

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE GOIÁS
UNIDADE ACADÊMICA ESPECIAL DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
GRADUAÇÃO EM DIREITO**

LUIZ HENRIQUE RODRIGUES GONÇALVES FERREIRA

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO FRENTE À LEI GERAL DE
PROTEÇÃO DE DADOS (LEI Nº 13.709/2018)**

**Cidade de Goiás
2021**



UNIVERSIDADE FEDERAL DE GOIÁS
UNIDADE ACADÊMICA ESPECIAL DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS

TERMO DE CIÊNCIA E DE AUTORIZAÇÃO PARA DISPONIBILIZAR VERSÕES ELETRÔNICAS DE TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO DE GRADUAÇÃO NO REPOSITÓRIO INSTITUCIONAL DA UFG

Na qualidade de titular dos direitos de autor, autorizo a Universidade Federal de Goiás (UFG) a disponibilizar, gratuitamente, por meio do Repositório Institucional (RI/UFG), regulamentado pela Resolução CEPEC no 1240/2014, sem ressarcimento dos direitos autorais, de acordo com a Lei no 9.610/98, o documento conforme permissões assinaladas abaixo, para fins de leitura, impressão e/ou download, a título de divulgação da produção científica brasileira, a partir desta data.

O conteúdo dos Trabalhos de Conclusão dos Cursos de Graduação disponibilizado no RI/UFG é de responsabilidade exclusiva dos autores. Ao encaminhar(em) o produto final, o(s) autor(a)(es)(as) e o(a) orientador(a) firmam o compromisso de que o trabalho não contém nenhuma violação de quaisquer direitos autorais ou outro direito de terceiros.

1. Identificação do Trabalho de Conclusão de Curso de Graduação (TCCG)

Nome(s) completo(s) do(a)(s) autor(a)(es)(as): **Luiz Henrique Rodrigues Gonçalves Ferreira**

Título do trabalho: **RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO FRENTE À LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS (LEI Nº 13.709/2018)**

2. Informações de acesso ao documento (este campo deve ser preenchido pelo orientador) Concorda com a liberação total do documento [X] SIM [] NÃO¹

[1] Neste caso o documento será embargado por até um ano a partir da data de defesa. Após esse período, a possível disponibilização ocorrerá apenas mediante: a) consulta ao(à)(s) autor(a)(es)(as) e ao(à) orientador(a); b) novo Termo de Ciência e de Autorização (TECA) assinado e inserido no arquivo do TCCG. O documento não será disponibilizado durante o período de embargo.

Casos de embargo:

- Solicitação de registro de patente;
- Submissão de artigo em revista científica;
- Publicação como capítulo de livro.

Obs.: Este termo deve ser assinado no SEI pelo orientador e pelo autor.



Documento assinado eletronicamente por **Bruna Pinotti Garcia Oliveira, Professora do Magistério Superior**, em 13/11/2021, às 10:24, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no § 3º do art. 4º do [Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020](#).



Documento assinado eletronicamente por **LUIZ HENRIQUE RODRIGUES GONÇALVES FERREIRA, Discente**, em 13/11/2021, às 10:47, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no § 3º do art. 4º do [Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020](#).

A autenticidade deste documento pode ser conferida no site



https://sei.ufg.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **2489323** e o código CRC **CB6703BE**.

Referência: Processo nº 23070.055791/2021-10

SEI nº 2489323

LUIZ HENRIQUE RODRIGUES GONÇALVES FERREIRA

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO FRENTE À LEI GERAL DE
PROTEÇÃO DE DADOS (LEI Nº 13.709/2018)**

Monografia jurídica apresentada à Unidade Acadêmica Especial de Ciências Sociais Aplicadas da Regional Goiás da Universidade Federal de Goiás, como trabalho de conclusão de curso e bacharelado em Direito, sob a orientação da Profa. Dra. Bruna Pinotti Garcia Oliveira.

**Cidade de Goiás
2021**

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor, através do Programa de Geração Automática do Sistema de Bibliotecas da UFG.

Ferreira, Luiz Henrique Rodrigues Gonçalves
RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO FRENTE À LEI
GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS (LEI Nº 13.709/2018) [manuscrito]
/ Luiz Henrique Rodrigues Gonçalves Ferreira. - 2021.
63 f.

Orientador: Profa. Dra. Bruna Pinotti Garcia Oliveira.
Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) - Universidade
Federal de Goiás, Unidade Acadêmica Especial de Ciências
Sociais Aplicadas, Direito, Cidade de Goiás, 2021.

1. Responsabilidade civil. 2. Dados pessoais. 3. Responsabilidade
civil do advogado. 4. Tratamento de dados pessoais. I. Oliveira, Bruna
Pinotti Garcia, orient. II. Título.

CDU 347



UNIVERSIDADE FEDERAL DE GOIÁS
UNIDADE ACADÊMICA ESPECIAL DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS

ATA DE DEFESA DE TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Aos 29 dias do mês de outubro do ano de 2.021 iniciou-se a sessão pública de defesa do Trabalho de Conclusão de Curso (TCC) intitulado “RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO FRENTE À LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS (LEI Nº 13.709/2018)”, de autoria de LUIZ HENRIQUE RODRIGUES GONÇALVES FERREIRA, do curso de Direito, da Unidade Acadêmica Especial de Ciências Sociais Aplicadas da UFG. Os trabalhos foram instalados pela presidente, Profa. Dra. Bruna Pinotti Garcia Oliveira – orientadora (UAECSA/UFG) com a participação dos demais membros da Banca Examinadora: Profa. Dra. Sofia Alves Valle Ornelas (UAECSA/UFG) e Profa. Ma. Flávia Ribeiro da Silva. Após a apresentação, a banca examinadora realizou a arguição do estudante. Posteriormente, de forma reservada, a Banca Examinadora deliberou e considerou o TCC aprovado.

Proclamados os resultados, os trabalhos foram encerrados e, para constar, lavrou-se a presente ata que segue assinada pelos Membros da Banca Examinadora.



Documento assinado eletronicamente por **Bruna Pinotti Garcia Oliveira, Professora do Magistério Superior**, em 13/11/2021, às 10:07, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no § 3º do art. 4º do [Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020](#).



Documento assinado eletronicamente por **FLÁVIA RIBEIRO DA SILVA, Usuário Externo**, em 13/11/2021, às 10:26, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no § 3º do art. 4º do [Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020](#).



Documento assinado eletronicamente por **Sofia Alves Valle Ornelas, Professora do Magistério Superior**, em 13/11/2021, às 12:15, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no § 3º do art. 4º do [Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site https://sei.ufg.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **2489311** e o código CRC **2B83AFD6**.

Este trabalho é dedicado aos meus pais, meu irmão e às minhas avós, que sempre me apoiaram e me deram forças para continuar nesta trajetória da graduação.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus professores da graduação, em especial à Professora Dra. Bruna Pinotti, que me despertou o desejo de me tornar um pesquisador na área do Direito, por toda dedicação durante esses cinco anos, sobretudo neste período de Ensino Remoto Emergencial (ERE). Eles demonstraram que são verdadeiros guerreiros e também exemplos a serem seguidos.

Agradeço eternamente à Universidade Federal de Goiás, Regional Goiás, que durante esses cinco anos ajudou a formar a pessoa que sou hoje: alguém que está sempre querendo estudar mais e buscar mais conhecimento com o intuito de mudar, nem que seja um pouco, a realidade em que vivemos. Além disso, agradeço à UFG por ter me tirado da zona de conforto e me mostrado que a realidade é injusta e cruel, mas nós não podemos desistir, devemos sempre lutar pelos ideais nos quais acreditamos.

Ademais, gostaria de agradecer aos meus pais Valquiria Rodrigues da Silva e Luiz Carlos Gonçalves Ferreira, que contribuíram de forma inestimável para a minha criação e pelo incentivo que me deram para continuar a estudar, oportunidade que infelizmente não tiveram. Sem eles eu não seria ninguém.

Por fim, gostaria de agradecer a todos os meus amigos que me acompanharam nessa caminhada: desde o Ensino Médio até a Universidade. Obrigado por fazerem parte desse ciclo importante da minha vida.

RESUMO

O presente trabalho, valendo-se do método dedutivo, tem como objetivo expor sobre o sistema de responsabilidade civil adotado pela Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018) nas atividades desenvolvidas pelos advogados. Inicialmente, foi estabelecido o conceito de dado pessoal bem como a sua abrangência para fins de aplicação da LGPD. Logo após, foi explanado sobre a proteção de dados pessoais como direito fundamental a partir da perspectiva da proteção de dados ser projetada também como meio de garantir os direitos de privacidade dos indivíduos. Em contrapartida, foi explicado sobre os conceitos básicos da responsabilidade civil disposta na doutrina civilista nacional, englobando assim todos os elementos bases bem como a distinção entre os meios de responsabilidade que existem na legislação pátria: subjetiva e objetiva; contratual e extracontratual. Ademais, foi feita uma explicação sobre os deveres que o advogado deve ter durante a atuação da sua função, bem como a responsabilidade frente aos seus clientes e a terceiros. Concluindo, foi suscitado sobre o que vem a ser ato ilícito para ser responsabilizado perante a LGPD bem como os deveres que os agentes de tratamentos, incluído aqui também o papel que o advogado deve ter no tratamento de dados pessoais. Por fim, faz uma comparação entre as principais teses que tentam definir a responsabilidade na LGPD como subjetiva ou objetiva, demonstrando assim, qual melhor tese se apresenta mais adequada diante do ordenamento jurídico.

Palavras-chaves: Responsabilidade civil. Dados pessoais. Responsabilidade civil do advogado. Tratamento de dados pessoais.

