do instituto jurídico, ainda diverge. Para Di Pietro, não é correto mencionar a designação “responsabilidade civil da Administração Pública” visto que essa não corresponde a todo aparelho estatal acobertado pelo mando da responsabilidade mencionada. Segundo a autora, a responsabilidade:

“Trata-se de dano resultante de comportamentos do Executivo, do Legislativo ou do Judiciário, a responsabilidade é do Estado, pessoa jurídica; por isso é errado falar em responsabilidade da Administração Pública, já que esta não tem personalidade jurídica, não é titular de direitos e obrigações na ordem civil.” (DI PIETRO, MARIA SYLVIA ZANELLA, 2017, p. 873)

Dessa forma, a doutrina majoritária, bem como a reiterada jurisprudência, vem adotando como designação nominal para o instituto a responsabilidade civil do Estado como o usualmente correto.

No que diz respeito ao vínculo para a consequência jurídica dos atos da Administração Pública, de acordo com Celso Antonio Bandeira de Mello, é um vínculo patrimonial e extracontratual³². Patrimonial porque o Estado tem o dever de indenizar, e extracontratual pois não decorre de qualquer contrato ou vínculo anterior com o sujeito a ser indenizado. Di Pietro também entende que se trata de uma responsabilidade extracontratual, sendo a contratual regida por princípios próprios do direito civil.

“[...] a responsabilidade extracontratual do Estado corresponde à obrigação de reparar danos causados a terceiros em decorrência de comportamentos comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos, lícitos ou ilícitos, imputáveis aos agentes públicos.” (DI PIETRO, MARIA SYLVIA ZANELLA, 2017, p. 873)

Ainda acerca da reflexão mencionada acima de Di Pietro, a autora afirma que os danos podem ser advindos de uma conduta lícita ou ilícita. No que se refere à conduta ilícita, não decorre o difícil entendimento de que há uma responsabilidade a ser apurada que como regra acarreta responsabilidade e que poderá ser cobrada solidariamente, segundo o Código Civil de

³² MELLO, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE. Curso de Direito Administrativo. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 983.

2002³³. No entanto, a inovação ocorre quanto aos atos lícitos, que agora são submetidos ao crivo dos pressupostos da responsabilidade objetiva do Estado.

O Bandeira de Mello ressalta ainda que a responsabilidade se verifica quando há uma violação ao direito, não quando ocorre apenas uma debilitação do direito, que denomina como “sacrifício de direito”. Neste aspecto, existe uma preponderância de um direito sobre o outro sem que aquele seja ignorado³⁴, com o intuito de realizar outro interesse maior.

A responsabilização do Estado evoluiu em etapas, conforme já mencionado, até chegar ao conceito adotado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, decorrente de seu art. 37, §6º, que prevê uma responsabilização objetiva do Estado. Porém, nem sempre foi essa a teoria adotada para explicar as relações em que o Estado é parte, apesar da sua previsão já decorrer de Constituições anteriores a vigente, nesse sentido.

“Aliás, no Brasil, doutrina e jurisprudência, preponderantemente, afirmam a responsabilidade objetiva do Estado como regra de nosso sistema, desde a Constituição de 1946 (art. 194), passando pela Carta de 1967 (art. 105), pela Carta de 1969, dita Emenda 1 à “Constituição” de 1967 (art. 105), cujos dispositivos, no que a isto concerne, equivalem ao atual art. 37, §6º.” (MELLO, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE, 2009, p. 988)

A aplicação objetiva da responsabilidade civil do Estado ainda implica no entendimento de que, como regra, o seu fato gerador não está vinculado ao aspecto ilícito ou lícito do ato administrativo praticado, mas sim como a Lei estabelece como fato gerador, conforme expõe José dos Santos Carvalho Filho:

³³ CAVALIERI FILHO, SÉRGIO. Programa de responsabilidade civil. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 400.

³⁴ MELLO, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE. Curso de Direito Administrativo. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 984.

“No que diz respeito ao fato gerador da responsabilidade, não está ele atrelado ao aspecto da licitude ou ilicitude. Como regra, é verdade, o fato ilícito é que acarreta a responsabilidade, mas, em ocasiões especiais, o ordenamento jurídico faz nascer a responsabilidade até mesmo de fatos lícitos. Nesse ponto, a caracterização do fato como gerador da responsabilidade obedece ao que a lei estabelecer a respeito.” (CARVALHO FILHO, JOSÉ DOS SANTOS, 2017, p. 371)

No processo evolutivo do tema se compreenderam teorias como a teoria da irresponsabilidade, teorias civilistas e teorias publicistas³⁵, que durante muito tempo foram adotadas pelos mais diversos ordenamentos jurídicos.

2.1 Teorias da responsabilidade civil do estado

Em primeiro lugar, faz-se necessário um estudo histórico da responsabilização do Estado, em que foram definidas as teorias adotadas ao longo dos anos. As etapas percorridas sucederam-se não só no direito brasileiro, mas também pelo mundo. Bandeira de Mello relata que os últimos a aderirem a tese de responsabilidade do Estado foram os Estados Unidos e Inglaterra, em 1946 e 1947, respectivamente³⁶. Ainda em harmonia com o autor, o avanço da responsabilidade civil indicava uma “direção contínua no sentido de ampliar a proteção aos participantes”³⁷ do Estado.

2.1.1 Teoria da irresponsabilidade do Estado

A teoria da irresponsabilidade afirmava que o dirigente público não seria responsabilizado por suas ações, afinal não havia erros em suas condutas e, portanto, decorria a irresponsabilidade. Bandeira de Mello traz à luz que essa teoria é aquela que vigia ao tempo

³⁵ DI PIETRO, MARIA SYLVIA ZANELLA. Responsabilidade extracontratual do Estado. In: _____ Direito Administrativo. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 874.

³⁶ MELLO, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE. Curso de Direito Administrativo. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 983.

³⁷ Op. cit., p. 990.

da origem do direito público³⁸. E ,completa Di Pietro, a teoria da irresponsabilidade era a adotada no absolutismo, fundamentada na ideia de soberania, uma autoridade incontestável do Estado³⁹.

2.1.2 Responsabilidade com previsão legal

O Estado, então, passou a reconhecer determinadas responsabilidades previstas em casos pontuais. De acordo com Bandeira de Mello, o princípio da irresponsabilidade do Estado sofreu com um sistema temperado⁴⁰. Algumas situações específicas passaram a serem elencadas no texto legal para que fosse determinada a responsabilidade do Estado, como ocorreu no que se entendeu como *leading case* ocorrido na França, conhecido como caso “Blanco”. Em resumo, uma menina atropelada por uma vagonete da companhia nacional de fumo comoveu a sociedade francesa. Neste caso, o ente público foi responsabilizado pelo acidente.

2.1.3 Teoria da responsabilidade subjetiva

A teoria da responsabilidade subjetiva já inicia o reconhecimento da responsabilidade do Estado fora do âmbito estritamente minucioso e pontual ligado à letra da lei, ou seja, sem necessidade de expressa dicção legal. Di Pietro relata que essa teoria baseava-se nos preceitos do direito civil, apoiada na ideia da culpa, o que chamou de teoria civilista da culpa⁴¹. Admitindo a incidência dessa teoria pela legislação, deveria ser reconhecida a presença de elementos caracterizadores, quais sejam: a conduta do Estado, o dano, o nexo de causalidade e

³⁸ Op. cit., p. 990.

³⁹ DI PIETRO, MARIA SYLVIA ZANELLA. Responsabilidade extracontratual do Estado. In: _____ Direito Administrativo. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 875.

⁴⁰ MELLO, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE. Curso de Direito Administrativo. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 991.

