

O CÁLCULO EMPRESARIAL DE DESCUMPRIMENTO DE NORMAS JURÍDICAS E A DISCUSSÃO DO STJ QUANTO AO VAZAMENTO DE DADOS PESSOAIS: A EXISTÊNCIA DE DANO MORAL *IN RE IPSA*

THE BUSINESS CALCULATION OF LEGAL NORMS NON-COMPLIANCE AND THE DISCUSSION OF THE STJ REGARDING PERSONAL DATA LEAKAGE: THE EXISTENCE OF *IN RE IPSA* MORAL DAMAGE

Frederico Abreu Marquesⁱ

RESUMO

O artigo buscou responder o seguinte questionamento: considerando que organizações empresariais realizam um cálculo para avaliar se cumprirão ou não as normas jurídicas, de que forma a discussão travada no Superior Tribunal de Justiça sobre a existência de dano moral *in re ipsa* pelo vazamento de dados pessoais não sensíveis influencia nas condutas empresariais? Para isso, foram estabelecidos quatro objetivos de pesquisa. O primeiro foi apresentar a relação entre as possibilidades de sancionamento e as condutas efetivamente adotadas pelos empresários quanto ao cumprimento de normas jurídicas. Posteriormente, estudar a proteção jurídica dos dados pessoais não sensíveis no Ordenamento Brasileiro, a partir de sua diferenciação com os dados sensíveis. Depois, investigar a discussão travada no Superior Tribunal de Justiça quanto à existência de dano moral *in re ipsa* pelo vazamento de dados pessoais não sensíveis. Por fim, avaliar as potenciais consequências nas atitudes empresariais a partir da adoção de um ou outro posicionamento pelo Tribunal. O método utilizado foi dialético, gênero teórico, abordagem dos dados qualitativos, delineamento de pesquisa avaliação qualitativa, estratégia de coleta de dados levantamento bibliográfico e coleta e análise de legislação.

Palavras-chave: condutas empresariais; dano moral; dados pessoais não sensíveis.

ABSTRACT

The article aimed to answer the following question: considering that business organizations perform a calculation to assess whether they will comply with legal norms or not, how does the discussion in the Superior Court of Justice (STJ) regarding the existence of *in re ipsa* moral damage due to the leakage of non-sensitive personal data influence business conduct? To achieve this, four research objectives were established. The first objective was to present the relationship between the possibilities of sanctioning and the conduct actually adopted by entrepreneurs regarding

ⁱ Especializando em Processo Civil pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Graduado em Direito pela FDV. e-mail: frederico-abreu@hotmail.com

compliance with legal norms. Subsequently, to study the legal protection of non-sensitive personal data in the Brazilian legal system, differentiating it from sensitive data. Next, to investigate the discussion in the Superior Court of Justice regarding *in re ipsa* moral damage due to the leakage of non-sensitive personal data. Finally, to assess the potential consequences on business attitudes based on the adoption of one or another position by the Court. The method used was dialectical, within the theoretical genre, with a qualitative data approach, qualitative research design, data collection strategy involving literature review, and collection and analysis of legislation.

Keywords: business conduct; moral damage; non-sensitive personal data.

INTRODUÇÃO

A crescente importância das normas jurídicas no contexto das organizações empresariais tem levado a uma profunda reflexão sobre como as empresas avaliam e respondem às implicações legais de suas ações. Contemporâneo a isso, discute-se no Superior Tribunal de Justiça (STJ) a existência de dano moral *in re ipsa* (dano moral presumido) decorrente do vazamento de dados pessoais não sensíveis. Este questionamento central levanta a indagação fundamental de como as decisões judiciais nesse sentido podem impactar diretamente nas condutas empresariais.

Isso posto, a pesquisa busca responder: considerando que organizações empresariais realizam um cálculo para avaliar se cumprirão ou não as normas jurídicas, de que forma a discussão travada no Superior Tribunal de Justiça sobre a existência de dano moral *in re ipsa* pelo vazamento de dados pessoais não sensíveis influencia nas condutas empresariais?

Para isso, foram definidos os objetivos de pesquisa: inicialmente, apresentar a relação entre as possibilidades de sancionamento e as condutas efetivamente adotadas pelos empresários quanto ao cumprimento de normas jurídicas. Posteriormente, estudar a proteção jurídica dos dados pessoais não sensíveis no Ordenamento Brasileiro, a partir de sua diferenciação com os dados sensíveis. Depois, investigar a discussão travada no Superior Tribunal de Justiça quanto à existência de dano moral *in re ipsa* pelo vazamento de dados pessoais não sensíveis. Por fim, avaliar as potenciais consequências nas atitudes empresariais a partir da adoção de um ou outro posicionamento pelo Tribunal.

O presente artigo foi dividido, para fins didáticos, em três etapas. O primeiro capítulo visa a discutir se o respeito às normas jurídicas no universo empresarial é fruto de cálculo empresarial ou exercício de cidadania. O segundo capítulo pretende traçar o panorama da proteção de dados pessoais no Brasil, abordando, em especial, a Lei Geral de Proteção de Dados, lei especial voltada à regulamentação da matéria. Por fim, discute-se o entendimento do STJ quanto ao dano moral *in re ipsa* em caso de vazamento de dados, expondo-se os seus julgados antagônicos, de modo a analisar as consequências práticas das decisões da corte para a proteção de dados no Brasil.