ABSTRACT

The present work, using the deductive method, aims to expose the civil liability system adopted by the General Data Protection Law (Law n° 13.709/2018) in the activities developed by the lawyer. Thus, first, the concept of personal data was established, as well as its scope for the purposes of applying the LGPD. Soon after, it was explained about the protection of personal data as a fundamental right, from the perspective of data protection being designed also as a means of guaranteeing the personality rights of individuals. On the other hand, the basic concepts of civil liability provided for in the national civil doctrine were explained, thus encompassing all the basic elements as well as the distinction between the means of liability that exist in the national legislation: subjective and objective; contractual and non-contractual. In addition, an explanation was also made about the duties that the lawyer must have during the performance of his role, as well as the responsibility that the lawyer has towards its clients and third parties. In conclusion, it was raised about what constitutes an unlawful act to be held liable before the LGPD, as well as the duties that processing agents, including here the figure of the lawyer, must have in the processing of personal data. Finally, it makes a comparison between the main theses that try to define responsibility in the LGPD as subjective or objective, thus demonstrating which thesis is better suited to the legal system.

Keywords: Civil liability. Personal data. Attorney's civil liability. Processing of personal data.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 O DIREITO À PROTEÇÃO DE DADOS E A LEI Nº 13.709/2018	12
1.1 Dados: conceito e abrangência.....	12
1.2 Proteção de dados como direito fundamental	16
1.3 Proteção de dados na Lei nº 13.709/2018	23
2 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO E OS DEVERES DA ADVOCACIA	29
2.1 Breve histórico sobre a responsabilidade civil.....	29
2.2 Elementos/presupostos da responsabilidade civil	31
2.2.1 Conduta Humana.....	31
2.2.2 Dano	32
2.2.3 Nexo de Causalidade.....	33
2.3 Espécies de responsabilidade civil.....	34
2.4 Responsabilidade civil do profissional autônomo	37
2.5 Deveres do advogado no exercício da profissão.....	38
2.6 Responsabilidade civil do advogado.....	42
3 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO FRENTE À LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS (LEI Nº 13.709/2018)	46
3.1 Deveres do advogado em relação à proteção de dados.....	47
3.2 Ato ilícito decorrente da violação de proteção de dados no exercício da advocacia	51
3.3 Responsabilidade civil do advogado por violação de proteção de dados: objetiva ou subjéitiva?	53
CONCLUSÃO	59
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	61

INTRODUÇÃO

A sociedade do século XXI é conhecida como a sociedade da informação. Isso porque os avanços tecnológicos, principalmente nas áreas de comunicação, têm proporcionado uma maior disseminação das informações. Desse modo, a todo instante, as pessoas conseguem ter acesso a tudo que acontece do outro lado do mundo em tempo real.

Esse desenvolvimento tecnológico tem alterado a forma como a sociedade está organizada. Um exemplo disso são as relações de consumo que, devido à pandemia, entraram em plena ascensão. Tornou-se comum comprar em lojas virtuais por meio de domínios na internet, o que possibilitou às pessoas comprarem no conforto de suas casas. Para que estas transações possam acontecer, é necessário que haja confiabilidade no sistema de segurança dos sites. Devido à preocupação com a segurança dos dados disponibilizados, foi editada no Brasil a Lei nº 13.709/2018: a Lei Geral de Proteção de Dados. Tal lei tem o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade, possibilitando o livre desenvolvimento da pessoa humana.

É importante analisar a questão da proteção de dados por parte dos advogados, tendo em vista que a LGPD também protege o tratamento de dados para fins de processos judiciais e administrativos. Segundo a Constituição Federal de 1988, o advogado é essencial para a manutenção da justiça, exercendo assim, um *múnus* público. Para tanto, no exercício do *múnus* público o advogado mexe a todo instante com dados sensíveis dos seus clientes assim como da outra parte também. Fica claro que o advogado além de se responsabilizar pelo Código Civil, pelo Estatuto da Advocacia, pelo Código de Defesa do Consumidor, pode ainda ser responsabilizado pela Lei Geral de Proteção de Dados nos casos em que não são observados os deveres dispostos pela própria legislação.

Em relação à referida lei de proteção de dados nos artigos 42 a 45, se estabelece a responsabilidade dos agentes tratadores dos dados pessoais, aplicáveis assim aos advogados também. Portanto, se faz necessário analisar os aspectos desta modalidade de responsabilidade que abrange todas as pessoas que estejam envolvidas diretamente com o manuseio de dados sensíveis, com foco na responsabilidade do advogado frente à LGPD.

O trabalho se desenvolve pelo método dedutivo, utilizando como procedimentos técnicos as análises bibliográficas e documentais, tendo por objetivo geral elucidar sobre os elementos da responsabilidade civil do advogado frente à LGPD.

1 O DIREITO À PROTEÇÃO DE DADOS E A LEI Nº 13.709/2018

1.1 Dados: conceito e abrangência

Antes de começar a análise sobre as nuances relacionadas à proteção de dados disposta na Lei nº 13.709/2018, é importante que se faça uma retomada histórica para compreender o desenvolvimento da proteção de dados assim como os conceitos dispostos na própria legislação para que se tenha uma compreensão da abrangência de proteção da LGPD.

A proteção de dados está ligada à ideia de proteção à privacidade. Nesse sentido, os debates doutrinários acerca do direito à privacidade são reflexos diretos dos novos meios tecnológicos, pois permitem que fatos relativos à vida privada das pessoas tenham uma maior divulgação (MENDES, 2014).

É importante destacar o papel fundamental que o desenvolvimento de novos meios de tecnologia tem como propulsor para o desenvolvimento do direito à privacidade e, conseqüentemente, a proteção de dados:

A partir das suas raízes fortemente vinculadas a uma tradição referente à privacidade e, de forma geral, ao fortalecimento dos direitos individuais, a proteção de dados pessoais começou a se estruturar com maior autonomia no momento em que o processamento automatizado de dados passou a representar, por si só, um fator de risco para o indivíduo. (DONEDA, 2021, p. 4)

Nesse sentido, percebe-se que, com novos meios de tecnologias, a privacidade dos indivíduos fica ameaçada, tendo em vista que tal desenvolvimento possibilita meios antes impensáveis de exposição da privacidade.

Esse debate doutrinário referente ao direito à privacidade começou no ordenamento jurídico norte-americano com um artigo intitulado “*The right to privacy*”, de Samuel Warren e Louis Brandeis em 1890. Os autores, como consequência do avanço tecnológico da época que possibilitou uma maior veiculação de informações e fotos por meio dos jornais, acabaram consagrando o direito de ser deixado só, ou seja, uma abstenção por parte do Estado/sociedade de interferir na esfera privada/individual de cada um.

Com o intuito de preservar o direito à privacidade dos indivíduos, Warren e Brandeis acabaram relacionando a proteção da inviolabilidade com a personalidade, rompendo assim com uma tradição no mundo jurídico da época, a qual vinculava a proteção à privacidade com a propriedade e não necessariamente com a proteção à intimidade do indivíduo em si:

O início desse debate acadêmico foi marcado fortemente pelo conceito de privacidade como barreira de acesso à vida privada do indivíduo, formando uma garantia de inviolabilidade e de imunidade quanto a certos aspectos da sua vida pessoal e da sua intimidade: uma liberdade individual negativa traduzida como o direito de ser deixado em paz/só. (MENDES; FONSECA, 2020, p.511)

Percebe-se que existe uma clara divisão entre duas esferas: a pública e a privada. Tem-se de um lado a esfera privada, marcada pela intimidade do indivíduo, exercida quase que exclusivamente no seu domicílio. Do outro lado, tem-se a esfera pública, um espaço no qual é exercida a cidadania do indivíduo por meio dos debates mais importantes para a sociedade (MENDES; FONSECA, 2020).

Contudo, percebe-se um maior desenvolvimento nos debates doutrinários e na legislação internacional sobre o alcance do direito à privacidade após a década de 1960. Isto se dá porque o Estado, no decorrer do século XX, sofreu mudanças drásticas nas suas funções, principalmente devido ao caráter democrático social que os Estados internacionais foram adquirindo. Com a preocupação do Estado com o bem estar social, o direito à privacidade foi perdendo seu caráter individualista e acabou ganhando contornos mais democráticos, possibilitando ao titular uma maior autonomia referente às próprias informações.

Nos Estados Unidos, em meados de 1960, houve uma proposta de construir uma base central para processamento de dados: o *National Data Center*. Tal projeto chamou bastante atenção da sociedade norte-americana, devido aos riscos que poderiam causar à sociedade. Assim, iniciou-se um debate intenso no Congresso norte-americano referente aos riscos desse sistema de processamento de dados frente à privacidade/liberdade da sociedade. Ao final do debate, os congressistas norte-americanos decidiram por não continuar com a implementação do projeto por representar um risco à privacidade dos indivíduos. Contudo, o *National Data Center* gerou consequências para a população norte-americana ao influenciar na elaboração de legislações entre 1970 e 1974. A primeira foi o *Fair Credit Reporting Act* (1970) voltado para os relatórios de créditos e dados pessoais, o segundo foi o *Privacy Act* (1974) voltado para a Administração Pública.

No mesmo período, na Europa, o debate referente à proteção de dados estava um pouco mais avançado, pois estava conseguindo estabelecer uma distinção entre a segurança da privacidade e a proteção de dados. Assim, foi promulgada a lei de proteção de dados do Estado alemão de Hessen, considerada como uma das primeiras legislações sobre o tema, além de trazer um modelo autônomo em comparação com a legislação até então vigente.