⁴¹ DI PIETRO, MARIA SYLVIA ZANELLA. Responsabilidade extracontratual do Estado. In: _____ Direito Administrativo. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 876.

o elemento subjetivo (culpa ou dolo do agente), sem os quais geram a exclusão desta responsabilidade.

No primeiro momento, ocorreu uma divisão do que era denominado como responsabilidade subjetiva do Estado. Existiam os chamados de atos de império, isto é, os atos que a Administração praticava amparados pelo Estado príncipe - aqueles que são determinados com prerrogativas e privilégios-, e os atos de gestão - que correspondiam aos atos que o Estado praticava em igualdade com os particulares, estes que poderiam ser alvo de responsabilização civil. Consoante Di Petro, que afirma o seguinte:

“Essa distinção foi idealizada como meio de abrandar a teoria da irresponsabilidade do monarca por prejuízos causados a terceiros. Passou-se a admitir a responsabilidade civil quando decorrente de atos de gestão e a afastá-la nos prejuízos resultantes de atos de império. Distinguia-se a pessoa do Rei (insuscetível de errar – the king can do no wrong),” (DI PIETRO, MARIA SYLVIA ZANELLA, 2017, p. 876)

A teoria, na prática, era custosa para as vítimas provarem a culpa do agente e, no entanto, serviu de inspiração ao ser adotada pelo Código Civil de 1916. A adoção desta, haja vista dificuldade de lidar na perspectiva da vítima, levou a uma evolução doutrinária que chegou à teoria da culpa do serviço. Cabe a demonstração do dispositivo civilista de 1916:

“Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano. A verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto neste Código, arts. 1.521 a 1.532 e 1.542 a 1.553.”⁴²

⁴² BRASIL. LEI Nº 3.071, DE 1º DE JANEIRO DE 1916. Planalto, 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 15 Junho 2020.

2.1.4 Teoria da culpa do serviço ou *faute du servisse*

Com o objetivo de proteger e amparar mais a vítima, surgiu a responsabilidade subjetiva baseada na culpa do serviço. Nessa teoria, houve uma transferência da culpa, que foi alocada no serviço prestado e não no agente causador. A vítima deveria comprovar a má prestação do serviço, o mau funcionamento ou a sua ineficiência. Neste aspecto, aduziu Bandeira de Mello:

“Em suma: a ausência do serviço devido ao seu defeituoso funcionamento, inclusive por demora, basta para configurar a responsabilidade do Estado pelos danos daí decorrentes em agravo dos administrados.” (MELLO, CELSO ANTONIO BANDEIRA DE, 2009, p. 993)

Esta modalidade de responsabilidade, ainda que pareça, não se tratava da responsabilidade civil objetiva do Estado, visto que ainda havia a necessidade de comprovação do dolo ou da culpa no mau funcionamento do serviço público. Há, dessa forma, apenas uma troca do agente causador pelo serviço mal prestado.

Afirmando a teoria, mas retirando seu caráter civilista e aduzindo seu caráter público, Di Pietro traz a reflexão de que neste caso ocorre o que chamou de “culpa anônima”, não importa quem causou a responsabilidade, mas se a prestação do serviço não foi viciada, como abaixo se demonstra nas palavras da autora:

“A teoria da culpa do serviço, também chamada de culpa administrativa, ou teoria do acidente administrativo, procura desvincular a responsabilidade do Estado da ideia de culpa do funcionário. Passou a falar em culpa do serviço público. Distinguiu-se, de um lado, a culpa individual do funcionário, pela qual ele mesmo respondia, e, de outro, a culpa anônima do serviço público; nesse caso, o funcionário não é identificável e se considera que o serviço funcionou mal; incide, então, a responsabilidade do Estado.” (DI PIETRO, MARIA SYLVIA ZANELLA, 2017, p. 977-978)

2.1.5 Teoria da responsabilidade objetiva do Estado

A evolução do direito público até o posicionamento de que o Estado deve ser responsabilizado objetivamente por atos de seus agentes perpassou por todas estas etapas acima mencionadas, até o ponto em que Celso Antonio Bandeira de Mello bem define do que se trata a responsabilidade civil do Estado:

“Responsabilidade objetiva é a obrigação de indenizar que incumbe a alguém em razão de um procedimento lícito ou ilícito que produziu uma lesão na esfera juridicamente protegida de outrem.” (MELLO, CELSO ANTONIO BANDEIRA DE, 2009, p. 995)

A teoria da responsabilidade objetiva teve seu início na França, em que a ideia de igualdade, observada no artigo 13 da Declaração dos Direitos do Homem de 1789, iniciou seu processo de internalização da norma. O artigo 13 diz:

“Art. 13º. Para a manutenção da força pública e para as despesas de administração é indispensável uma contribuição comum que deve ser dividida entre os cidadãos de acordo com suas possibilidades.”

A igualdade que se espera do Estado é que, quando alguns membros da sociedade sejam prejudicados por determinados atos, rompe-se o equilíbrio e justifica-se uma indenização para o reequilíbrio utilizando recursos do erário.⁴³

A Constituição brasileira de 1988 adotou a responsabilidade civil objetiva do Estado em seu art. 37, §6º, sacramentando o instituto, que como já dito, não foi a primeira vez que fora previsto no Brasil. Apesar da responsabilidade objetiva do Estado, o ente pode exercer o direito de regresso ao agente que praticou a conduta, havendo, neste caso, a necessidade da

⁴³ DI PIETRO, MARIA SYLVIA ZANELLA. Responsabilidade extracontratual do Estado. In: _____ Direito Administrativo. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 978.

comprovação de dolo ou culpa, segundo a norma expressa, ou seja, a responsabilidade civil no direito de regresso é subjetiva.

Além da Constituição Federal de 1988, o Código Civil brasileiro de 2002, diferente de seu antecessor, elenca a responsabilidade civil em seu texto, mais especificamente no art. 43, que segue:

“Art. 43. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.”

Nessa ideia, um claro avanço da legislação brasileira rumo ao protecionismo do administrado, como acima descrito, uma evolução na legislação constitucional e infraconstitucional.

2.2 Caracterização da teoria da responsabilidade civil do estado adotada

A responsabilidade civil, em geral, passa pelo crivo de alcançar a prova de alguns requisitos para sua justificação, conforme já fora mencionado. Nesse entendimento, ficou estabelecido, logo após a teoria da irresponsabilidade, nas teorias civilistas, um vínculo subjetivo a ser preenchido. Os elementos da responsabilidade civil do Estado são o dano, a conduta, o nexos de causalidade e o elemento subjetivo (dolo ou culpa).

Entretanto, com a entrada em vigor da responsabilidade objetiva do Estado também chamada de teoria do risco⁴⁴, vingou a ideia de que seria suprimido esse elemento subjetivo, restando apenas o dano, a conduta e o nexos de causalidade. Tais elementos são justificados na

⁴⁴ Op. cit., p. 878.

medida em que é necessária comprovação, pelo sujeito que teve seu direito violado, de que merece receber, da Fazenda Pública, uma indenização justa.

A caracterização do pressuposto da conduta ou, como afirma José dos Santos Carvalho Filho, o pressuposto do fato administrativo⁴⁵, seja esta lícita ou ilícita, ocorre quando for praticada por um agente público e que esteja nesta condição (de servidor público atuando com fim público) no momento do ato. Carvalho Filho ainda aduz que a conduta pode ocorrer na omissão ou no ato comissivo do Estado, que denomina como culpa *in vigilando* e culpa *in eligendo*.

“Ainda que o agente estatal atue fora de suas funções, mas a pretexto de exercê-las, o fato é tido como administrativo, no mínimo pela má escolha do agente (*culpa in eligendo*) ou pela má fiscalização de sua conduta (*culpa in vigilando*).” (CARVALHO FILHO, JOSÉ DOS SANTOS, 2017).