Como método a ser utilizado, elege-se o dialético, gênero teórico, abordagem dos dados qualitativos, delineamento de pesquisa avaliação qualitativa, tendo como estratégia de coleta de dados o levantamento bibliográfico e a coleta e análise de legislação, com o objetivo de apresentar algumas das nuances do tema, possibilitando um panorama amplo e, ao final, as consequências da atuação do STJ em matéria de proteção de dados.

1 RESPEITO ÀS NORMAS JURÍDICAS: EXERCÍCIO DA CIDADANIA OU CÁLCULO EMPRESARIAL?

Essencial, para se atingir os objetivos do presente estudo, é analisar os fatores que impulsionam ou desestimulam o cumprimento de determinada norma jurídica, especialmente, no que tange às decisões empresariais. Nesse ponto, importante questionar se o respeito às normas jurídicas representa um exercício espontâneo de cidadania empresarial ou se a análise de observância ao Direito representa apenas mais um elemento do planejamento estratégico das atividades empresariais.

A Teoria Tridimensional do Direito aborda que a construção de uma norma jurídica não se trata de mero arbítrio de poder ou consequência automática da tensão fático-axiológica existente em dado contexto (REALE, 2003). A nomogênese jurídica representa, na verdade, o poder condicionado por fatos e valores, os quais são determinantes para a eleição de uma dentre as diversas soluções regulatórias possíveis, gestando a norma jurídica.

O Direito representaria, portanto, uma integração normativa de fatos segundo valores (REALE, 2003). Em outras palavras, ocorrido um fato juridicamente relevante, este será valorado com base nos princípios majoritários que regem determinada sociedade, o que Reale denomina valores. Esta interação entre fatos e valores influencia e condiciona a elaboração de normas jurídicas.

Formado, então, o Ordenamento Jurídico – um conjunto sistemático de normas –, ele poderia ser entendido como expressão normativa (dever ser) de determinados valores da sociedade. No entanto, o seu cumprimento não seria automático, sendo este objeto de estudo que está não no âmbito existência-validade-eficácia da norma, mas sim da efetividade.

Para explicação de como essa última opera, uma teoria que ganha força é a do sentimento jurídico, cujo expoente é Jhering, mas que teve seu pensamento ressignificado pelos teóricos do direito contemporâneo. Conforme Verdú (2004), o sentimento jurídico é caracterizado quando há uma crença difusa na sociedade de que o ordenamento jurídico vigente é justo, o que motivaria a adesão a ele e seu cumprimento espontâneo.

Entretanto, apesar das conclusões do autor acima, há estudos científicos que demonstram que os motivos determinantes para a observância do Direito por seus destinatários, especialmente no mundo empresarial, não mantêm relação necessária com a percepção de equidade da norma perante seus destinatários, se tratando, na verdade, de um cálculo de custos e benefícios que integra o planejamento empresarial.

Uchimura e Lima (2018) afirmam que a gênese da análise econômica do direito – inicialmente nos Estados Unidos da América e, posteriormente, se reproduzindo em outros países capitalistas – foi marcada pela concepção instrumental de violação às normas jurídicas. Esta possibilidade de calcular os benefícios no descumprimento de normas jurídicas deriva da segurança jurídica, que confere previsibilidade contábil aos efeitos do descumprimento da norma.

Não é incomum a presença, no Ordenamento Brasileiro, de normas jurídicas cujo descumprimento acarreta uma sanção insuficiente para reprovar a violação, ou sequer acarreta sanção. Estas situações de inefetividade da norma jurídica facilitam o descumprimento proposital, considerando a alta probabilidade de impunidade do infrator.

Nesse ponto, Uchimura (2023), em seu estudo sobre a violabilidade do direito e a calculabilidade da violação, expõe situações nas quais o inadimplemento contratual, ou a violação a direitos, decorre do fato de que o proveito econômico obtido a partir da violação excederia o lucro derivado do cumprimento.

Constata-se, assim, na estratégia empresarial, a percepção das normas jurídicas não mais como manifestação legítima de autoridade do Estado, que expressa preceito obrigatório, nem manifestação espontânea de cumprimento de preceitos tido como justos, e sim, como mera possibilidade, segundo um juízo de conveniência e de oportunidade realizado pela própria empresa.

Inclusive, cumpre reforçar que o Poder Judiciário também desempenha papel central em assegurar o respeito às normas jurídicas, tendo em vista que a jurisprudência dos Tribunais Superiores também se inclui como variante no cálculo de benefícios e malefícios do descumprimento de normas jurídicas, possibilitando ao empresário as reais chances de ser responsabilizado pela conduta faltosa.

Dessa forma, percebe-se a instrumentalização da análise econômica do Direito para uma finalidade ilícita, qual seja a realização de verdadeiro cálculo de perdas e ganhos consequentes do descumprimento de norma jurídica ou contratual, o que se denomina “violação eficiente do direito” (UCHIMURA, 2023).