Tal mudança, como costuma ocorrer, foi demanda de seu próprio tempo e evidencia-se em detalhes que vão desde a sua nomenclatura – utilizou-se pela primeira vez o termo “proteção de dados” (*Datenschutz*), em vez de optar por fórmulas já estabelecidas na legislação alemã como o da *Datensicherung* ou *Datensicherheit*, ambas referentes à segurança da informação – até a verificação de que havia uma nova perspectiva concreta no direito à proteção de dados que ia além da segurança da informação da privacidade ou do sigilo. (DONEDA, 2021, p. 8)

A partir da lei de Hessen, vários outros países da Europa foram elaborando leis que tinham como objetivo assegurar ao indivíduo a proteção dos seus dados. Nesse sentido, a jurisprudência interveio visando uma proteção de dados pessoais. Uma decisão marcante para o cenário foi proferida pelo Tribunal Constitucional alemão no julgamento da “Lei do Recenseamento de população, profissão, moradia e trabalho”. Tal lei tinha como um dos propósitos a coleta de dados sobre moradia e profissão dos indivíduos. O objetivo da lei era utilizar os dados colhidos por um determinado órgão governamental, de forma compulsória, para auxiliar o Governo na formulação de políticas públicas (MENDES, 2014, p. 524).

No julgamento, o Tribunal conheceu a ação e declarou nulos alguns dispositivos da referida lei no que tange a transferência de dados pessoais. Na decisão, o Tribunal formulou o direito à autodeterminação da informação, no qual permitiu que o indivíduo tivesse controle da propagação dos próprios dados.

Assim, a Corte reconheceu a existência de um direito à autodeterminação informacional, formulado a partir do direito geral de personalidade e voltado a garantir ao cidadão o direito de controlar a amplitude da divulgação ou utilização de qualquer aspecto relacionado a sua personalidade por meio de seus dados pessoais. (DONEDA, 2021, p. 9)

Em 1995, com a consolidada União Europeia, foi editada a Diretiva 95/46/CE, que versava sobre a “proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados”, que veio a ser substituída pelo Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD), o qual influenciou diversas legislações, inclusive a Lei Geral de Proteção de Dados.

Após a retomada histórica, na qual foi possível perceber que a proteção de dados desenvolve-se ao lado da proteção da privacidade, que foi uma consequência dos novos meios de tecnologia, é necessário compreender o conceito do que vem a ser os “dados” para então compreender sua abrangência.

A Lei nº 13.709/2018, no seu artigo 5º, traz um extenso rol com 19 incisos nos quais estabelece conceitos que possuem relação com o âmbito de proteção da lei. Assim, de acordo com a finalidade do presente trabalho, serão expostos alguns conceitos trazidos pela legislação:

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

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

II – dado pessoal sensível: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural.

[...]

X – tratamento: toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração;

A partir da leitura do artigo, pode-se definir “dado” como qualquer informação que possa identificar um indivíduo, ou seja, o titular dos dados. No entanto, é importante trazer uma ressalva: os conceitos de dado e informação são constantemente utilizados como sinônimos, contudo são distintos, possuindo uma relação estreita um com o outro: “O dado é o estado primitivo da informação, pois não é algo *per se* que se acresce conhecimento. Dados são simplesmente *atos brutos* que, quando processados e organizados, se convertem em algo inteligível, podendo ser deles extraída uma informação”. (BIONI, 2021, p. 31-32)

Logo, a dinâmica funciona com a entrada de dados, que são fatos brutos ou pré-informações sobre determinado indivíduo. Após serem tratados e processados, é possível extrair uma informação útil, podendo ser utilizada de acordo com a conveniência da situação (BIONI, 2021, p. 32). Diante do exposto, é possível perceber que a abrangência da proteção de dados, disposta na Lei nº 13.709/2018, é bem ampla, abarcando todos os fatos brutos ou pré-informações que estejam intrinsecamente ligadas à proteção e à intimidade do indivíduo.

[...] a proteção de dados pessoais não se limita aos dados sensíveis, de modo que os níveis de proteção (e o correspondente rigor do escrutínio em termos de controle da legitimidade constitucional de alguma intervenção restritiva) são maiores quanto mais estiver em causa a esfera mais interna da privacidade, designadamente, a intimidade. (SARLET, 2021, p. 33)

É possível perceber que a LGPD confere uma proteção aos dados que possuam uma relação muito forte com a intimidade do indivíduo. Nesse sentido, Laura Schertel Mendes afirma que a proteção de dados: “[...] regula uma ordem de informação e comunicação, que é na sua essência multidimensional, na medida em que busca equilibrar os variados interesses de usos e os direitos de proteção, de defesa e de participação do indivíduo nos processos comunicativos”. (MENDES, 2014, p. 3431)

1.2 Proteção de dados como direito fundamental

O Direito, utilizado aqui de forma bem ampla/abstrata, possui como um dos objetivos organizar/estruturar as relações sociais existentes na sociedade, ou seja, estabelecer normas com o intuito de trazer uma segurança para as relações que acontecem no bojo social. Com o desenvolvimento dos meios de tecnologia e conseqüentemente de novos modelos de comunicação e de interação social, que possuem uma complexidade e dinamismo próprios da área tecnológica, o Direito tem o dever de estabelecer normas visando uma maior segurança e principalmente uma maior proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos. (SARLET, 2021). Entretanto, é importante trazer uma ressalva sobre o que vem a ser o direito fundamental e sua diferença em relação aos direitos humanos:

Nessa perspectiva, parte-se do pressuposto de que direitos humanos são aqueles reconhecidos e protegidos no âmbito do sistema internacional (universal e regional) dos tratados (convenções) de direitos humanos, editados pelos órgãos (organismos) competentes para tal efeito, ao passo que direitos fundamentais são aqueles (humanos ou não) consagrados – expressa ou implicitamente – na esfera do direito constitucional de cada Estado, mesmo que este não tenha ratificado, ou então aderido apenas em parte aos tratados internacionais. (SARLET, 2021, p. 24-25)

Segundo Flávio Martins (2020), os direitos humanos estão relacionados à seara do Direito Internacional, sendo previstos preferencialmente em tratados e convenções que visam estabelecer os direitos voltados à proteção da dignidade da pessoa humana, de forma que a sua eficácia depende da adesão ou não aos tratados. Em contrapartida, os direitos fundamentais são aqueles dispostos no direito constitucional de cada Estado, sendo eles direitos humanos ou não, que estabelecem uma proteção à pessoa humana.

Os direitos humanos possuem uma importância para o ordenamento pátrio na medida em que, quando são regulados em tratados ou convenções internacionais, podem ser

ratificados pelo Brasil, equivalendo a uma emenda à constituição conforme o disposto nos §§ 2º e 3º do artigo 5º da Constituição Federal:

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 seguintes termos:

[...]

§2º os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

§3º os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

No caso específico da proteção de dados, este ainda não se encontra previsto expressamente em nenhum tratado ou convenção que verse sobre direitos humanos no sistema de proteção ao qual o Brasil está vinculado, incluindo a Organização das Nações Unidas e a Organização dos Estados Americanos.

Diante disso, não tem como deixar de apresentar, conforme preleciona Ingo Sarlet (2021), a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, aprovada no âmbito dos países integrantes da União, mais especificamente o artigo 8º referente à proteção de dados pessoais. Apesar de ter sido aprovado por um organismo internacional, acaba não integrando o rol de direitos humanos por uma questão terminológica devido à escolha de Direitos Fundamentais e não de Direitos Humanos, tendo uma abrangência reduzida no âmbito da Europa. Já no cenário nacional, a perspectiva é um pouco diferente devido ao modo pelo qual a Constituição Federal de 1988 foi estabelecida:

Assim, no caso brasileiro (que, em maior ou menor medida, corresponde a outras experiências), existem direitos fundamentais sediados em outras partes do texto constitucional (fora do título próprio, ou seja, o catálogo de direitos em sentido estrito), mas também direitos não expressamente positivados, conquanto, deduzidos, na condição de direitos implícitos, dos princípios fundamentais ou mesmo de outros direitos [...] (SARLET, 2021, p. 27)

Diante do exposto, percebe-se que, mesmo não disposto expressamente no direito constitucional pátrio, diante da proteção que a carta magna concede à pessoa humana, é possível, utilizando da hermenêutica jurídica, estabelecer o direito à proteção de dados como sendo um direito fundamental. Assim, parte da doutrina defende a projeção da proteção de

dados frente ao direito de personalidade. Contudo, é importante conceituar os direitos da personalidade para compreender a sua relação:

A concepção dos direitos da personalidade apoia-se na ideia de que, a par dos direitos economicamente apreciáveis, destacáveis da pessoa de seu titular, como a propriedade ou o crédito contra um devedor, outros há, não menos valiosos e merecedores da proteção da ordem jurídica, inerentes à pessoa humana e a ela ligados de maneira perpétua e permanente. São direitos da personalidade, cuja existência tem sido proclamada pelo direito natural, destacando-se, dentre outros, o direito à vida, à liberdade, ao nome, ao próprio corpo, à imagem e à honra (GONÇALVES, 2021, p. 173).

Nesse sentido, Bruno Ricardo Bioni (2021) define que tais direitos são o conjunto de características nas quais é possível distinguir um indivíduo do outro, abrangendo tanto características corpóreas e incorpóreas, que visam uma projeção da pessoa. Assim, tais direitos tem como finalidade a proteção da individualidade de cada um frente à agressões que possam feri-los. Deste modo, é aceitável inserir o dado dentre as características que integram os direitos da personalidade.

E, nesse sentido, cada vez mais, as atividades de processamento de dados têm ingerência na vida das pessoas. Hoje vivemos em uma sociedade e uma economia que se orientam e movimentam a partir desses *signos identificadores* do cidadão.

Trata-se de um novo tipo de identidade e, por isso mesmo, tais *dossiês digitais* devem externar informações corretas para que seja fidedignamente *projetada* a identidade do titular daquelas informações.

Isso acaba por justificar *dogmaticamente* a inserção dos dados pessoais na categoria dos direitos da personalidade, assegurando, por exemplo, que uma pessoa exija a retificação de seus dados pessoais para que sua projeção seja precisa.