Cabe destacar que, conforme o referido acima, o agente público deve estar agindo nessa qualidade. Não basta que seja um servidor público. Este deve estar na condição de agente público e com este fim praticar o ato, sob pena de não ser reconhecida a responsabilização civil do Estado, quando o agente esteja atuando em sua esfera privada.

O segundo pressuposto, o dano, importa ser uma consequência da conduta do agente público. Segundo Carvalho Filho, não importa a natureza do dano, seja ele patrimonial ou moral, basta que da conduta do Estado decorra dano, sem o qual não há motivo para a postulação indenizatória⁴⁶.

⁴⁵ CARVALHO FILHO, JOSÉ DOS SANTOS. Manual de direito administrativo. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 377.

⁴⁶ Op. cit., p. 377.

O nexo de causalidade ou nexo causal entre a conduta e o dano é a necessidade da comprovação de que o dano sofrido deve se originar da conduta estatal⁴⁷. A conduta do agente público foi preponderante e determinante para a ocorrência do evento danoso que culmina na responsabilidade civil do Estado.

2.2.1 Agentes da responsabilidade civil

Não apenas o Estado, como pessoa jurídica de direito público, responde objetivamente por seus atos. O texto constitucional abarca todos aqueles que prestam serviços públicos. Cabe, nessa perspectiva, a responsabilização do ente federativo e suas autarquias e fundações públicas autárquicas, bem como pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos⁴⁸.

O Poder Constituinte não deixou de igualar a responsabilidade objetiva àqueles que prestam serviços públicos que o Estado deveria realizar a prestação. Esta forma de delegação não pode prejudicar os administrados em requerer a responsabilização com efeitos objetivos, haja vista a natureza do serviço.

No que diz respeito às pessoas jurídicas de direito privado, de acordo com Carvalho Filho, não haveria no que se falar em aplicação da teoria àquelas pessoas regidas pelo contrato de gestão ou termo de parceria, as Organizações Sociais. Estas têm em sua destinação não incorrer em fins lucrativos, além de exercerem auxílio ao Poder Público para melhoria de seus serviços já prestados. Conforme relata:

“Assim, não se nos afigura que esse tipo de parceria desinteressada e de cunho eminentemente social carregue o ônus da responsabilidade objetiva, quando, sem a parceria, estariam as referidas pessoas reconhecidamente sob a égide do Código Civil.” (CARVALHO FILHO, JOSÉ DOS SANTOS, 2017, p. 376)

⁴⁷ Op. cit., p. 378.

⁴⁸ Op. cit., p. 375.

Portanto, nestes casos, aplicar-se-ia a teoria que o Código Civil adota para os particulares em regra, a responsabilização subjetiva dos atos, cabendo a prova de dolo ou culpa do agente.

2.3 Excludentes da teoria adotada

A exclusão da responsabilidade objetiva do Estado pode ocorrer com a prova de inexistência de que qualquer dos pressupostos que embasam a teoria, isto é, basta apenas a demonstração da inocorrência do dano, da conduta e do nexo causal. No entanto, a doutrina afirma que existem outras circunstâncias definidoras da exclusão da responsabilidade objetiva.

Carvalho Filho relata tais circunstâncias como fatos imprevisíveis⁴⁹ e Di Pietro aduz que concorre como causa da falha prestacional do serviço público com uma outra causa, ou seja, que a falha na prestação do serviço público não seja a causa única⁵⁰. Para a doutrina, tais causas de exclusão da responsabilidade são um pouco controversas, variando conforme o autor. Em sua grande parte, definem como adoção o caso fortuito, a força maior e a culpa exclusiva da vítima.

Para Di Pietro a exclusão da responsabilidade se divide em força maior, culpa da vítima e culpa de terceiros. No entanto, elenca uma possibilidade de atenuação da responsabilidade e não uma exclusão, a culpa concorrente da vítima. Carvalho Filho já elenca a força maior, o caso fortuito e os fatos de terceiros.

⁴⁹ Op. cit., p. 379

⁵⁰ DI PIETRO, MARIA SYLVIA ZANELLA. Responsabilidade extracontratual do Estado. In: _____ Direito Administrativo. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 883.

Na opinião de Hely Lopes Meirelles, existe uma divisão do dano causado por agentes da Administração e dos danos causados por atos de terceiros ou por fenômenos da natureza, conforme aduz abaixo:

“Portanto, o legislador constituinte só cobriu o risco administrativo da atuação ou inação dos servidores públicos; não responsabilizou objetivamente a Administração por atos predatórios de terceiros, nem por fenômenos naturais que causem danos aos particulares.” (MEIRELLES, HELY LOPES, 2016, p. 787)

Segundo Rafael Carvalho Rezende de Oliveira⁵¹, as excludentes da responsabilidade são causas de afastamento do nexo de causalidade, retirando a ação ou omissão provocadora do dano do âmbito estatal.

2.3 Responsabilidade civil do Estado por omissão

O Estado pode ser responsabilizado por ações ou omissões de seus agentes que causem dano a *outrem*, conforme o art. 37, §6º da CRFB/88. Ocorre que a doutrina e a jurisprudência elencaram algumas posições acerca da omissão do Estado na responsabilidade civil. De acordo com Rafael Carvalho Rezende de Oliveira, existem três correntes para o assunto.

A primeira, sustentada por Hely Lopes Meirelles⁵² aduz que a responsabilidade objetiva do art. 37, §6º da CRFB/88 não faz distinção entre a omissão e atos comissivos. A segunda traz a responsabilidade subjetiva na omissão, com a presunção da culpa, uma vez o Estado não agiu para a prática do dano, mas permitiu que ocorresse sem a prestação do dever legal⁵³.

⁵¹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de direito administrativo – 2. ed. ver., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método: 2014. p. 695-696.

⁵² MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 567

⁵³ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. Princípios gerais de direito administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v. II, p. 487; MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 21. ed. São

A terceira, e mais adotada, está dividida em duas modalidades, a omissão genérica, em que o Estado tem o dever geral de proteção e, nesse caso omissivo, a responsabilidade subjetiva. Bem como a omissão específica em que pode ser atribuída a responsabilidade objetiva, tendo em vista a previsibilidade e evitabilidade do dano⁵⁴ sustentada por Guilherme Couto de Castro e Sergio Cavalieri Filho⁵⁵.

Paulo: Malheiros, 2006. p. 966-971; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 652.

⁵⁴ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de direito administrativo – 2. ed. ver., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método: 2014. p. 701-702.

⁵⁵ CASTRO, Guilherme Couto de. A responsabilidade civil objetiva no direito brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 37; CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 231.

3 TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO

A Responsabilidade objetiva do Estado exposta na Constituição Federal é baseada no que se denomina como teoria do risco administrativo, um contraponto ao que se chamou de teoria do risco integral. Segundo Hely Lopes Meirelles, a teoria do risco é um gênero que comporta estas duas espécies⁵⁶, sendo a teoria do risco administrativo a única a admitir as causas de exclusão de responsabilidade civil do Estado.

Di Pietro relatou que no Brasil não era realizada a diferenciação entre estas espécies da teoria do risco, mas que se culminava no entendimento de que as duas eram partes da mesma coisa, ou seja, eram sinônimos, que se verifica:

“No entanto, durante muito tempo, aqui no direito brasileiro, grande parte da doutrina não fazia distinção, considerando as duas expressões – risco integral e risco administrativo – como sinônimas ou falando em risco administrativo como correspondente ao acidente administrativo. Mesmo alguns autores que falavam em teoria do risco integral admitiam causas excludentes de responsabilidade.” (DI PIETRO, MARIA SYLVIA ZANELLA, 2017, p. 879)

A teoria do risco, de acordo com José dos Santos Carvalho Filho, que foi a adotada pelo texto constitucional, haja vista a necessidade de comprovação dos pressupostos elementares para sua configuração, bem como afirmou Hely Lopes Meirelles (2016), ao passo que se pretende confirmar o que já fora exposto na Carta Magna.