Ilustrando a calculabilidade da violação, aborda-se o exemplo da Ford Motor Company nos Estados Unidos (UCHIMURA, LIMA; 2018). Em 1971, a empresa lançou o modelo Ford Pinto, o qual possuía grave defeito: em colisões traseiras, o tanque de gasolina poderia explodir e incendiar o veículo. Ocorreu, entre 1971 e 1977, o óbito de ao menos quinhentas pessoas em decorrência de tal falha, até que uma agência governamental determinou o *recall* dos veículos.

Meses depois de determinado o *recall*, descobriu-se que a Ford Motor Company estava ciente do defeito há cerca de quatro anos. Verificou-se que, em memorando interno da empresa, referente ao risco de vazamento de combustível e incêndios, foi matematicamente calculada a vantagem em não proceder ao *recall*.

Evidencia-se, dessa forma, a existência de uma lógica pela qual as empresas optam por respeitar as normas jurídicas segundo um juízo de conveniência, realizando o cálculo de benefícios e prejuízos a partir da violação, sendo esta constatação fundamental para o objeto desse trabalho.

2 A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NO DIREITO BRASILEIRO

O aumento exponencial da geração e manipulação de dados pessoais, fomentado, principalmente, pelo desenvolvimento tecnológico, exige uma robusta proteção jurídica dos titulares de dados pessoais pelo Ordenamento Brasileiro, evitando a apropriação indevida dos dados para finalidades diversas, sem o consentimento de seus titulares.

Mesmo antes da promulgação da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (BRASIL, 2022), já se reconhecia a importância da autodeterminação informativa no Direito brasileiro, segundo a qual o titular de dados possui o direito à livre e racional decisão para determinar a finalidade e os limites de sua utilização (MIRAGEM, 2019), ou seja, exige-se o consentimento do titular para a coleta e a utilização dos dados que a ele digam respeito.

Além disso, Miragem (2019) entende que os dados pessoais constituem, também, verdadeira extensão dos direitos à privacidade e à intimidade, de modo que seu respaldo antecede a Emenda Constitucional nº 115/2022 (BRASIL, 2023a), à luz do artigo 5º, inciso X, da Constituição da República, o qual define como invioláveis a intimidade e a vida privada, assegurado o direito à reparação civil por eventuais danos.

Ressalva-se que, embora a proteção de dados tenha sido deduzida, em situações diversas, dos direitos à privacidade e à intimidade, entende-se que o direito à proteção

de dados pessoais possui objeto mais amplo. Isso porque abarca qualquer informação relativa à pessoa natural, não apenas à intimidade, sendo dispensável analisar a qual âmbito da vida pessoal diz respeito.

Em outras palavras, não cabe a delimitação temática da espécie de dado pessoal para fins de atribuir ou não proteção jurídica, preferindo umas em detrimento de outras. Dessa forma, o respaldo constitucional recairá sobre os dados pessoais de forma ampla.

Sarlet (2020), por sua vez, afirma que o embasamento constitucional mais próximo ao direito à proteção de dados é o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, ou direito à livre autodeterminação informativa, resultante do princípio da dignidade humana e do direito geral de liberdade.

Ocorre que, apesar desta noção de autodeterminação informativa, predominava, antes da LGPD, uma proteção escassa e esparsa de dados pessoais no Brasil. Aplicavam-se diplomas normativos como o Código de Defesa do Consumidor e a Lei de Acesso à Informação, de modo a garantir o direito à proteção de dados pessoais aos seus titulares.

Além disso, há a salvaguarda indireta de dados pessoais promovida pelo *habeas data*, assegurando ao indivíduo o conhecimento e o direito de retificar dados constantes em bancos de dados governamentais ou de caráter público, refletindo o reconhecimento da autodeterminação informativa (SARLET, 2020).

Apesar dos instrumentos mencionados, utilizados para assegurar a proteção de dados, inexistia diploma jurídico que buscasse centralizar a matéria de dados pessoais, estabelecendo conceitos objetivos e indicando a maneira adequada e lícita de tratamento de dados por empresas e terceiros.

Dado este contexto, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei nº 13.7909/2018) constitui verdadeiro marco na proteção de dados pessoais, compilando e elaborando a regulamentação acerca do tratamento de dados pessoais, dos direitos dos titulares,

da responsabilidade de agentes de tratamento de dados, da segurança e das boas práticas e da fiscalização e sancionamento pelo Poder Público de eventuais violações.

A Emenda Constitucional nº 115, de 2022, incluiu expressamente a proteção de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, ao rol do artigo 5º da Constituição da República (inciso LXXIX), constituindo-a como direito fundamental e cláusula pétrea, restando, portanto, insuprimível e dotado do maior grau de proteção existente no Ordenamento pátrio.

Nesses termos, resta evidente que o direito à proteção de dados pessoais é muito anterior à Emenda Constitucional nº 115/2020, bem como à própria LGPD, sendo este um direito de matriz constitucional derivado dos direitos à privacidade, à intimidade e à livre autodeterminação informativa.