Por isso, os dados pessoais não estão relacionados somente com a privacidade, transitando dentre mais de uma das espécies dos direitos da personalidade. Tal construção dogmática é útil, pois é tal *ampliação normativa* que assegura o direito à retificação e de acesso aos dados e outras posições jurídicas próprias do direito à proteção dos dados pessoais. (BIONI, 2021, p. 57-58).

Portanto, pode-se afirmar que a proteção de dados é uma projeção do direito da personalidade, que tem como objetivo máximo a preservação da pessoa humana, garantindo assim, o livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo.

Desse modo, requer uma ampla reformulação no feixe de direitos e de garantias de forma que correspondam à proteção da personalidade no âmbito da sociedade informacional, mas que, com redobrada ênfase, atentem para os aspectos referentes ao uso dos dados pessoais, aos bens digitais e aos

inauditos aspectos sucessórios. Há, dessa maneira, uma elaboração que vai além dos contornos do direito à privacidade e que, por sua vez, toca em aspectos como o direito à revisão de decisões automatizadas, implicando necessariamente em uma relação, mais fidedigna quanto possível, entre os dados e a pessoa humana, isto é, em uma composição tanto clara quanto transparente em termo de garantia do direito de acesso, de revisão e de retificação. (RUARO; SARLET, 2021, p. 185).

Logo, conclui-se que a proteção de dados está intrinsecamente ligada à questão da proteção à pessoa humana, sendo um direito fundamental que deve ser assegurado.

Diante do exposto até aqui, percebe-se que há um trabalho doutrinário para assegurar que a proteção de dados seja elevada a um status de direito fundamental. Todavia, já possui um movimento legislativo para que seja previsto expressamente na Constituição.

A Proposta de Emenda à Constituição 17-A de 2019 pretende alterar a redação do inciso XII do artigo 5º e acrescentar o inciso XXX no artigo 22, ambos da Constituição Federal com a seguinte redação:

Art. 1º O inciso XII do art. 5º da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 5º [...]

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, bem como é assegurado, nos termos da lei, **o direito à proteção dos dados pessoais**, inclusive nos meios digitais;” (NR)

Art. 2º O caput do art. 22 da Constituição Federal passa a vigorar acrescido do seguinte inciso XXX:

“Art. 22. [...]

XXX – **proteção e tratamento de dados pessoais.**” (NR)

Art. 3º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.

Caso essa proposta seja aprovada pelo Congresso Nacional, o Brasil irá prever expressamente dentre o rol de direitos fundamentais o direito à proteção de dados pessoais, sendo mais um corolário da proteção à pessoa humana, além de estabelecer sobre a competência do ente federativo que poderá legislar sobre, que no caso é a própria União. Entretanto, o projeto está parado na Câmara dos Deputados esperando uma apreciação por parte do plenário.

É importante trazer o trabalho jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal referente a um caso emblemático que envolve a proteção de dados. No começo da Pandemia de Covid-19, em abril de 2020, o Governo Federal editou a Medida Provisória n. 954/2020 que

dispunha sobre o compartilhamento de dados por empresas de telecomunicações para o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas, que tinha como objetivo auxiliar as estatísticas no período de pandemia.

Assim, o artigo 2º da referida medida provisória tinha a seguinte redação:

Art. 2º As empresas de telecomunicação prestadoras do STFC e do SMP deverão disponibilizar à Fundação IBGE, em meio eletrônico, a relação dos nomes, dos números de telefone e dos endereços de seus consumidores, pessoas físicas ou jurídicas.

§ 1º Os dados de que trata o caput serão utilizados direta e exclusivamente pela Fundação IBGE para a produção estatística oficial, com o objetivo de realizar entrevistas em caráter não presencial no âmbito de pesquisas domiciliares.

Devido à previsão de compartilhamento de dados pessoais, quatro partidos políticos, incluindo o PSB, PSDB, PSol e PCdoB, além do Conselho Federal da OAB, ajuizaram cinco ADIs (6.387, 6.388, 6.389, 6.390 e 6.393) com o intuito de barrar a MP, alegando alguns pontos que iam de encontro a preceitos constitucionais. Além disso, as ADIs reforçaram a necessidade de se prever expressamente a proteção de dados no texto constitucional.

As ADIs alegavam que a medida provisória violava preceitos constitucionais de ordem formal e material. A MP viola preceitos formais ao não demonstrar a devida urgência e relevância para que seja editada. Além disso, viola preceitos materiais, pois o conteúdo da Medida Provisória estabelece normas que ferem alguns princípios básicos de proteção à pessoa humana como a vida privada, a honra, o sigilo de dados e a autodeterminação informativa. Ademais, alegavam que o caráter genérico da redação da norma poderia ser utilizado para restringir direitos fundamentais dispostos na carta magna. É nesse sentido, de abstração normativa, que a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) elaborou a Instrução Normativa nº 2 de 17 de abril de 2020, na qual reconheceu o alto grau de abstração da medida provisória e expôs algumas garantias que deveriam ser conhecidas para que a coleta, bem como o tratamento e/processamento desses dados fossem seguidos com mais clareza.:

De forma a reduzir o grau de abstração dessas considerações, entende-se que um mínimo para a condução do projeto envolve:

- a) A sólida instrumentalização da relação jurídica que será estabelecida entre o IBGE e cada uma das prestadoras de serviços de telecomunicações demandadas;
- b) A delimitação específica da finalidade do uso dos dados solicitados;

- c) A limitação das solicitações ao universo de dados estritamente necessários para o atingimento da finalidade;
- d) A delimitação do período de uso e da forma de descarte dos dados; e
- e) A aplicação de boas práticas de segurança, de transparência e de controle.

As ADIs, com fulcro no artigo 10, § 3º, Lei nº 9.868/1999, requereram a suspensão liminar da MP nº 954/2020. A decisão monocrática da relatora, devido à distribuição por dependência e por pugnarem pelo mesmo feito, foi reproduzida em todos os autos afetos, valendo destacar alguns pontos que reforçam que a proteção de dados é uma projeção do direito de personalidade e conseqüentemente a proteção da dignidade da pessoa humana:

Não se subestima a gravidade do cenário de urgência decorrente da crise sanitária nem a necessidade de formulação de políticas públicas que demandam dados específicos para o desenho dos diversos quadros de enfrentamento. O seu combate, todavia, não pode legitimar o atropelo de garantias fundamentais consagradas na Constituição. (BRASIL, 2020)

Nesse sentido, a liminar concede uma interpretação frente ao conceito de dados pessoais dispostos na Lei Geral de Proteção de Dados:

O art. 2º da MP n. 954/2020 impõe às empresas prestadoras do Serviço Telefônico Fixo Comutado – STFC e do Serviço Móvel Pessoal – SMP o compartilhamento, com a Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, da relação de nomes, números de telefone e endereços de seus consumidores, pessoas físicas ou jurídicas.

Tais informações, relacionadas à identificação – efetiva ou potencial – de pessoa natural, configuram dados pessoais e integram, nessa medida, o âmbito de proteção das cláusulas constitucionais assecuratórias da liberdade individual (art. 5º, caput), da privacidade e do livre desenvolvimento da personalidade (art. 5º, X e XII). Sua manipulação e tratamento, desse modo, hão de observar, sob pena de lesão a esses direitos, os limites delineados pela proteção constitucional.

Decorrências dos direitos da personalidade, o respeito à privacidade e à autodeterminação informativa foram positivados, no art. 2º, I e II, da Lei nº 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais), como fundamentos específicos da disciplina da proteção de dados pessoais.

O Supremo Tribunal Federal considerou que os dados nos quais é possível identificar uma pessoa e que podem ser usados para formação de banco de dados, seja para o Estado seja para empresas privadas, merecem uma proteção constitucional digna para assegurar o desenvolvimento da personalidade individual:

MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. REFERENDO. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 954/2020. EMERGÊNCIA DE SAÚDE PÚBLICA DE IMPORTÂNCIA INTERNACIONAL DECORRENTE DO NOVO CORONAVÍRUS (COVID-19). COMPARTILHAMENTO DE DADOS DOS USUÁRIOS DO SERVIÇO TELEFÔNICO FIXO COMUTADO E DO SERVIÇO MÓVEL PESSOAL, PELAS EMPRESAS PRESTADORAS, COM O INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. FUMUS BONI JURIS. PERICULUM IN MORA. DEFERIMENTO. 1. Decorrências dos direitos da personalidade, o respeito à privacidade e à autodeterminação informativa foram positivados, no art. 2º, I e II, da Lei nº 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais), como fundamentos específicos da disciplina da proteção de dados pessoais. 2. Na medida em que relacionados à identificação – efetiva ou potencial – de pessoa natural, o tratamento e a manipulação de dados pessoais hão de observar os limites delineados pelo âmbito de proteção das cláusulas constitucionais assecuratórias da liberdade individual (art. 5º, caput), da privacidade e do livre desenvolvimento da personalidade (art. 5º, X e XII), sob pena de lesão a esses direitos. O compartilhamento, com ente público, de dados pessoais custodiados por concessionária de serviço público há de assegurar mecanismos de proteção e segurança desses dados. 3. O Regulamento Sanitário Internacional (RSI 2005) adotado no âmbito da Organização Mundial de Saúde exige, quando essencial o tratamento de dados pessoais para a avaliação e o manejo de um risco para a saúde pública, a garantia de que os dados pessoais manipulados sejam “adequados, relevantes e não excessivos em relação a esse propósito” e “conservados apenas pelo tempo necessário.” (artigo 45, § 2º, alíneas “b” e “d”). 4. Consideradas a necessidade, a adequação e a proporcionalidade da medida, não emerge da Medida Provisória nº 954/2020, nos moldes em que editada, interesse público legítimo no compartilhamento dos dados pessoais dos usuários dos serviços de telefonia. 5. Ao não definir apropriadamente como e para que serão utilizados os dados coletados, a MP nº 954/2020 desatende a garantia do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF), na dimensão substantiva, por não oferecer condições de avaliação quanto à sua adequação e necessidade, assim entendidas como a compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas e sua limitação ao mínimo necessário para alcançar suas finalidades. 6. *Ao não apresentar mecanismo técnico ou administrativo apto a proteger, de acessos não autorizados, vazamentos acidentais ou utilização indevida, seja na transmissão, seja no tratamento, o sigilo, a higidez e, quando o caso, o anonimato dos dados pessoais compartilhados, a MP nº 954/2020 descumpre as exigências que exsurgem do texto constitucional no tocante à efetiva proteção dos direitos fundamentais dos brasileiros.* 7. Mostra-se excessiva a conservação de dados pessoais coletados, pelo ente público, por trinta dias após a decretação do fim da situação de emergência de saúde pública, tempo manifestamente excedente ao estritamente necessário para o atendimento da sua finalidade declarada. 8. Agrava a ausência de garantias de tratamento adequado e seguro dos dados compartilhados a circunstância de que, embora aprovada, ainda não vigora a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei nº 13.709/2018), definidora dos critérios para a responsabilização dos agentes por eventuais danos ocorridos em virtude do tratamento de dados pessoais. O fragilizado ambiente protetivo impõe cuidadoso escrutínio sobre medidas como a implementada na MP nº 954/2020. 9. O cenário de urgência decorrente da crise sanitária deflagrada pela pandemia global da COVID-19 e a necessidade de formulação de políticas públicas que demandam dados específicos para o desenho dos diversos quadros de enfrentamento não