“[...] por ser mais poderoso, o Estado teria que arcar com um risco natural decorrente de suas numerosas atividades: à maior quantidade de poderes haveria de corresponder um risco maior. Surge, então, a teoria do risco administrativo, como fundamento da

⁵⁶ MEIRELLES, HELY LOPES. Responsabilidade Civil da Administração. In: MEIRELLES, H. L.; FILHO, J. E. B. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2016.

responsabilidade objetiva do Estado.” (CARVALHO FILHO, JOSÉ DOS SANTOS, 2017, p. 374)

3.1 Teoria do risco administrativo e teoria do risco integral

Na doutrina brasileira, ficou consagrada, então, a responsabilidade civil objetiva do Estado, tendo como fundamento a teoria do risco administrativo, nessa linha aduz Di Pietro:

“Portanto, não é demais repetir que as divergências são mais terminológicas, quanto à maneira de designar as teorias, do que de fundo. Todos parecem concordar em que se trata de responsabilidade objetiva, que implica averiguar se o dano teve como causa o funcionamento de um serviço público, sem interessar se foi regular ou não. Todos também parecem concordar em que algumas circunstâncias excluem ou diminuem a responsabilidade do Estado.” (DI PIETRO, MARIA SYLVIA ZANELLA, 2017, p. 879)

No entanto, a responsabilidade civil objetiva do Estado também pode ser calcada na teoria do risco integral em determinadas situações. Esta teoria exclui, conforme já mencionado, a possibilidade de afastamento da responsabilidade do Estado sob os argumentos de fato de terceiros, força maior e caso fortuito.

De acordo com Sérgio Cavalieri Filho, o risco integral “é uma modalidade extremada da doutrina do risco destinada a justificar o dever de indenizar até nos casos de inexistência do nexo causal”⁵⁷. Nesse entendimento, até mesmo o nexo de causalidade, elemento necessário para responsabilização do Estado, pode ser suprimido, bastando somente a conduta e o dano.

⁵⁷ CAVALIERI FILHO, SÉRGIO. Programa de responsabilidade civil. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 155.

Segundo Hely Lopes Meirelles, o risco integral é uma decorrência radical do risco administrativo, e não uma teoria autônoma⁵⁸.

A teoria do risco integral parte da premissa de que o ente público é um garantidor universal. Uma responsabilização absoluta do Estado por danos ocorridos em seu território, sob sua proteção. Cabe ressaltar que sua aplicação se restringe a poucas atividades, o que passa a se destringir.

3.2 Aplicação extraordinária do risco integral

A aplicação da teoria do risco integral é extraordinária, ou seja, quando foge ao comum ser adotada. Sérgio Cavalieri Filho (2012) aduz que existem, basicamente, 4 situações excepcionais em que podem ser consideradas como aplicações do risco integral, segundo a própria legislação.

Nesse sentido também relata Di Pietro:

“Surgiram hipóteses em que se aplica a teoria do risco integral, no sentido que lhe atribuiu Hely Lopes Meirelles, tendo em vista que a responsabilidade do Estado incide independentemente da ocorrência das circunstâncias que normalmente seriam consideradas excludentes de responsabilidade. É o que ocorre nos casos de danos causados por acidentes nucleares (art. 21, XXIII, d, da Constituição Federal), disciplinados pela Lei no 6.453, de 17-10-77; e também na hipótese de danos decorrentes de atos terroristas, atos de guerra ou eventos correlatos, contra aeronaves de empresas aéreas brasileiras, conforme previsto nas Leis nos 10.309, de 22-11-01, e 10.744, de 9-10-03.” (DI PIETRO, MARIA SYLVIA ZANELLA, 2017, p. 879-880)

⁵⁸ MEIRELLES, HELY LOPES. Responsabilidade Civil da Administração. In: MEIRELLES, H. L.; FILHO, J. E. B. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2016., p. 782.

3.2.1 Dano decorrente de atividade nuclear

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 21, XXIII, traz sob a responsabilidade da União as atividades nucleares de enriquecimento dos materiais radioativos, sob a perspectiva da responsabilização civil objetiva. Nesse sentido, segue o texto constitucional.

“Art. 21. Compete à União: [...]

XXIII - explorar os serviços e instalações nucleares de qualquer natureza e exercer monopólio estatal sobre a pesquisa, a lavra, o enriquecimento e reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados, atendidos os seguintes princípios e condições: [...]

d) a responsabilidade civil por danos nucleares independe da existência de culpa;”

Cavaliere Filho afirma que “dado a enormidade dos riscos decorrentes da exploração da atividade nuclear, também aqui foi adotada a teoria do risco integral”⁵⁹, isto é, a aplicação neste caso do risco integral se justifica pela nocividade da atividade realizada, inadmitindo a possibilidade das excludentes de responsabilidade.

3.2.2 Acidente de trânsito

A instituição do seguro obrigatório de responsabilidade civil para proprietários de veículos automotores – DPVAT - pela Lei nº 6.194 de 1974, positivou mais uma hipótese de responsabilidade civil objetiva. De acordo com Cavaliere Filho, o seguro passou de uma condição de responsabilidade civil do proprietário para um seguro social, uma vez que a vítima é indeterminada e somente passa a ser determinada após a ocorrência de algum tipo de sinistro⁶⁰.

⁵⁹ CAVALIERI FILHO, SÉRGIO. Programa de responsabilidade civil. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 190.

⁶⁰ Op. cit., p. 161.

Esse seguro não é pactuado em decorrência de um contrato, mas em virtude de uma lei, com o fim de resguardar um risco social, as vítimas do trânsito. A lei incluiu na lista de beneficiários mesmo aquelas vítimas que foram atingidas por veículos sem o seguro ou ainda que o mesmo esteja vencido⁶¹, para Cavalieri, este é mais um exemplo da aplicação do risco integral⁶²⁶³.

3.2.3 Crimes a bordo de aeronaves

Segundo os autores Sérgio Cavalieri e Di Pietro, a Lei 10.309 de 2001, que trata da assunção pela união de responsabilidades civis perante terceiros no caso de atentados terroristas ou de atos de guerra contra aeronaves de empresas aéreas brasileiras, é um caso de aplicação da teoria do risco integral. Conforme pode-se depreender de seu art. 1º:

“Art. 1º - Fica a União autorizada a assumir as responsabilidades civis perante terceiros no caso de danos a bens e pessoas no solo, provocados por atentados terroristas ou atos de guerra contra aeronaves de empresas aéreas brasileiras no Brasil ou no exterior.”

3.2.4 Dano ao meio ambiente

Por fim, a doutrina vai dizer que danos decorrentes de ações, ou seja, atos comissivos contra o meio ambiente ou à ecologia são motivos para aplicação da teoria do risco integral,

⁶¹ Art. 7º - A indenização por pessoa vitimada por veículo não identificado, com seguradora não identificada, seguro não realizado ou vencido, será paga nos mesmos valores, condições e prazos dos demais casos por um consórcio constituído, obrigatoriamente, por todas as sociedades seguradoras que operem no seguro objeto desta lei.

⁶² Op. cit., p. 161.

⁶³ Também foi percebido pelo Superior Tribunal de Justiça a mesma tese: AgInt no REsp 1827315 / PR AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL - 2019/0207694-4

baseados no art. 225, §3º da CRFB/1988 e art. 14, §1º da Lei 6.938/1981 (que dispõe acerca da Política Nacional do Meio Ambiente), qual sejam:

CRFB/1988 – art. 225, §3º - “As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.”