Adentrando o conceito de dado pessoal, o art. 5º, inciso I, da LGPD o define como aquela informação relacionada à pessoa natural identificada ou identificável, ou seja, se trata de qualquer informação referente à pessoa natural, podendo dizer respeito a qualquer aspecto de sua vida (social, privada, familiar, íntima).

Em seguida, o dispositivo legal define como dado pessoal sensível aquele relativo à origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural (art. 5º, inciso II).

Por eliminação, os dados pessoais não sensíveis seriam aqueles que, embora não listados no rol taxativo do art. 5º, inciso II, da LGPD, também permitem a identificação da pessoa natural. Nesta categoria, se incluiriam desde os dados mais corriqueiros, tais quais nome completo, CPF e número de telefone, até informações mais críticas, como características físicas, dados bancários, histórico de compra, registros públicos de interações em redes sociais, dentre outros.

Apesar da distinção terminológica, não há de se falar em ausência de proteção jurídica aos dados pessoais não sensíveis, tendo em vista a proteção constitucional ampla

aos dados pessoais, independentemente da espécie. Necessário, assim, reconhecer que os dados pessoais especificados no art. 5º, inciso II, da LGPD – dados sensíveis – não exaurem as situações de discriminação e desigualdade às quais a pessoa natural está sujeita.

Desse modo, a negativa de proteção jurídica ao titular de dados pessoais não sensíveis, pelo simples fato de não estarem estes previstos no rol taxativo do artigo 5º, inciso II, da LGPD, representaria uma mitigação injustificada da isonomia, além de violação ao direito fundamental à proteção de dados pessoais (NEGRI, KORKMAZ, 2019).

Vale dizer que a divisão dos dados pessoais em sensíveis e não sensíveis tampouco está imune a críticas. Tepedino e Teffé (2022) questionam se, considerando as inúmeras maneiras de manipulação e de cruzamento de dados pessoais, haveria algum dado realmente não sensível?

A título de exemplo, foram registradas ocorrências de negativa de concessão de crédito para aqueles indivíduos cujos prenomes, fossem estatisticamente recorrentes na comunidade negra. Ou seja, nesse caso, o próprio nome do sujeito foi utilizado de forma prejudicial, apesar de se tratar de dado pessoal não sensível, nos termos da LGPD (TEPEDINO, TEFFÉ, 2022).

É suficiente frisar, para os fins desse trabalho, que, independentemente da divisão dos dados pessoais em sensíveis e não sensíveis pela LGPD, a opção terminológica do art. 5º, LXXIX, da CR/88 pela proteção de dados pessoais de forma geral, e não apenas de dados pessoais sensíveis, deve ser compreendida no sentido de que inexistente dado pessoal irrelevante em um contexto de sociedade de informação. Desse modo, o tratamento de dados pessoais, independentemente da espécie, acarreta risco de violação de direitos fundamentais (SARLET, 2020).

3 A RESPONSABILIDADE CIVIL PELO VAZAMENTO DE DADOS PESSOAIS NO STJ E AS CONSEQUÊNCIAS NO UNIVERSO EMPRESARIAL

Debruça-se, neste momento, sobre a discussão no STJ acerca da existência de danos morais *in re ipsa* em caso de vazamento de dados pessoais, em especial aqueles tidos como não sensíveis, analisando-se, em seguida, as possíveis consequências empresariais decorrentes dos posicionamentos adotados pela Corte.

Conforme já abordado, a jurisprudência exerce um papel fundamental quanto à efetividade das normas jurídicas. Isso porque, ao decidirem sobre a interpretação adequada ou a maneira de aplicação das normas, os Tribunais, conseqüentemente, provocam efeitos no âmbito da efetividade destas, incentivando ou desencorajando a observância ao Direito pelos empresários.

3.1 A DISCUSSÃO DO STJ QUANTO AO DANO MORAL *IN RE IPSA* EM CASO DE VAZAMENTO DE DADOS PESSOAIS NÃO SENSÍVEIS

Com o intuito de apresentar os diferentes entendimentos já firmados no Superior Tribunal de Justiça quanto à existência de dano moral *in re ipsa* no caso de vazamento de dados pessoais, recorre-se a dois julgados antagônicos proferidos pela Corte.

São estes o Recurso Especial nº 1.758.799/MG, julgado pela 3ª Turma (seção de direito público), com o entendimento de que o vazamento de dados pessoais acarreta, por si, a presunção de danos morais (BRASIL, 2019), e o Agravo em Recurso Especial nº 2.130.619/SP, julgado pela 2ª Turma (seção de direito privado), ocasião na qual se decidiu pela ausência de danos morais *in re ipsa* em caso de vazamento de dados pessoais não sensíveis (BRASIL, 2023b).

3.1.1 O Recurso Especial nº 1.758.799/MG (3ª Turma)

Trata-se, na origem, de ação de compensação por dano moral, em face de empresa voltada à proteção ao crédito, pleiteando-se indenização por danos morais decorrentes do uso indevido e da comercialização de dados pessoais, incluindo nome completo, CPF, endereço eletrônico, número de telefone, dentre outros, em sua maioria, dados pessoais não sensíveis.