podem ser invocadas como pretextos para justificar investidas visando ao enfraquecimento de direitos e atropelo de garantias fundamentais consagradas na Constituição. 10. Fumus boni juris e periculum in mora demonstrados. Deferimento da medida cautelar para suspender a eficácia da Medida Provisória nº 954/2020, a fim de prevenir danos irreparáveis à intimidade e ao sigilo da vida privada de mais de uma centena de milhão de usuários dos serviços de telefonia fixa e móvel. 11. Medida cautelar referendada. (BRASIL, 2020)

Vale trazer um trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes que deixa claro que cabe ao Supremo Tribunal Federal, valendo-se da hermenêutica jurídica, buscar ao máximo a proteção das garantias individuais, fazendo com que a Constituição Federal tenha força normativa frente aos novos desafios.

Todo esse contexto nos indica que decisões críticas para o Estado de Direito estão sendo cada vez mais substituídas por mecanismos automatizados. Em outras palavras, de forma bem direta: *vivemos na era das escolhas de Sofia automatizadas*. Independente do acerto ou desacerto dessas decisões automatizadas, é inequívoco que a proteção dos valores estruturante da nossa democracia constitucional requer que o Direito atribua elementos de transparência e controle que preservem o exercício da cidadania.

É por isso que, para muito além do mero debate sobre o sigilo comunicacional, *este Tribunal deve reconhecer que a disciplina jurídica do processamento e da utilização da informação acaba por afetar o sistema de proteção de garantias individuais como um todo*.

O quadro fático contemporâneo deve ser internalizado na leitura e aplicação da Constituição Federal de 1988. Aliás, ousaria a dizer que *nunca foi estranha à jurisdição constitucional a ideia de que os parâmetros de proteção dos direitos fundamentais devem ser permanentemente abertos à evolução tecnológica*.

Mesmo que não tenha uma previsão expressa na Constituição Federal, há um trabalho doutrinário e jurisprudencial para equiparar a proteção de dados frente aos direitos fundamentais devido à sua relação intrínseca com o desenvolvimento da personalidade do indivíduo. Tal equiparação se torna essencial frente à realidade que o Brasil vive hoje, na qual há um enorme desenvolvimento frente às novas tecnologias que são desenvolvidas e consequentemente maiores são os riscos às exposições que os indivíduos podem sofrer.

1.3 Proteção de dados na Lei nº 13.709/2018

Diante do exposto, percebe-se que dado pessoal é qualquer informação que possui um potencial de identificar um indivíduo. Conforme debates doutrinários e jurisprudenciais, a

proteção dos dados pessoais possui uma relação intrínseca com os direitos da personalidade e com a dignidade da pessoa humana.

Após compreender as nuances sobre o conceito de dado pessoal e sua caracterização como um direito fundamental, se faz necessário compreender a abrangência da proteção concedida aos dados pela Lei Geral de Proteção de Dados:

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.

Como dito anteriormente, a tutela de proteção de dados veio com o objetivo de assegurar a máxima proteção de direitos, como a privacidade e a honra, aos indivíduos. O desenvolvimento tecnológico e o deslocamento de quase todas as formas de comunicação para o meio digital, que ocorreram a partir do aumento da globalização, passaram a demandar uma lei específica para proteger os dados. Nesse contexto, surge a LGPD, cujo primeiro artigo garante uma proteção bem ampla do tratamento de dados tanto na esfera pública quanto na esfera privada:

Art. 3º Esta lei aplica-se a qualquer operação de tratamento realizada por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, independentemente do meio, do país de sua sede ou do país onde estejam localizados os dados, desde que:

- I – a operação de tratamento seja realizada no território nacional;
- II – a atividade de tratamento tenha por objetivo a oferta ou o fornecimento de bens ou serviços ou o tratamento de dados de indivíduos localizados no território nacional;
- III – os dados pessoais objeto do tratamento tenham sido coletados no território nacional;

O artigo citado faz uma delimitação de competência, pautando-se na soberania de cada país, o que significa que cada Estado soberano possui competência para legislar sobre seu território, não podendo definir regras dentro de outro Estado soberano. Portanto, a LGPD possui aplicabilidade em situações na qual o tratamento de dados tenha acontecido em território nacional:

Art. 4º Esta lei não se aplica ao tratamento de dados pessoais:

- I – realizado por pessoa natural para fins exclusivamente particulares e não econômicos;
- II – realizado para fins exclusivamente:

- a) jornalísticos e artísticos; ou
 - b) acadêmicos, aplicando-se a esta hipótese os arts. 7º e 11 desta lei;
- III – realizado para fins exclusivos de:
- a) segurança pública;
 - b) defesa nacional;
 - c) segurança do Estado; ou
 - d) atividades de investigação e repressão de infrações penais; ou
- IV – provenientes de fora do território nacional e que não sejam objeto de comunicação, uso compartilhado de dados com agentes de tratamento brasileiros ou objetivo de transferência internacional de dados com outro país de proveniência proporcione grau de proteção de dados pessoais adequado ao previsto nesta lei.

O artigo supracitado elenca algumas situações nas quais não se aplica a proteção de dados e onde, conseqüentemente, a LGPD não possui força normativa para proteção dos dados pessoais. Logo, fica claro que o tratamento de dados, que está no âmbito de proteção da LGPD, deve possuir uma finalidade certa e caso a situação se encontre em uma das hipóteses previstas anteriormente, não há a incidência da LGPD.

Art. 6º As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios:

- I - finalidade: realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades;
- II - adequação: compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento;
- III - necessidade: 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;
- IV - livre acesso: garantia, aos titulares, de consulta facilitada e gratuita sobre a forma e a duração do tratamento, bem como sobre a integralidade de seus dados pessoais;
- V - qualidade dos dados: garantia, aos titulares, de exatidão, clareza, relevância e atualização dos dados, de acordo com a necessidade e para o cumprimento da finalidade de seu tratamento;
- VI - transparência: garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial;
- VII - segurança: utilização de medidas 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 difusão;
- VIII - prevenção: adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais;
- IX - não discriminação: impossibilidade de realização do tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos;
- X - responsabilização e prestação de contas: demonstração, pelo agente, da adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e, inclusive, da eficácia dessas medidas.

Para que o tratamento de dados ocorra de forma adequada e conforme os ditames legais, deve seguir os princípios disposto no artigo anterior. Assim, estes princípios funcionam na mesma medida como orientadores da ação de tratamento de dados e como limites que devem ser respeitados para assegurar uma proteção ao indivíduo:

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

- I - mediante o fornecimento de consentimento pelo titular;
- II - para o cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador;
- III - pela administração pública, para o tratamento e uso compartilhado de dados necessários à execução de políticas públicas previstas em leis e regulamentos ou respaldadas em contratos, convênios ou instrumentos congêneres, observadas as disposições do Capítulo IV desta Lei;
- IV - para a realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais;
- V - quando necessário para a execução de contrato ou de procedimentos preliminares relacionados a contrato do qual seja parte o titular, a pedido do titular dos dados;
- 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);
- VII - para a proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro;
- VIII - para a tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária;
- IX - quando necessário para atender aos interesses legítimos do controlador ou de terceiro, exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais; ou
- X - para a proteção do crédito, inclusive quanto ao disposto na legislação pertinente.

O referido artigo possui uma importância maior para este tópico, pois estabelece as situações nas quais a LGPD deve ser observada no tratamento de dados. Segundo Viola e Teffé (2021), tanto neste artigo quanto no artigo 11, o rol é taxativo, possuindo em alguns casos um grau de subjetividade do julgador para se adequar ao caso concreto. Um ponto que merece destaque é o inciso VI, que prevê o tratamento de dados nos casos em que há um processo judicial, administrativo e arbitral. Logo, todas as pessoas envolvidas diretamente nessas situações devem se atentar para a segurança de dados dos indivíduos:

Art. 8º O consentimento previsto no inciso I do art. 7º desta Lei deverá ser fornecido por escrito ou por outro meio que demonstre a manifestação de vontade do titular.

§ 1º Caso o consentimento seja fornecido por escrito, esse deverá constar de cláusula destacada das demais cláusulas contratuais.