Lei 6.938/1981, art. 14 - § 1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

Nesse entendimento, Celso Antonio Pacheco Fiorillo reforça a ideia já elencada pelos autores administrativistas mencionados, Cavalieri Filho e Di Pietro, em que aduz a adoção da responsabilidade objetiva em relação aos danos ambientais antes mesmo da promulgação da Constituição Federal de 1988, conforme se entende:

“O direito ambiental, atento a essas modificações e considerando a importância dos bens tutelados, adota a responsabilidade civil objetiva. Vale frisar que, anteriormente à Constituição Federal de 1988, a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei n. 6.938/81) já previa a responsabilidade objetiva do poluidor no seu art. 14, § 1º. Com a promulgação da Lei Maior tal norma infraconstitucional foi recepcionada, tendo como fundamento de validade o art. 225, § 3º, porquanto este não estabeleceu qualquer critério ou elemento vinculado à culpa como determinante para o dever de reparar o dano causado ao meio ambiente. Consagrou-se, portanto, a responsabilidade objetiva em relação aos danos ambientais.” (FIORILLO, CELSO ANTONIO PACHECO, 2013)

Há ainda que se ressaltar a participação do Superior Tribunal de Justiça na confecção da análise sistêmica da responsabilização do dano ambiental, haja vista ser considerado uma adoção da teoria do risco integral, foi o que ficou entendido no recurso especial nº 1.346.430 - PR (2011/0223079-7):

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Responsabilidade civil e processual civil. Recurso especial. Dano ambiental. Rompimento do poliduto "olapa". Poluição de águas. Pescador artesanal. Proibição da pesca imposta por órgãos ambientais. Teoria do risco integral. Responsabilidade objetiva da Petrobras. Danos extrapatrimoniais configurados. Proibição da atividade pesqueira. Pescador artesanal impedido de exercer sua atividade econômica. Aplicabilidade, ao caso, das teses de direito firmadas no Resp. 1.114.398/PR (julgado pelo rito do art. 543-c do CPC). *Quantum* compensatório. Razoável, tendo em vista as particularidades do caso. 1. no caso, configurou-se a responsabilidade objetiva da Petrobras, convicção formada pelas instâncias ordinárias com base no acervo fático-documental constante dos autos, que foram analisados à luz do disposto no art. 225, § 3º, da Constituição Federal e no art. 14, § 1º, da Lei n. 6.938/1981. 2. A Segunda Seção do STJ, no julgamento do REsp 1.114.398/PR, da relatoria do senhor Ministro Sidnei Beneti, sob o rito do art. 543 -C do CPC, reconheceu a responsabilidade objetiva da PETROBRAS em acidentes semelhantes e caracterizadores de dano ambiental, responsabilizando-se o degradador em decorrência do princípio do poluidor-pagador, não cabendo, demonstrado o nexo de causalidade, a aplicação de excludente de responsabilidade. 3. Configura dano moral a privação das condições de trabalho em consequência de dano ambiental - fato por si só incontroverso quanto ao prolongado ócio indesejado imposto pelo acidente, sofrimento, à angústia e à aflição gerados ao pescador, que se viu impossibilitado de pescar e imerso em incerteza quanto à viabilidade futura de sua atividade profissional e manutenção própria e de sua família. 4. Recurso especial não provido. (Resp. 1346430/PR, Rel. Ministro Luiz Felipe Salomão, quarta turma, julgado em 18/10/2012, DJE 21/11/2012).

Cabe também destacar que o entendimento do STJ, no que diz respeito ao dano ambiental e à responsabilização objetiva do Estado, trata de responsabilizar subsidiariamente o poluidor direto e após esgotadas as tentativas da cobrança de indenização, será acionado o Estado como poluidor indireto, apesar da solidariedade nos danos ambientais.

Dessa maneira, resta claro o entendimento reiterado de autores e de tribunais que seguem o raciocínio da teoria do risco integral da responsabilidade objetiva nos casos em que é descabida a alegação de excludentes de responsabilidade, bastando um resultado prejudicial ao homem e ao ambiente advindo de uma ação ou omissão do responsável (REsp 1.175.907 de 19.08.2014).

4 SISTEMA DE ANALOGIA DO RISCO INTEGRAL APLICADO AO VAZAMENTO DE DADOS PESSOAIS

Os dados pessoais, por todo o exposto até o presente momento, são elementos ou atributos que confirmam informações em sistema de banco de dados de alguma pessoa. As empresas e instituições que coletam dados pessoais detêm um número incalculável de informações complexas, vinculadas entre si, que merecem ser protegidas, já dentro da perspectiva de direitos da personalidade (BIONI, BRUNO RICARDO, 2019) ou direitos fundamentais (DONEDA, DANILO, 2006).

Dentro de uma sociedade e cujas relações são compostas por diversos interesses divergentes, deve-se aventar a possibilidade de que esses dados sejam alvo de uma quebra de segurança ao serem capturados por quem não detém o devido consentimento para tratar destas informações pessoais.

Mais ainda, é necessária uma estruturação do que pode ser pensado no momento em que determinados dados em posse do Estado, com autorização geral – isto é, por meio de Lei – ou em razão de livre consentimento, são retidos por indivíduos não autorizados. Seja esta detenção indevida decorrente de descuido ou negligência do Poder Público ou em detrimento de invasão aos sistemas de bancos de dados do Estado.

O interesse privado nestas informações não precisa importar em ganhos econômicos, informações privilegiadas e mobiliárias, a importância desse interesse na sociedade pode variar conforme a manipulação dos dados em prol do objetivo privado específico e, nesse sentido, ter cunho político.

Um caso a ser mencionado, a título de exemplificação, é o que ocorreu com o Facebook, e que se tornou público em 2015, mas aconteceu em 2014, onde 50 milhões de perfis da plataforma foram colhidos, com o propósito de serem analisados e servirem como experimentos comportamentais. Um acadêmico do Reino Unido, segundo o Facebook, tinha autorização para fazer o estudo. No entanto, houve a comercialização desses dados com a sociedade empresária

Cambridge-Analytica, que realiza estudos na mesma área com dados pessoais de diversos usuários da plataforma. Com isso, a venda desses dados foi diretamente associada à campanha de Donald Trump rumo à presidência, sob a bandeira de que transcorreu o uso indevido de dados com relatórios comportamentais⁶⁴.

A destinação dada para o uso desses dados pessoais não importa, dentro dessa particular análise, haja vista se tratar já de um vazamento ou publicação indevida de dados, ficando claro que o que importa é a responsabilização de quem deveria agir em consonância protetiva aos dados.

A responsabilidade civil do Estado é objetiva por força de normatividade constitucional⁶⁵, no entanto, esta teoria pode adotar embasamentos diferentes no momento do caso concreto. O fundamento teórico pode ter como base a teoria do risco administrativo, que é majoritariamente entendida como regra, ou a teoria do risco integral, onde o Estado é garantidor universal e que tem sua aplicabilidade restrita a alguns momentos específicos.

Conforme já explicitado, a teoria do risco integral importa na impossibilidade de alegação das excludentes de responsabilização do Estado, sejam elas de caso fortuito, força maior ou por fato de terceiros. Nesse diapasão, temos a aplicação da mencionada teoria ao dano ambiental ou ecológico, que importa na responsabilização do Estado a título de ações comissivas ou de omissão, neste último em caráter subsidiário.

Cabe, portanto, uma análise da jurisprudência e doutrina que afirmam tal aplicação ao dano ambiental, bem como uma sistematização dos motivos determinantes da reiterada

⁶⁴ OSBORNE, HILARY. What is Cambridge Analytica? The firm at the centre of Facebook's data breach. The Guardian, 2018. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/news/2018/mar/18/what-is-cambridge-analytica-firm-at-centre-of-facebook-data-breach>>. Acesso em: 07 junho 2020.

⁶⁵ Art. 37, §6º da CRFB/88.

afirmação da responsabilização estatal objetiva que afirma a adoção da teoria do risco integral aos danos ambientais ou ecológicos.