Alegou a parte autora que o banco de dados da ré viola sua vida privada, imagem e intimidade, além de expô-la a fraudes e importunações, entretanto, em primeira instância, foi proferida sentença de improcedência do pedido, decidindo-se que as informações divulgadas pela ré não seriam sigilosas, de modo que seu compartilhamento não violaria a privacidade do indivíduo.

Decidiu, ainda, pela inexistência de danos morais, não havendo indícios de constrangimento ou prejuízo à parte. Em outras palavras, entendeu o juízo que o ônus da prova quanto à existência de dano extrapatrimonial seria do requerente, inexistindo dano moral *in re ipsa*.

Irresignada, a requerente interpôs recurso de apelação, reiterando os fundamentos iniciais, especialmente quanto à violação aos direitos à intimidade e à privacidade, bem como juntando aos autos documentos comprobatórios das importunações decorrentes do compartilhamento indevido de dados.

Na ocasião, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais proferiu acórdão reformando a decisão de origem, de modo a condenar a ré ao pagamento de indenização por danos morais. Entendeu-se, assim, que a disponibilização de dados pessoais em banco de dados de fácil acesso enseja indenização por danos morais, considerando a insegurança experimentada pelo indivíduo.

Diante do acórdão do Tribunal regional, a empresa interpôs o Recurso Especial nº 1.758.799/MG, alegando que o consumidor não teria comprovado a ocorrência de danos morais. Em julgamento ao recurso, em 12/11/2019, a Ministra Relatora Nancy Andrichi decidiu pela manutenção do acórdão recorrido, negando provimento ao Recurso Especial.

A Ministra Relatora ressaltou que as informações sobre o perfil do consumidor – mesmo as de cunho pessoal – adquiriram valor econômico no mercado de consumo, de modo que os bancos de dados realizam atividade potencialmente ofensiva aos direitos da personalidade.

A Terceira Turma do STJ entendeu, portanto, que não há necessidade de comprovar os danos morais em caso de disponibilização de dados pessoais em banco de dados, sendo os danos morais presumíveis a partir da disponibilização e comercialização dos dados (BRASIL, 2022).

3.1.2 O Agravo em Recurso Especial nº 2.130.619/SP (2ª Turma)

Trata-se, na origem, de ação de reparação por danos morais devido ao vazamento de dados pessoais como nome completo, gênero, idade, telefone celular e endereço, além de dados de consumo, sob a posse de uma fornecedora de energia elétrica.

À luz do art. 5º, inciso II, da LGPD, é possível identificar que se tratam de dados pessoais não sensíveis, contendo informações para a identificação do titular dos dados, bem como informações referentes ao consumo. Alegou a requerente que o vazamento de dados a expôs ao risco de fraudes e importunações.

Apesar disso, a ação foi julgada improcedente, levando a Requerente a interpor recurso de apelação, restando reformada a sentença para condenar a apelada ao pagamento de indenização por danos morais, sob os fundamentos de que o acesso dos dados por terceiros não foi autorizado pela titular e de que o serviço da apelada teria sido defeituoso, bem como que, à luz da teoria do risco da atividade, a empresa seria responsável por vazamentos de dados de seus contratantes.

A empresa interpôs recurso especial, alegando que o vazamento de dados não seria de sua responsabilidade, visto que teria tomado todas as medidas de segurança possíveis. Invocou, ainda, o art. 5º, inciso II, da LGPD, de modo a tentar afastar a hipótese de ocorrência de danos morais, pelo fato de as informações vazadas não se tratarem de dados pessoais sensíveis.

O tribunal de origem inadmitiu o Recurso Especial, sendo interposto o Agravo em Recurso Especial nº 2.130.619/SP. O acórdão que julgou o presente AREsp, em 07/03/2023, elaborou a seguinte tese: “O vazamento de dados pessoais não gera dano moral presumido” (BRASIL, 2023c), conforme trecho do acórdão abaixo:

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

Conforme exposto, a 2ª Turma do STJ entendeu que, em caso de vazamento de dados pessoais não sensíveis, o ônus de comprovar os danos morais sofridos seria do próprio titular do dado pessoal, cabendo a este indicar o nexo de causalidade entre o vazamento de informações e o prejuízo alegado.

Em outras palavras, se entendeu que o vazamento de dados pessoais não representa, por si, uma violação aos direitos à intimidade e à privacidade, exigindo-se a comprovação de dano existencial para que o titular tenha direito à indenização correspondente.

3.2 ANÁLISE CONSEQUENCIALISTA DA DISSIDÊNCIA JURISPRUDENCIAL

Conforme exposto, é comum, no âmbito empresarial, a instrumentalização da análise econômica do Direito para se avaliar as vantagens ou as desvantagens econômicas resultantes do (des)respeito às normas jurídicas.

Diversas empresas realizam um verdadeiro cálculo de perdas e ganhos consequentes do descumprimento de normas, fenômeno denominado “violação eficiente do direito” (UCHIMURA, 2023). Desse modo, a observância ao Direito brasileiro deixa de ser imperativa e coercitiva para se tornar uma possibilidade, segundo um juízo de conveniência.