§ 2º Cabe ao controlador o ônus da prova de que o consentimento foi obtido em conformidade com o disposto nesta Lei.

§ 3º É vedado o tratamento de dados pessoais mediante vício de consentimento.

§ 4º O consentimento deverá referir-se a finalidades determinadas, e as autorizações genéricas para o tratamento de dados pessoais serão nulas.

§ 5º O consentimento pode ser revogado a qualquer momento mediante manifestação expressa do titular, por procedimento gratuito e facilitado, ratificados os tratamentos realizados sob amparo do consentimento anteriormente manifestado enquanto não houver requerimento de eliminação, nos termos do inciso VI do caput do art. 18 desta Lei.

§ 6º Em caso de alteração de informação referida nos incisos I, II, III ou V do art. 9º desta Lei, o controlador deverá informar ao titular, com destaque de forma específica do teor das alterações, podendo o titular, nos casos em que o seu consentimento é exigido, revogá-lo caso discorde da alteração.

Este artigo traz um ponto fundamental na questão do tratamento de dados: o consentimento do titular dos dados. O consentimento, disposto expressamente na norma, tem como objetivo que os titulares tenham ciência sobre como serão processados e utilizados os dados fornecidos. Assim, somente em casos específicos (exceções à regra) pode acontecer o tratamento de dados sem que haja o consentimento do titular:

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

I - quando o titular ou seu responsável legal consentir, de forma específica e destacada, para finalidades específicas;

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

- a) cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador;
- b) tratamento compartilhado de dados necessários à execução, pela administração pública, de políticas públicas previstas em leis ou regulamentos;
- c) realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais sensíveis;
- d) exercício regular de direitos, inclusive em contrato e em processo judicial, administrativo e arbitral, este último nos termos da
- e) proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro;
- f) tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária; ou
- g) garantia da prevenção à fraude e à segurança do titular, nos processos de identificação e autenticação de cadastro em sistemas eletrônicos, resguardados os direitos mencionados no art. 9º desta Lei e exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais.

Segundo Viola e Teffé (2021, p. 119), a LGPD ainda possui um rol taxativo ao elencar as situações no qual o tratamento de dados deve acontecer. Portanto, percebe-se que a LGPD deixou bem claro as situações nas quais será feito o tratamento de dados, além de estabelecer os limites que o tratador dos dados deve seguir, visando a segurança dos dados pessoais dos indivíduos.

2 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO E DEVERES DA ADVOCACIA

2.1 Breve histórico sobre a responsabilidade civil

Antes de começar a análise das nuances relacionadas à responsabilidade civil, é interessante fazer uma retomada histórica sobre a perspectiva da responsabilidade ao longo dos anos: desde antes da organização humana em sociedade até a noção de responsabilidade no Código Civil de 2002.

“Os princípios da responsabilidade civil buscam restaurar um equilíbrio patrimonial e moral violado. Um prejuízo ou dano não reparado é um fator de inquietação social.” (VENOSA, 2013, p. 1). Assim, é possível perceber que o dano causado sempre foi combatido. No entanto, a percepção de responsabilidade civil não é algo estanque, mas está em constante evolução, sendo influenciada pelo dinamismo da sociedade, que está em uma constante busca de um direito mais justo (DINIZ, 2018).

A responsabilidade Civil apresenta uma evolução pluridimensional, pois sua expansão se deu quanto à sua história, aos seus fundamentos, a sua extensão ou área de incidência (número de pessoas responsáveis e fatos que ensejam a responsabilidade e à sua profundidade ou densidade. (DINIZ, 2018, p. 10)

Nos primórdios da civilização humana, não existia uma ideia certa de responsabilidade, de modo que não era contemplada pelo direito. Neste período predominava a vingança privada, no qual o mal causado era respondido na mesma proporção contra o próprio agressor. Nesse sentido, estabelece o juiz Wendell Lopes sobre a perspectiva histórica da responsabilidade civil que “o dano provocava a reação imediata, instintiva e brutal do ofendido, dominando, então, a vingança privada” (SOUZA, 2015, p.11).

Após esse período, o Estado, na sua forma primitiva, começou a intervir. Todavia, essa intervenção não era para proibir tal prática, mas sim para coibir abusos e declarar quando o ofendido tinha realmente o direito de retaliação contra o agressor. Esse modelo de vingança privada assistida pelo Estado foi instituído pela Lei de Talião, que estabelecia como pena ao agressor o mesmo sofrimento que impôs à vítima, ou seja, estabeleceu o princípio de olho por olho, dente por dente. Não havia distinção entre responsabilização civil e responsabilização penal. Foi no direito romano que tal distinção começou a ser estabelecida. Nesse período, foram estabelecidos os delitos privados, que eram as ofensas praticadas em desfavor dos indivíduos ou em desfavor do patrimônio dos indivíduos; e os delitos públicos, que eram as

ofensas praticadas em desfavor de interesses do Estado. Foi neste momento histórico que o Estado tomou para si o poder de vingança com as próprias mãos, fazendo do Estado o único detentor de tal poder (SOUZA, 2015). Além disso, gradativamente, a responsabilidade civil deixou de estar vinculada à punição corporal e passou a focar no dano injusto causado, buscando, assim, a reparação do dano sem causar qualquer tipo de castigo corporal no indivíduo:

A diferenciação entre “pena” e a “reparação”, no entanto, somente começou a ser esboçada ao tempo dos romanos, com a distinção entre os delitos públicos (ofensas mais graves, de caráter perturbador da ordem) e os delitos privados. Nos delitos públicos, a pena econômica imposta ao réu deveria ser recolhida aos cofres públicos, e, nos delitos privados, a pena em dinheiro cabia à vítima.” (GONÇALVES, 2019, p. 12)

Ainda dentro do direito romano, há outro marco que merece destaque: a Lei Aquilia. Esta possui importância para a análise histórica, pois foi a partir desta lei que os romanos conseguiram fundamentar a responsabilidade extracontratual. A última parte da referida lei afirmava que o dano causado que pudesse deteriorar algum bem deveria ser reparado, ou seja, já era possível perceber que havia uma preocupação em indenizar a vítima frente ao dano causado ao seu bem (SOUZA, 2015):

De qualquer forma, a *Lex Aquilia* é o divisor de águas da responsabilidade civil. Esse diploma, de uso restrito a princípio, atinge dimensão ampla na época de Justiniano, como remédio jurídico de caráter geral; como considera o ato ilícito uma figura autônoma, surge, desse modo, a moderna concepção da responsabilidade extracontratual. O sistema romano de responsabilidade extrai da interpretação da *Lex Aquilia* o princípio pelo qual se pune a culpa por danos injustamente provocados, independentemente de relação obrigacional existente” (VENOSA, 2013, p. 19)

Outro ponto que merece ser comentado é o Código de Napoleão e a consagração da culpa na responsabilidade civil. Pautando-se na Lei Aquilia, segundo a qual qualquer ação que causasse dano a alguém ou a um bem merecia ser reparado, a noção de culpa foi instituída pelo Código de Napoleão e influenciou diversos ordenamentos jurídicos ao redor do mundo.

Então, pode-se concluir que, desde os tempos romanos da Lei Aquilia, por seu próprio texto ou por sua interpretação jurisprudencial, passando-se pelo Código de Napoleão e por toda uma gama de diplomas civis de praticamente todo o mundo civilizado, ao lado dos pressupostos da conduta, do dano e do nexos causal, ainda há a necessidade de outro requisito para que se possa falar em responsabilidade civil subjetiva: a culpa. (SOUZA, 2015, p.19)

Portanto, percebe-se a influência do direito romano e do direito francês no que se refere aos pressupostos da responsabilidade civil ao longo dos anos. Sob a perspectiva da Constituição de 1988, que traz uma preocupação maior com a proteção da pessoa humana ao prever como um dos fundamentos da República a proteção da dignidade da pessoa humana, o instituto da reparação civil visa a reparação do dano causado, ou seja, há o deslocamento da preocupação com o causador do dano para a vítima. Deste modo, a responsabilidade civil tem como objetivo máximo assegurar uma reparação do dano causado, independente se houve culpa ou não, pois o cerne da questão é a vítima e o dano que esta recebeu:

A responsabilidade civil consiste na efetivação da reparabilidade abstrata do dano em relação a um sujeito passivo da relação jurídica que se forma. Reparação e sujeito passivo compõem o binômio da responsabilidade civil, que então se enuncia como o *princípio que subordina a reparação à sua incidência na pessoa do causador do dano*.

Não importa se o fundamento é a culpa, ou se é independente desta. Em qualquer circunstância, onde houver a subordinação de um sujeito passivo à determinação de um dever de ressarcimento, aí estará a responsabilidade civil. (PEREIRA; TEPEDINO, 2018, p. 28)

2.2 Elementos/pressupostos da responsabilidade civil

Para compreender a responsabilidade civil, é necessário entender os pressupostos gerais que a compõem. A responsabilidade civil possui como elementos gerais: a conduta, o dano e o nexo de causalidade. É importante ressaltar que a culpa não foi elencada como pressuposto, pois quando há a análise de culpa estamos diante de responsabilidade subjetiva (PEREIRA, 2018, p. 93), que será tratada posteriormente. Inicialmente, serão tratados os pressupostos que devem ser observados tanto na responsabilidade civil subjetiva quanto na objetiva; bem como na responsabilidade contratual e extracontratual, que também serão tratados posteriormente.