4.1 Proteção ao direito ambiental e proteção de dados pessoais

A tutela constitucional de proteção ao meio ambiente assegura a todos o direito ao meio ambiente ecologicamente protegido e equilibrado. É o que dispõe o art. 225 da CRFB/88, afirmando ainda a característica de bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida. O dispositivo determina ainda que a sociedade e o Poder Público têm o dever de proteger e preservar o meio ambiente para a geração que vive e viverá.

O direito ambiental constituiu o princípio do poluidor-pagador, em que o poluidor deve responder pelos danos sociais da degradação realizada por sua atividade, ou seja, o poluidor por ser um degradador vai internalizar em seus custos privados o preço por explorar atividade prejudicial ao meio ambiente, salientando que não se trata de apenas pagar para poluir, mas que seja uma barreira para a atividade não ser livre.

Nessa acepção, Celso Antonio Pacheco Fiorillo, adverte que o princípio do poluidor-pagador se desmembra em duas órbitas de alcance, de caráter preventivo, quando busca evitar a ocorrência de danos ambientais, e de caráter repressivo, atuando na reparação⁶⁶. Conforme Diretivas da União Europeia, foi definido o princípio do poluidor-pagador:

“as pessoas naturais ou jurídicas, sejam regidas pelo direito público ou pelo direito privado, devem pagar os custos das medidas que sejam necessárias para eliminar a contaminação ou para reduzi-la ao limite fixado pelos padrões ou medidas

⁶⁶ FIORILLO, CELSO ANTONIO PACHECO. Curso de direito ambiental brasileiro. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 59.

equivalentes que assegurem a qualidade de vida, inclusive os fixados pelo Poder Público competente”⁶⁷

O princípio deu ensejo ao entendimento no STJ de aplicação de outro princípio, o da reparação integral, no qual a reparação do dano realizado ao meio ambiente deve ser compreendida dentro da perspectiva de toda a sua extensão, reafirmando a adoção da teoria do risco integral. De acordo com o STJ, caso não seja compreendida toda a reparação do dano em todos os aspectos, moral e socialmente, a impressão nociva que irá se concretizar será a que o ilícito ambiental compensa, vejamos um trecho do recurso especial nº 1.198.727 - MG (2010/0111349-9), com relatoria do Ministro Herman Benjamin:

“A recusa de aplicação ou aplicação parcial dos princípios do poluidor-pagador e da reparação *in integrum* arrisca projetar, moral e socialmente, a nociva impressão de que o ilícito ambiental compensa, daí a resposta administrativa e judicial não passar de aceitável e gerenciável “risco ou custo do negócio”, acarretando o enfraquecimento do caráter dissuasório da proteção legal, um verdadeiro estímulo para que outros, inspirados no exemplo de impunidade de fato, mesmo que não de direito, do infrator premiado, imitem ou repitam seu comportamento deletério.

A responsabilidade civil ambiental deve ser compreendida da forma mais ampla possível, de modo que a condenação a recuperar a área prejudicada não exclua o dever de indenizar – juízos retrospectivo e prospectivo. ”

Sob este prisma, o art. 4º da Lei 6.938/81 traz, no inciso VII, o princípio do poluidor-pagador, dentro de um microsistema da política nacional do meio ambiente, fazendo com quem deu causa à poluição ou à degradação do meio ambiente repare o bem ambiental, nesse sentido, *in verbis*:

Art 4º - A Política Nacional do Meio Ambiente visará:

⁶⁷ Op. cit., p. 60.

VII - à imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados e, ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos.

A lei ainda determina a responsabilidade objetiva de quem poluir ou degradar, tendo em vista o que relata em seu art. 14, §1º:

§ 1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

Nesse sentido, é importante ressaltar o caráter de perpetuidade do dano ambiental, tendo em vista que, degradado, exatamente o que fora danificado, não tornará à vida. A necessidade de encontrar uma solução justa e equilibrada torna-se o norte da legislação protecionista ambiental, conforme salienta Jeanne da Silva Machado:

“Na responsabilidade por dano ambiental, não se perquire a culpa, pois o dano provocado não permite a liberação da sua reparação: o meio ambiente, uma vez degradado, permanecerá prejudicado injustamente a vida presente e, principalmente, a vida futura, sendo indispensável encontrar soluções atuais e adequadas para promover a justiça e a equidade.” (MACHADO, JEANNE DA SILVA, 2006)

Portanto, a fim de proteger esse risco social do meio ambiente, é assegurado o que ficou denominado como microssistema ou subsistema dentro do sistema geral da responsabilidade civil, adequando regras próprias na defesa do meio ecológico, é o que reflete Álvaro Luiz Valery Mirra:

“Nessa matéria, portanto, como se pode perceber, o sistema da responsabilidade civil por danos ambientais configura um “microssistema” ou um “subsistema” dentro do sistema geral da responsabilidade civil, com regras próprias e especiais sobre o assunto que, no caso, não incluem qualquer norma mitigadora da reparação integral do dano.” (MIRRA, ÁLVARO LUIZ VALERY, 2004)

O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou acerca do reconhecimento desse microsistema de proteção e responsabilização civil do dano ao meio ambiente, consagrando a ideia de que o dano ambiental tem fundamento na teoria do risco integral inadmitindo excludentes da responsabilidade, requerendo apenas o resultado prejudicial ao homem e ao meio ambiente, advinda de uma ação ou omissão do responsável.

Foi o que o relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino trouxe em seu voto:

“A responsabilidade civil por danos ambientais, seja por lesão ao meio ambiente propriamente dito (dano ambiental público), seja por ofensa a direitos individuais (dano ambiental privado), é objetiva, fundada na teoria do risco integral, em face do disposto no art. 14, §1º, da Lei 6.938/81” (REsp nº 1.373.788-SP – 2013/0070847-2)

O Ministro Luis Felipe Salomão ainda completa:

“Nesse passo, Annelise Monteiro Steigleder leciona, com menção à doutrina de nomeada que, conforme disposto no artigo 14, § 1º, da Lei 6.938/81, a responsabilidade por dano ambiental é objetiva, informada pela teoria do risco integral, tendo por pressuposto a existência de atividade que implique riscos para a saúde e para o meio ambiente, sendo o nexo de causalidade "o fator aglutinante que permite que o risco se integre na unidade do ato que é fonte da obrigação de indenizar", de modo que, aquele que explora a "atividade econômica coloca-se na posição de garantidor da preservação ambiental, e os danos que digam respeito à atividade estarão sempre vinculados a ela", por isso descabe a invocação, pelo responsável pelo dano ambiental, de excludentes de responsabilidade civil.” (EDcl no RECURSO ESPECIAL Nº 1.346.430 - PR - 2011/0223079-7)

O que a doutrina e a jurisprudência, reiteradamente, vêm acolhendo é uma necessária ação de reequilíbrio de proteção ao meio ambiente, calcada no princípio do poluidor-pagador, ou seja, aquele que concorre para a degradação ambiental, exercendo atividade econômica, está na posição de garantir a preservação ambiental.

Em paralelo e no que diz respeito ao tratamento de dados vazados ou publicizados indevidamente, a legislação que trata do assunto revela uma proposta protecionista ao titular dos dados pessoais, cabendo, segundo a lei, aos coletores e detentores de dados pessoais, guardar e assegurar a proteção de tais dados, somente disponibilizando em situações específicas elencadas na própria legislação.

O Marco Civil da Internet⁶⁸ afirma que em caso de danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros, o provedor não será responsabilizado civilmente por danos, tendo em vista o teor de sua atuação. O provedor atua apenas disponibilizando uma porta lógica para usuários sem que tenha controle do conteúdo, salvo se concorre para uma violação da intimidade de seu participante, nesse caso sendo acionado subsidiariamente (artigos 18 e 21)⁶⁹.