Conclui-se, dessa realidade, que o grau de efetividade da proteção legal atribuída a determinado bem jurídico, bem como a interpretação e a aplicação pelos Tribunais, influencia diretamente no cumprimento da norma em âmbito empresarial, tornando o seu desrespeito prejudicial sob uma perspectiva econômica.

Assim, em outras palavras, quanto maiores e mais efetivas as consequências provenientes do descumprimento de determinada norma jurídica, maior a

possibilidade de que as empresas a respeitem, na busca de evitar prejuízos financeiros provocados pelo pagamento de multas e indenizações, dentre outros.

Quanto à discussão da existência de danos morais *in re ipsa* em caso de vazamento de dados pessoais, inexistente consenso no Superior Tribunal de Justiça. Há, nesse sentido, julgados favoráveis ao reconhecimento da presunção de danos morais e outros em sentido contrário, que apontam para a necessidade de comprovação dos danos pelo titular dos dados.

A divergência mencionada vai de encontro ao dever de uniformizar e manter a jurisprudência íntegra e coerente, conforme preconiza o artigo 926 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2023d) o que, inegavelmente, fere a segurança jurídica e a isonomia.

No que tange ao julgamento do Agravo em Recurso Especial nº 2.130.619/SP, pela Segunda Turma, entendeu o Ministro Relator Francisco Falcão que apenas os dados pessoais sensíveis estão intrinsecamente relacionados ao direito à intimidade da pessoa natural, sendo que, no caso de dados não sensíveis, o vazamento se trataria de mero inconveniente comum.

Apesar das conclusões do Relator, importante recordar que os dados pessoais sensíveis, previstos no rol do art. 5º, inciso II, da LGPD, não são capazes de exaurir todas as situações de discriminação e desigualdade às quais a pessoa natural está sujeita.

Assim, não seria adequado afirmar, de forma genérica, que o vazamento de dados pessoais não sensíveis se trata de mero inconveniente, tendo em vista as diversas situações nas quais o tratamento ilegal destes dados pode trazer danos extrapatrimoniais graves ao seu titular.

Nesse sentido, caso o vazamento de dados pessoais não sensíveis se tratasse de mero inconveniente comum, independentemente do caso concreto, seria dispensável a proteção constitucional prevista no artigo 5º, inciso LXXIX. Isso porque o dispositivo

prevê o respaldo aos dados pessoais em sentido amplo, não sendo limitado apenas àqueles sensíveis.

Cumprir dizer que a atribuição do ônus da prova de dano existencial ao titular dos dados pessoais vazados se trata de prova de obtenção excessivamente complexa. Isso porque, em uma sociedade de informação, marcada pela intensa geração e manipulação de dados, inclusive com empresas especializadas no ramo, seria praticamente impossível mensurar a extensão e todas as maneiras como determinado dado pessoal poderá ser utilizado.

A título de exemplo, na era informacional, os dados pessoais do consumidor são constantemente utilizados para precisar informações a seu respeito, direcionando-lhe propagandas e produtos específicos, prevendo seu comportamento de maneira, muitas vezes, implícita e despercebida (PEREIRA; DANTAS, 2022).

Com o vazamento ou a comercialização ilícita de dados pessoais, as possíveis formas de uso destas informações são incontáveis, muitas das quais sequer serão percebidas pelo titular dos dados como tal. Viola-se, nesse sentido, o art. 2º, inciso II, da LGPD, o qual prevê a autodeterminação afirmativa como fundamento para a proteção de dados pessoais.

Agrava ainda mais este quadro o fato de que o universo digital tende a eternizar as informações a ele apresentadas, de modo que dados pessoais vazados, sendo eles sensíveis ou não, se tornam sujeitos à apropriação e manipulação por tempo indeterminado. Assim, além dos danos já sofridos, há iminência de dano futuro. Por tal razão, se torna complexa a atribuição do ônus da prova ao titular dos dados.

Neste momento, se poderia questionar se o vazamento de dados, nos termos narrados acima, realmente provoca sofrimento apto a ensejar danos morais. Entretanto, entende-se que a ideia de dano moral como sinônimo de dor emocional precisa ser revista.

O dano moral não se confunde, portanto, com sofrimento, dor, angústia ou humilhação, tendo em vista que estes estados são, na verdade, a consequência do

dano, variáveis a cada caso, tendo em vista que cada indivíduo sente de uma forma (GONÇALVES, 2018).

Em consonância, Couto (2023) aborda que o dano moral deve ser considerado enquanto violação a um interesse existencial juridicamente tutelado, não como sofrimento emocional. Assim, o vazamento de dados pessoais ensejaria danos morais sem a necessidade de comprovação de sofrimento pelo titular dos dados, posto que o dano decorre diretamente da violação.

No que tange ao julgamento do Recurso Especial nº 2.130.619/SP, pela Terceira Turma, a Ministra Relatora Nancy Andrighi, acompanhada pelos demais, compreendeu que não é necessário comprovar os danos morais em caso de disponibilização e comercialização de dados pessoais sem o consentimento do titular dos dados. Em outras palavras, o tratamento irregular de dados pessoais enseja danos morais *in re ipsa*.