2.2.1 Conduta Humana

O primeiro elemento que deve ser analisado no caso de responsabilidade civil é a conduta humana. Isto se dá porque é necessário que se tenha uma ação ou omissão voluntária por parte de um indivíduo para que se caracterize o primeiro requisito da responsabilidade

civil. Além disso, esta ação ou omissão, a depender do caso, deve ser revestida de vontade por parte do agente causador que conseqüentemente poderá desembocar no evento danoso. A característica mais importante dentro da conduta humana é a voluntariedade da ação ou omissão, pois caso não tenha uma voluntariedade na ação do indivíduo, não se pode falar em responsabilidade civil. É importante ressaltar que tal conduta humana deve se caracterizar por um ato ilícito, ou seja, estar de acordo com o disposto no artigo 186 do Código Civil, que possui a seguinte redação: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

De fato, uma vez que a responsabilidade civil nos remete à ideia de atribuição das conseqüências danosas da conduta ao agente infrator, é lógico que, para a sua configuração, ou seja, para que haja a imposição do dever de indenizar, a referida atuação lesiva deva ser contrária ou direito, ilícita ou antijurídica. (GAGLIANO, 2012, p. 83)

2.2.2 Dano

Outro elemento fundamental na questão da caracterização da responsabilidade civil é a questão do dano, pois não há responsabilidade civil sem que haja dano ao patrimônio de alguém. O dano pode ser classificado como material ou moral conforme artigo 186 do Código Civil. De acordo com a Teoria da Diferença, o dano está estritamente ligado à ideia de diminuição do patrimônio, pois se caracteriza pelo resultado da diferença entre o bem antes do evento que causou o dano e o momento posterior a sua ocorrência (TEPEDINO; TERRA. GUEDES, 2021, p. 73):

Mais recentemente, esta ideia foi ultrapassada pela noção normativa de dano, pela qual dano é a lesão a qualquer interesse jurídico digno de tutela. O dano passa a ser, então, dimensionado segundo o legítimo interesse daquele que sofreu a repercussão no bem jurídico lesado – interesse este estabelecido nos limites da imputação. (TEPEDINO; TERRA; GUEDES, 2021, p. 73)

Pode-se conceituar a palavra dano como “[...] o dano ou prejuízo como sendo a lesão a um interesse jurídico tutelado – patrimonial ou não –, causado por ação ou omissão do sujeito infrator.” (GAGLIANO, 2012, p. 88). Outros pontos que merecem destaque, segundo Caio Mário da Silva Pereira, são os requisitos do dano: certeza, atualidade e subsistência.

A doutrina entende que o dano, como elemento da responsabilidade civil há de ser *atual e certo*. Diz-se atual o dano que já existe ou já existiu “no momento da ação de responsabilidade; certo, isto é, fundado sobre um fato preciso não sobre hipótese”. [...] a *subsistência*, a dizer que não será ressarcível o dano que já tenha sido reparado pelo responsável. (PEREIRA; TEPEDINO, 2018, p. 64-65).

O dano patrimonial pode se caracterizar pela lesão a patrimônios do indivíduo, os quais podem ser pecuniariamente indenizáveis como meio de reparar o dano injustamente causado. Já o dano moral atinge bens da própria vítima, ou seja, bens de cunho personalíssimo.

É possível distinguir, no campo dos danos, a categoria dos danos patrimoniais (ou materiais), de um lado, dos chamados danos extrapatrimoniais (ou morais), de outro. *Material* é o dano que afeta somente o patrimônio do ofendido. *Moral* é o que só ofende o devedor como ser humano, não lhe atingindo o patrimônio. (GONÇALVES, 2019, p. 144)

2.2.3 Nexo de Causalidade

No último requisito geral da responsabilidade civil temos o nexos de causalidade. Sem a relação existente entre a conduta humana que lesou algum bem (patrimonial ou moral) e o dano, não se pode falar em responsabilidade civil. Carlos Roberto Gonçalves afirma que somente é possível se ter o dever de indenizar quando for estabelecido um nexos de causalidade entre o dano e o fato típico:

Um dos pressupostos da responsabilidade civil é a existência de um nexos causal entre o fato ilícito e o dano produzido, sem essa relação de causalidade não se admite a obrigação de indenizar. O art. 186 do Código Civil a exige expressamente, ao atribuir a obrigação de reparar o dano àquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem. (GONÇALVES, 2019, p. 140)

Segundo Caio Mário da Silva Pereira e Gustavo Tepedino:

Para que se concretize a responsabilidade é indispensável se estabeleça uma interligação entre a ofensa à norma e o prejuízo sofrido, de tal modo que se possa afirmar ter havido o dano “porque” o agente procedeu contra direito. Na relação causal pode estar presente o fator volitivo ou pode não estar. Isto

é irrelevante. O que importa é determinar que o dano foi causado pela culpa do sujeito. (PEREIRA; TEPEDINO, 2018, p. 108).

2.3 Espécies de responsabilidade civil

A responsabilidade civil pode se apresentar sob diversos fundamentos, segundo a perspectiva em que se analisa. Neste tópico será utilizada a classificação proposta por Maria Helena Diniz para compreender a distinção entre a responsabilidade civil contratual e a extracontratual bem como a distinção entre a responsabilidade civil subjetiva e a objetiva.

1) Classificação quanto ao fato gerador: contratual e extracontratual.

a) *responsabilidade contratual*: se oriunda da inexecução de negócio jurídico bilateral ou unilateral. Resulta, portanto, de ilícito contratual, ou seja, da falta de adimplemento ou da mora no cumprimento de qualquer obrigação. É uma infração a um dever especial estabelecido pela vontade dos contraentes, por isso decorre de relação obrigacional preexistente e pressupõe capacidade para contratar. [...] A responsabilidade contratual é resultado da violação de uma obrigação anterior, logo, é imprescindível a preexistência de uma obrigação. O ônus da prova competirá ao devedor, que deverá provar ante o inadimplemento, a inexistência de sua culpa ou a presença de qualquer excludente do dever de indenizar.

b) *responsabilidade extracontratual ou aquiliana*: se resulta do inadimplemento normativo, ou melhor, da prática de ato ilícito por pessoa capaz ou incapaz (CC, art. 927), visto que não há vínculo anterior entre as partes, por não estarem ligadas por uma relação obrigacional ou contratual. A fonte dessa responsabilidade é a inobservância da lei, ou melhor, é a lesão a um direito, sem que entre o ofensor e o ofendido preexistisse qualquer relação jurídica. O *ônus probandi* caberá a vítima, ela é que deverá provar a culpa do agente. Se não conseguir tal prova ficará sem o ressarcimento. Além dessa responsabilidade delitual baseada na culpa, abrangerá ainda a responsabilidade sem culpa fundada no risco, ante a insuficiência da culpa para cobrir todos os danos. (DINIZ, 2011, p. 129-130)

Diante do exposto, percebe-se uma distinção importante entre as espécies de responsabilidade aqui tratadas: o ônus da prova. Na responsabilidade contratual, o credor fica obrigado a comprovar perante o juízo que a prestação, previamente acordada, não foi cumprida pelo devedor. Enquanto que na responsabilidade extracontratual, o autor da ação deverá provar todos os pressupostos gerais da responsabilidade civil, além de comprovar também a culpa por parte do agente causador do dano (GONÇALVES, 2019, p. 20). Segundo Pereira, é mais vantajoso ao demandante na responsabilidade contratual:

Na culpa extracontratual, incumbe ao queixoso demonstrar todos os elementos etiológicos da responsabilidade: o dano, a infração da norma e o nexo de causalidade entre um e outra. Na culpa contratual enverte-se o *ônus probandi*, o que torna a posição do lesado mais vantajosa.

Quando há contrato, existe um dever positivo do contratante, dever específico relativamente à prestação, o que só por si lhe impõe a responsabilidade. [...]

Na culpa contratual há um dever positivo de adimplir o que é objeto da avença. Na culpa aquiliana, é necessário invocar o dever negativo ou obrigação de não prejudicar, e, comprovando o comportamento antijurídico, evidenciar que ele percutir na órbita jurídica do paciente, causando-lhe um dano específico. (PEREIRA, 2018, p. 301-302)

Gagliano (2012) estabelece três elementos capazes de diferenciar a responsabilidade civil contratual da extracontratual: a necessária relação jurídica preexistente entre o agente causador e o ofendido; o ônus da prova relacionado à culpa; e a diferença quanto à capacidade para se demandar perante o juízo. Isso se dá porque na responsabilidade contratual, somente o credor, ou seja, a pessoa que receberia uma contraprestação é quem tem capacidade para demandar. Em outro sentido, na responsabilidade extracontratual, somente quem teve um direito lesionado possui tal capacidade para demandar a reparação.

2) Classificação quanto ao fundamento: subjetiva e objetiva. A responsabilidade é subjetiva “se encontrar sua justificativa a culpa ou no dolo por ação ou omissão, lesiva a determinada pessoa. Desse modo a prova da culpa do agente será necessária para que surja o dever de reparar”. (DINIZ, 2011, p. 130) Nesse ponto, é necessário fazer uma distinção entre a noção de culpa clássica e a culpa normativa. A primeira se caracteriza pela violação de uma obrigação preexistente. Para tanto, é necessário a conjugação do elemento subjetivo (uma vontade livre e consciente do causador do dano) e a previsibilidade do resultado danoso:

Chironi inaugura sua clássica obra *La colpa nel diritto odierno* com preciosa identificação do conceito de culpa, que reflete com perfeição a noção clássica, subjetiva, acima referida. De acordo com o autor, “Todo fato que constitua a violação de um dever que tenha a sua razão de ser na vontade ou na lei, é fato ilícito; e o agente deve responder por ele de modo especial quando ao elemento *objetivo*, que é o ato injustamente cometido (*non iure*), se junte o *subjetivo*, isto é, o estado particular de ânimo do agente, em relação à injúria. (TEPEDINO; TERRA; GUEDES, 2021, p. 209)

Desse modo, pode-se afirmar que a culpa revela uma censura à conduta praticada pelo agente, levando em consideração que na responsabilidade civil deve-se analisar o comportamento do agente e reprová-lo socialmente para que se tenha uma indenização.