A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais⁷⁰ já trata melhor do assunto, tendo em vista que se relaciona diretamente com o cuidado de guardar dados pessoais dos usuários, sendo atividade principal a própria coleta. Nesse sentido, os arts. 42 ao 45 da LGPD devem ser combinados com os arts. 1º, 2º e 3º da Lei, uma vez que a interpretação será conforme os princípios elencados, como de direito à privacidade e intimidade. Vejamos o art. 42:

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

Os artigos que tratam da responsabilização na LGPD são alvo de debate entre doutrinadores. Acerca da eventual teoria da responsabilidade civil e a natureza indenizatória,

⁶⁸ BRASIL. Lei nº 12.965 de 23 de abril de 2014. Planalto, 2014. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 07 abril 2019.

⁶⁹ GONÇALVES, VICTOR HUGO PEREIRA. Marco Civil da internet comentado. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

⁷⁰ BRASIL. Lei 13.709 de 14 de agosto de 2018. Brasília, 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm>. Acesso em: 07 abril 2019.

se subjetiva – baseada na ideia de culpa ou dolo do agente – ou objetiva – fundamentada no risco da atividade empreendida.

Cabe salientar que o art. 1º da Lei afirma a amplitude do alcance legal protecionista, levando a aplicação às pessoas jurídicas de direito privado e às pessoas jurídicas de direito público.

Segundo Gisela Sampaio e Rose Meireles⁷¹ a LGPD filiou-se à teoria subjetiva da responsabilidade civil, em que há a necessidade de comprovação da conduta culposa ou dolosa do agente de tratamento na ocasião do dano. As autoras afirmam que a filiação decorre do fundamento de que o agente deve ser responsabilizado quando não adotam medidas de segurança adequadas para o tratamento de dados e quando não cumprem as obrigações impostas por Lei, havendo também uma lista direcionadora de práticas a serem adotadas pelos tratadores e operadores a partir do art. 46, que ensejaria a responsabilidade subjetiva.

As autoras ainda trazem como fundamento, o art. 43, II, da LGPD⁷² que traz uma excludente de responsabilidade mesmo que ocorra o dano, caso não tenha violado a legislação protecionista, excludente típica da responsabilidade subjetiva. Com isso, as autoras aduzem que se trata de dois crivos legais que induzem a adoção da teoria da subjetividade. O reconhecimento das condutas do art. 42 do tratador e operador de dados e a excludente do art. 43 da Lei.

⁷¹ GUEDES, GISELA SAMPAIO DA CRUZ; MEIRELES, ROSE MELO VENCELAU. Término do tratamento de dados. In: TEPEDINO, G.; FRAZÃO, A.; OLIVA, M. D. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. 1. ed. São Paulo: Editora RT, 2019. p. 231.

⁷² Art. 43. Os agentes de tratamento só não serão responsabilizados quando provarem:

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

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

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

No entanto, Danilo Doneda e Laura Mendes⁷³ consideram que a atividade de tratamento de dados pessoais desempenha um emprego de risco intrínseco, haja vista a potencialidade danosa no caso de violação desses direitos, que são considerados direitos personalíssimos e fundamentais. Nesse entendimento, o art. 6, III, da LGPD traz o princípio da necessidade, que impõe a “limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados”.

Nessas considerações, a respeito da finalidade da lei – apresentando os princípios da necessidade, minimização, responsabilidade e prestação de contas – os autores aduzem que o legislador optou pela responsabilização civil aderida à teoria objetiva, haja vista o risco inerente do tratamento de dados pessoais e o potencial de causar danos aos seus titulares.

⁷³ MENDES, LAURA SCHERTEL; DONEDA, DANILO. Comentários à nova Lei de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018), o novo paradigma da proteção de dados no Brasil. [S.l.]: Revista de direito do consumidor, v. 120, 2018. 555 p.

CONCLUSÃO

A exposição do paralelo estudo da legislação ambiental e seus entendimentos, com a lei de proteção de dados pessoais e seus apontamentos, serviu para demonstrar que os objetos tutelados se confundem. No dano ambiental, há a necessidade da reparação integral, aproximando o mais possível da compensação da lesão sofrida, haja vista a dificuldade de apuração do ressarcimento do dano ambiental, impondo-se uma imensa barreira de avaliação econômica do bem ambiental e difícil reposição⁷⁴.

O vazamento ou publicidade indevida de dados pessoais dos titulares em posse do Poder Público também padece da mesma problemática, uma vez que sejam expostos ao mundo virtual, dificilmente será possível a recuperação total do dano, bem como seria incalculável a real perda econômica sofrida pelo titular, e de terceiros envolvidos.

Nos dois aspectos – do dano ambiental e danos provocados pelo Poder Público – a responsabilidade civil é objetiva pois o Estado é sujeito ao mandamento constitucional definidor da teoria do risco. A pauta, portanto, é se esse risco adota a teoria do risco administrativo ou do risco integral.

Com relação ao dano ambiental já se sabe a resposta, no entanto, por tudo que foi exposto no presente trabalho, cabe dizer que a responsabilidade civil do Estado por dados pessoais em sua posse é também objetiva, filiada à teoria do risco integral, haja vista toda a janela de danos irreparáveis que o titular irá sustentar na eventualidade de quebra ou falha na segurança dos bancos de dados.

Apesar da Lei Geral de Proteção de Dados pessoais, em seu art. 31 informar que se houver infração da lei pelo Estado, a autoridade nacional de proteção de dados pessoais poderá

⁷⁴ LEITE, José Rubens Morato. Dano ambiental: do indivíduo ao coletivo extrapatrimonial – teoria e prática. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 235.

enviar informe para cessar a violação, não se mostra suficiente para a total proteção do titular, além de não mencionar a reparação dos danos advindos de tal desobediência legal.

O bem defendido em que se aplica a teoria do risco integral, tanto no que diz respeito ao dano decorrente de atividade nuclear, crimes a bordo de aeronaves ou dano ambiental, se justifica pela sua importância coletiva, salientando que a não adoção desta teoria seria um incentivo à prática descontrolada das atividades ilegais e compensadora dos riscos.

A coleta e o tratamento de dados pessoais podem ser tão destruidores ou degradadores quanto os outros casos de aplicação do risco integral, haja vista a potencialidade de capilarização dos danos cibernéticos. Nesse sentido, imagine que a base de dados da Receita Federal fosse publicada com dados dos contribuintes de todo o Brasil e tais dados chegassem ao conhecimento de criminosos. Nessa hipótese, com recursos estratégicos de fraude, poderiam realizar a confecção de cartões de crédito, fazer compras em nome de milhares de brasileiros e não serem responsabilizados por estas condutas. Isso por conta da falha prestacional do Estado.

O que se pretende demonstrar com esse exemplo é que o dano pelo vazamento de dados pessoais pode não só atingir ao titular do dado, esse que está na ponta direta do dano. Mas, também, toda a sociedade que pode ser alcançada pelo evento danoso, causando prejuízos que se alargam no decorrer do tempo.

Dessa forma, a demonstração do vazamento de dados pessoais ou a sua publicidade indevida ensejaria a caracterização do dano ao titular do dado pessoal, cumprindo os pressupostos da responsabilização civil objetiva. O fato administrativo, como uma conduta omissiva ou comissiva do Estado pelo vazamento; O dano, caracterizado pela potencialidade do vazamento; e o nexo de causalidade, tendo em vista que é a relação de causa e efeito entre a conduta estatal e o dano suportado, sem a possibilidade de alegação das demais excludentes da responsabilidade civil do Estado.

REFERÊNCIAS

BIONI, BRUNO RICARDO. Dados pessoais e direitos da personalidade. In: _____
Proteção de dados pessoais. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 67-68.