Entende-se como acertada a referida decisão, tendo em vista que reflete a proteção constitucional aos dados pessoais, além de considerar que os danos morais não se confundem com sofrimento emocional, se constituindo a partir da violação a um interesse existencial juridicamente tutelado, no caso, o vazamento de dados pessoais.

Apesar da existência de decisões acertadas no STJ, a exemplo da apresentada acima, cabe reconhecer que o julgamento do AREsp nº 2.130.619/SP, proferido depois da promulgação da LGPD e da Emenda Constitucional nº 115/2022, representa perigoso precedente em matéria de proteção de dados pessoais, especificamente quanto à sua repercussão empresarial.

Isso porque a imposição ao titular de dados pessoais do ônus de comprovar dano moral em caso de vazamento, divulgação ou comercialização de dados pessoais não sensíveis tende a reduzir a efetividade da proteção jurídica em matéria de dados pessoais.

Dessa forma, a empresa infratora, que expôs a risco seu consumidor e prestou serviço defeituoso, se beneficia diretamente de decisões contrárias ao reconhecimento de danos morais *in re ipsa* provenientes do vazamento de dados pessoais.

Isso porque, ao realizar o cálculo empresarial de benefícios e malefícios derivados do descumprimento de normas jurídicas, a necessidade do titular de dados de comprovar os danos morais para ter direito à indenização se torna uma variável que pende para a impunidade da empresa infratora e, conseqüentemente, para o descumprimento da norma.

Dessa forma, a flexibilização excessiva pela seção de direito público (Segunda Turma), conforme exposto no AREsp nº 2.130.619/SP pode levar à menor proteção do consumidor e, por sua vez, incentivar que empresas descumpram a norma, pelo aumento da probabilidade de indeferimento da pretensão indenizatória.

Deveria, dessa forma, o Estado-juiz se atentar às conseqüências práticas de suas decisões, em razão da função pedagógica do dano moral, o que se desconsidera ao atribuir ao titular de dados o ônus de comprovar os danos morais sofridos, sendo este ônus de difícil desincumbência se tratando de vazamento de dados pessoais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo buscou responder o problema de pesquisa: considerando que organizações empresariais realizam um cálculo para avaliar se cumprirão ou não as normas jurídicas, de que forma a discussão travada no Superior Tribunal de Justiça sobre a existência de dano moral *in re ipsa* pelo vazamento de dados pessoais não sensíveis influencia nas condutas empresariais?

Para isso, o primeiro capítulo teve como objetivo específico apresentar a relação entre as possibilidades de sancionamento e as condutas efetivamente adotadas pelos empresários quanto ao cumprimento de normas jurídicas, concluindo-se que os empresários promovem verdadeiro cálculo de benefícios e malefícios derivados do descumprimento da norma, fenômeno denominado violação eficiente do direito.

No segundo capítulo, objetivou-se estudar a proteção jurídica dos dados pessoais não sensíveis no Ordenamento Brasileiro, a partir de sua diferenciação com os dados não sensíveis. Atingiu-se a conclusão de que a opção terminológica do art. 5º, LXXIX, da CR/88 pela proteção de dados pessoais de forma geral, e não apenas de dados pessoais sensíveis, deve ser compreendida no sentido de que inexistente dado pessoal irrelevante em um contexto de sociedade de informação, havendo ampla proteção constitucional.

No terceiro capítulo, em seu primeiro tópico, buscou-se investigar a discussão travada no Superior Tribunal de Justiça quanto à existência de dano moral *in re ipsa* pelo vazamento de dados pessoais não sensíveis, a partir da exposição de duas decisões antagônicas. No julgamento do Recurso Especial nº 1.758.799/MG, entendeu-se pela existência de danos morais *in re ipsa* em caso de disponibilização e comercialização de dados pessoais. Já na decisão em Agravo em Recurso Especial nº 2.130.619/SP, entendeu a 2ª Turma que é do titular de dados pessoais o ônus da prova quanto aos danos morais em caso de vazamento de dados, inexistindo, assim, danos morais *in re ipsa*.

Já no segundo tópico, intentou-se avaliar as potenciais consequências nas atitudes empresariais a partir da adoção de um ou outro posicionamento pelo Tribunal, concluindo-se que, caso o STJ, considerando o marco teórico deste estudo, consolide o entendimento de que não há danos morais *in re ipsa* em caso de vazamento ou tratamento irregular de dados pessoais, a proteção de dados pessoais perderá parte de sua eficiência em dados pessoais.

Como contribuição prática, intentou-se demonstrar as consequências que devem ser levadas em consideração pelo Superior Tribunal de Justiça no momento de fixar seu entendimento, tendo em vista o fato de que o abrandamento da responsabilização de empresas pelo tratamento inadequado de dados pessoais representa uma variável – durante o cálculo empresarial – que pende para o descumprimento das normas jurídicas.

Assim, o entendimento pela inexistência de dano moral *in re ipsa* em caso de vazamento de dados pessoais, pela seção de direito público, conforme exposto no

AREsp nº 2.130.619/SP, acarreta a redução da preocupação com o adequado tratamento de dados pessoais, tendo em vista a maior chance de impunidade do violador, o que possibilita o aumento dos casos de violação.

Por todo o exposto, deve o Poder Judiciário considerar o efeito pedagógico dos danos morais no momento de fixar seu entendimento, de modo a verdadeiramente inibir condutas lesivas, ainda mais em matéria de dados pessoais, que dialoga diretamente com os direitos à privacidade e à livre autodeterminação informativa. Atribuir ao titular de dados o ônus de comprovar os danos morais sofridos representa ir de encontro a essa lógica, prejudicando o elo mais vulnerável da relação consumerista e incentivando condutas socialmente lesivas.

REFERÊNCIAS

BRASIL. (Constituição [1988]). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, [2023]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 set. 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília: Presidência da República, [2023]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 14 set. 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília: Presidência da República, [2022]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 19 set. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Especial nº 2.130.619/SP**. Relator: Francisco Falcão - Segunda Turma. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 09 mar. 2023. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=178204788&num_registro=202201522622&data=20230310&tipo=5&formato=PDF. Acesso em 11 set. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Informativo nº 660**. REsp 1.758.799-MG. Configura dano moral *in re ipsa* a ausência de comunicação acerca da disponibilização/ comercialização de informações pessoais em bancos de dados do consumidor. Brasília, 06 dez. 2019. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?aplicacao=informativo&acao=pesquisar&livre=@cnot=017361>). Acesso em 19 set. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Informativo nº 766**. AREsp 2.130.619-SP. O vazamento de dados pessoais não gera dano moral presumido. Brasília, 14 mar. 2023. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisarumaedio&livre=0766.cod>. Acesso em 27 set. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.758.799/MG**. Relatora: Nancy Andrichi - Terceira Turma. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 19 nov. 2019. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1888267&num_registro=201700065219&data=20191119&formato=PDF. Acesso em: 11 set. 2023.

COUTO, José Henrique de Oliveira. Vazamentos de dados e dano moral '*in re ipsa*': comentários ao Agravo em Recurso Especial nº 2.130.619/SP. **Revista IBERC**, Belo Horizonte, v. 6, n. 2, p. 171-188, mai./ago. 2023. Disponível em: <https://revistaiberc.responsabilidadecivil.org/iberc/article/view/258>. Acesso em 23 set. 2023.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 13ª ed., p. 388, Editora Saraiva, São Paulo, 2018.

MIRAGEM, Bruno. A Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018) e o direito do consumidor. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 1009, p. 173-222, nov. 2019. Disponível em: <https://www.brunomiragem.com.br/wp-content/uploads/2020/06/002-LGPD-e-o-direito-do-consumidor.pdf>. Acesso em 26 set. 2023.

NEGRI, Sergio Marcos Carvalho de Ávila; KORKMAZ, Maria Regina Detoni Cavalcanti Rigolon. A normatividade dos dados sensíveis na Lei Geral de Proteção de Dados: ampliação conceitual e proteção da pessoa humana. **Revista de Direito, Governança e Novas Tecnologia**, Goiânia, v. 5, n. 1, p. 63-85, jan./jun. 2019. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/revistadgnt/article/view/5479/pdf>. Acesso em 18 set. 2023.

PEREIRA, Carlos André Maciel Pinheiro; DANTAS, Lara Helen Ferreira. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e os impactos na publicidade comportamental: uma análise direcionada ao marketing digital e compliance. **Revista de Filosofia do Direito, do Estado e da Sociedade**, v. 13, n. 1, p. 80-100, 29 abr. 2022. Disponível em: <http://www.revistafides.ufrn.br/index.php/br/article/view/623>. Acesso em 23 set. 2023.

REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. Proteção de dados como direito fundamental na Constituição Federal Brasileira de 1988: contributo para a construção de uma dogmática constitucionalmente adequada. **Direitos Fundamentais & Justiça**, Belo Horizonte, a. 14, n. 42, p. 179-218, jan./jun. 2020. Disponível em: <https://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/875/985>. Acesso em: 13 set. 2023.

TEPEDINO, Gustavo; TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. O consentimento na circulação de dados pessoais. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, v. 25, p. 83-116, jul./set. 2020. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/download/521/389/1918>. Acesso em 25 set. 2023.

UCHIMURA, Guilherme Cavicchioli. A assim chamada violação eficiente do direito: uma crítica marxista à Análise Econômica do Direito. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 14, n. 2, p. 886-914, 2023. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdp/a/Ynrvtpz6ryX5nbXL78PTgyP/>. Acesso em 12 set. 2023.

UCHIMURA, Guilherme Cavicchioli; LIMA, Iara Vigo de. Direito, violação e tecnicidade: a Análise Econômica do Direito nas concepções de Coase e Brown. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 4, p. 2143-2170, 2018. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdp/a/zD88xKkzb37bSkfVbcKRK8C/>. Acesso em 12 set. 2023.

VERDÚ, Pablo Lucas. **O sentimento constitucional**: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.