BIONI, BRUNO RICARDO. **Proteção de dados pessoais - a função e os limites do consentimento**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

BITTAR, CARLOS EDUARDO BIANCA; ALMEIDA, GUILHERME ASSIS DE.
Curso de filosofia de direito. São Paulo: Atlas, 2008. 258 p.

BRASIL. LEI Nº 3.071, DE 1º DE JANEIRO DE 1916. **Planalto**, 1916. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 15 Junho 2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Planalto**, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 19 Junho 2019.

BRASIL. LEI Nº 8.078, DE 11 DE SETEMBRO DE 1990. **Planalto**, Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm>. Acesso em: 26 junho 2020.

BRASIL. LEI N 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002. **Planalto**, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 07 Junho 2020.

BRASIL. Lei nº 12.965 de 23 de abril de 2014. **Planalto**, 2014. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm>. Acesso em: 07 abril 2019.

BRASIL. Lei 13.709 de 14 de agosto de 2018. **Brasília**, 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm>. Acesso em: 07 abril 2019.

BRASIL. DECRETO Nº 8.539, DE 8 DE OUTUBRO DE 2015. **BRASIL**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/d8539.htm>. Acesso em: 06 Julho 2020.

CARVALHO FILHO, JOSÉ DOS SANTOS. **Manual de direito administrativo**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2017. 371 p.

CAVALIERI FILHO, SÉRGIO. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CHAVES, ANTONIO. In: _____ **Tratado de direito civil: introdução à ciência do direito, sujeito de direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. t.1, v.1, 1982. p. 487.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Incentivos estimulam digitalização de processos na Justiça alagoana. **CNJ**, 21 setembro 2016. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/incentivos-estimulam-digitalizacao-de-processos-na-justica-alagoana/>>. Acesso em: 16 Março 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Norma prevê digitalização de 100% dos processos da Justiça Eleitoral do DF. **CNJ**, 16 Maio 2020. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/norma-preve-digitalizacao-de-100-dos-processos-da-justica-eleitoral-do-df/>>. Acesso em: 17 junho 2020.

COSTA, ANA MARIA NICOLACI DA. Impactos Psicológicos do Uso de Celulares: Uma Pesquisa Exploratória com Jovens Brasileiros. **Psicologia: Teoria e Pesquisa**, Brasília,

v. 20, n. 2, p. 165-174, maio/ago 2004. ISSN ISSN 0102-3772. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-37722004000200009&script=sci_abstract&tlng=es>.

COTS, MÁRCIO; OLIVEIRA, RICARDO. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais Comentada. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 25.

DI PIETRO, MARIA SYLVIA ZANELLA. Responsabilidade extracontratual do Estado. In: _____ **Direito Administrativo**. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DONEDA, DANILO. Informação e dados pessoais. In: DONEDA, D. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Cap. 2, p. 152.

FARIAS, CRISTIANO CHAVES DE; ROSENVALD, NELSON. A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. In: FARIAS, C. C. **Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB**. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 120.

FIORILLO, CELSO ANTONIO PACHECO. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GOMES, ORLANDO. Memória justificativa do anteprojeto de reforma do código civil. Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1963. p. 35.

GONÇALVES, VICTOR HUGO PEREIRA. **Marco Civil da internet comentado**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

GUEDES, GISELA SAMPAIO DA CRUZ; MEIRELES, ROSE MELO VENCELAU. Término do tratamento de dados. In: TEPEDINO, G.; FRAZÃO, A.; OLIVA, M. D. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais**. 1. ed. São Paulo: Editora RT, 2019. p. 231.

LEITE, JOSÉ RUBENS MORATO. **Dano ambiental: do indivíduo ao coletivo extrapatrimonial – teoria e prática.** 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MACHADO, JEANNE DA SILVA. **A solidariedade na responsabilidade ambiental.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

MALDONADO, VIVIANE NÓBREGA. Direitos dos titulares. In: MALDONADO, V. N.; OPICE BLUM, R. **Comentários ao GDPR - Regulamento Geral de Proteção de Dados da união Europeia.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 17-18.

MEIRELLES, HELY LOPES. Responsabilidade Civil da Administração. In: MEIRELLES, H. L.; FILHO, J. E. B. **Direito Administrativo Brasileiro.** São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE. **Curso de Direito Administrativo.** 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, CELSO ANTONIO BANDEIRA DE. Responsabilidade Patrimonial Extracontratual do Estado Por Comportamentos Administrativos. In: _____ **Curso de Direito Administrativo.** 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE. **Princípios gerais de direito administrativo.** Rio de Janeiro: Forense, v. 2, 1979.

MENDES, LAURA SCHERTEL; DONEDA, DANILO. **Comentários à nova Lei de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018), o novo paradigma da proteção de dados no Brasil.** [S.l.]: Revista de direito do consumidor, v. 120, 2018. 555 p.

MIRRA, ÁLVARO LUIZ VALERY. **Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004.

OLINTO, ANTONIO. **Minidicionário Antonio Olinto da língua portuguesa**. Tradução de Ubiratan Rosa. São Paulo: Moderna, 1919. 240 p. ISBN ISBN.

OLIVEIRA, RAFAEL CARVALHO REZENDE. **Curso de direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Método, 2014.

OSBORNE, HILARY. What is Cambridge Analytica? The firm at the centre of Facebook's data breach. **The Guardian**, 2018. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/news/2018/mar/18/what-is-cambridge-analytica-firm-at-centre-of-facebook-data-breach>>. Acesso em: 07 junho 2020.

PINHEIRO, PATRICIA PECK. Comentários à LGPD. In: PINHEIRO, P. P. **Proteção de Dados Pessoais - Comentários à Lei n. 13.709/2018 (LGPD)**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Cap. 9, p. 57.

PINHEIRO, PATRÍCIA PECK. Conceitos e terminologias. In: _____ **Proteção de Dados Pessoais - Comentários à Lei n. 13.709/2018**. São Paulo: Saraiva educação, 2018. p. 26.

PINHEIRO, PATRÍCIA PECK. **Proteção de dados pessoais - comentários à Lei n. 13.709/2018 (LGPD)**. 1. ed. São Paulo: Saraiva educação, 2018.

RODOTÀ, STEFANO. Il diritto di avere. Roma: Laterza, 2012. p. 314.

SARLET, GABRIELLE BEZERRA SALES; CALDEIRA, CRISTINA. O consentimento informado e a proteção de dados pessoais de saúde na internet: uma análise das

experiências legislativas de Portugal e do Brasil para a proteção integral da pessoa humana. **Civilistica.com**, Rio de Janeiro, p. 7, 2019. Disponível em: <<http://civilistica.com/o-consentimento-informado-e-a-protecao/>>. Acesso em: 19 Junho 2019.

SETZER, VALDEMAR W. Dado, Informação, Conhecimento e Competência, São Paulo, Maio 2015. Disponível em: <https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/44270487/ART_2_GEST.pdf?1459453402=&response-content-disposition=inline%3B+filename%3DDado_Informacao_Conhecimento_e_Competic.pdf&Expires=1594060757&Signature=bExxhJPnU947pfHVGQ8uqh7rqk~KsZJOAraqvSqPorc-A6TPKUYNEI~M4>.

TEPEDINO, GUSTAVO. Temas de direito civil. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

THE ECONOMIST. **The Economist**, 6 Maio 2017. Disponível em: <<https://www.economist.com/leaders/2017/05/06/the-worlds-most-valuable-resource-is-no-longer-oil-but-data>>. Acesso em: 19 Junho 2019.

VIVAN, LUIS ANDRÉ MARAGNO. **Conjur**, 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-nov-23/luis-vivan-quebra-sigilo-dados-exige-indicios-ilicito>>. Acesso em: 25 Maio 2019.