Como explicado anteriormente, no caso de responsabilidade subjetiva, cabe a vítima o ônus da prova, ou seja, deve a vítima comprovar perante o juiz o elemento subjetivo, no qual o agente causador agiu com dolo ou culpa, causando assim o evento danoso. Contudo, no decorrer do século XX, o avanço desenfreado do capitalismo e o desenvolvimento de novos meios de produção acarretaram em uma quantidade enorme de danos decorrente da relação de trabalho. Todavia, caso a vítima fosse entrar com ação de reparação de danos, deveria comprovar o elemento subjetivo para ao final receber a indenização. Nesse cenário, a culpa transformava-se em prova diabólica devido à dificuldade em se comprovar tal situação em juízo. Assim, teóricos da época desenvolveram o conceito de culpa normativa:

[...] *culpa normativa*, que se revela na ideia de desvio de conduta, e cuja apreciação desconsidera a análise do perfil subjetivo do agente que se pretender responsabilizar, mas leva em conta o comportamento exigível diante das especiais circunstâncias do caso concreto. Não se investiga o direcionamento da vontade do agente para o descumprimento da ordem jurídica *in abstracto*, e sim, ao revés, a adequação (ou não) de sua conduta ao padrão de comportamento esperado *in concreto*. (TEPEDINO; TERRA. GUEDES, 2021, p. 204)

Esse modo de culpa normativa desenvolvida tinha como objetivo trazer contornos com mais especificidade de acordo com a realidade fática de cada situação:

b) *responsabilidade objetiva*: se fundada no risco, que explica essa responsabilidade no fato de haver o agente causado prejuízo à vítima ou a seus bens. É irrelevante a conduta culposa ou dolosa do causador do dano uma vez que bastará a existência do nexos causal entre o prejuízo sofrido pela vítima e a ação do agente para que surja o dever de indenizar. (DINIZ, 2011, p.130)

A responsabilidade objetiva desenvolveu-se a partir da ideia de proteção das vítimas em razão dos acidentes que o desenvolvimento do capitalismo no século XX ocasionou, pois a culpa normativa não foi o suficiente para abranger todas as situações. Assim, a responsabilidade objetiva começou o seu desenvolvimento a partir a presunção de culpa até chegar à teoria do risco, adotada hoje em dia, como fundamento da responsabilidade objetiva. Tal teoria parte do pressuposto de que quem exerce determinadas atividades que possam gerar riscos a alguém deve repará-los, independente da análise do seu comportamento diante do caso. Outro ponto importante que merece destaque segundo Carlos Roberto Gonçalves é que a lei vai definir quais são os casos nos quais a responsabilidade objetiva vai prevalecer.

A lei impõe, entretanto, a certas pessoas, em determinadas situações, a reparação de um dano independentemente de culpa. Quando isto acontece, diz-se que a responsabilidade é legal ou “objetiva”, porque prescinde da culpa e se satisfaz apenas com o dano e o nexo de causalidade. Esta teoria, dita objetiva, ou do risco, tem como postulado que todo dano é indenizável, e deve ser reparado por quem a ele se liga por um nexo de causalidade, independentemente de culpa. (GONÇALVES, 2019, p. 21)

2.4 Responsabilidade civil do profissional autônomo

A responsabilidade civil dos profissionais autônomos não consta somente de um único diploma legal. Para verificar a responsabilidade civil do profissional autônomo deve-se levar em consideração normas específicas de cada categoria, além das normas gerais de responsabilidade dispostas no código civil, além de se observar as normas dispostas no Código de Defesa do Consumidor.

O *caput* do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor estabelece a responsabilidade civil objetiva dos fornecedores de serviços ao dispor: “O fornecedor de serviços responde, *independentemente da existência de culpa*, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços” (grifo nosso). Já no §4º do artigo citado, o CDC faz uma ressalva referente aos profissionais liberais ao dispor: “A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada *mediante a verificação de culpa*” (grifo nosso). Assim, nos casos de profissionais liberais como médicos e advogados, a responsabilidade é subjetiva, ou seja, será necessário demonstrar a culpa desses profissionais no exercício da profissão. As normas específicas de cada profissão possuem uma importância grande para o julgador do caso, pois vão servir de meio de referência para decidir o caso concreto. “Assim, as normas de deontologia profissional não são normas às quais se faz referência de maneira residual, mas passam a ser ponto de referência de um magistrado, de um juiz, estatal ou não, para dar resposta a um problema”. (TEPEDINO; TERRA; GUEDES, 2021, p. 326)

A responsabilidade do advogado no exercício da profissão é subjetiva, ou seja, em casos nos quais o advogado causar dano ao cliente, este deve comprovar a culpa do advogado. Todavia, devido à noção de culpa ser abstrata, deve o julgador do caso, seja um juiz estatal ou o juiz do Tribunal de Ética e Disciplina da OAB, utilizar-se dos parâmetros estabelecidos pelo Estatuto da OAB (Lei nº 8.906/1994) para se ter uma noção se o advogado dedicou toda a energia naquele caso.

Outro ponto que merece destaque referente à responsabilidade dos profissionais liberais é a questão da obrigação de meio e da obrigação de resultado. Nas obrigações de resultado, o devedor se compromete a entregar um resultado útil para o credor, ou seja, a obrigação gira em torno do devedor entregar algo para o credor. Essa obrigação de resultado é comum nos casos de engenheiros/arquitetos, pois estes profissionais têm como obrigação entregar um projeto seguindo as diretrizes estabelecidas pelo cliente. Já nas obrigações de meio não é possível que o devedor se obrigue com o resultado, mas sim que se comprometa a envidar esforços para que tenha uma possibilidade de se alcançar um resultado favorável ao credor. As obrigações de meio são bens comuns nos casos dos médicos e dos advogados, pois o médico não tem como garantir que determinado procedimento cirúrgico ou que o tratamento vai efetivamente salvar a vida do paciente, mas o médico se compromete a envidar esforços suficientes para que se tenha um resultado favorável ao paciente. Na mesma situação, encontra-se o advogado, pois este não pode se comprometer afirmando ao cliente que a causa dele é ganha, mas se compromete a defender o cliente com a melhor defesa técnica possível:

Nas obrigações de meio, ao revés, o devedor se compromete a empenhar os seus melhores esforços, com vistas a um resultado cuja obtenção, no entanto, escapa ao seu compromisso. Na hipótese de evento danoso, o credor insatisfeito deverá demonstrar, além da existência do contrato e do dano (inocorrência do resultado esperado) a culpa do devedor. (TEPEDINO; TERRA; GUEDES, 2021, p. 329)

2.5 Deveres do advogado no exercício da profissão

O advogado no Brasil, sob a perspectiva da Constituição Federal de 1988, possui um papel fundamental no Estado Democrático de Direito. Segundo o artigo 133 da carta magna, “o advogado é *indispensável à administração da justiça*, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei” (grifo nosso). Com o advento do artigo citado acima, o advogado torna-se essencial para que se tenha uma sociedade mais justa na medida em que atua buscando a proteção dos interesses socialmente relevantes.

O artigo 2º do Estatuto da OAB reafirma a essencialidade do advogado para a manutenção da justiça. Já o §1º do artigo supracitado traz uma consideração importante sobre o papel do advogado: “No seu ministério privado, o advogado presta serviço público e exerce função social”. Assim, ao representar a parte na defesa dos seus interesses, o advogado exerce um *mínus público*, pois age buscando a solução mais justa frente à litigiosidade que enfrenta. Esse preceito é reafirmado pelo Código de Ética e Disciplina da OAB: “Art. 2º O advogado,

indispensável à administração da Justiça, é defensor do Estado democrático de direito, da cidadania, da moralidade pública, da Justiça e da paz social, subordinando a atividade do seu Ministério Privado à elevada função pública que exerce”. Assim, fica claro que o ordenamento jurídico brasileiro deixou estabelecido que o advogado é essencial para manutenção da justiça no Brasil e, para tanto, exerce uma função social na defesa dos interesses de todos:

O advogado exerce função social, pois ele atende a uma exigência da sociedade. Basta que se considere o seguinte: sem liberdade, não há advogado. Sem a intervenção do advogado não há justiça, sem justiça não há ordenamento jurídico e sem este não há condições de vida para a pessoa humana. Logo, a atuação do advogado é condição imprescindível para que funcione a justiça. Não resta, pois, a menor dúvida de que o advogado exerce função social. (SODRÉ, 1975 apud TREVIZAN, 2013, p. 282)

A Constituição Federal concretizou o papel indispensável que o advogado possui frente à função social que exerce na defesa dos direitos fundamentais como o direito à defesa, contraditório e do devido processo legal. (COSTA JÚNIOR, 2014) Para que o advogado consiga cumprir o mandamento estabelecido pela Constituição no exercício da profissão, deve agir pautando-se em preceitos éticos, aplicando tais preceitos tanto na vida pessoal quanto no âmbito profissional. Deste modo, foi editado o Estatuto da Ordem dos Advogados, que tem o objetivo de regular as nuances relacionadas à advocacia. Além disso, foi editado também o Código de Ética e Disciplina da OAB e o Regulamento da OAB que, por serem normas secundárias, visam uma integração frente ao Estatuto, complementando-o. Essas normas legais possuem como objetivo assegurar o livre exercício da advocacia, estabelecendo que o profissional deve agir com zelo e probidade, pois no momento de atuação profissional, o advogado não representa somente ele, mas sim toda a categoria de advogados, devendo assim zelar pela boa imagem da profissão:

O escopo profissional exige de cada um correção, zelo, probidade, que se voltam para o objetivo de garantir o bom conceito da profissão. A conduta individual se reflete na imagem coletiva. Assim, todos se vinculam ao princípio da solidariedade, cabendo ao órgão representativo o poder de editar regras, compiladas no Código de Ética, e o de, com exclusividade, punir aqueles que transgridam seus preceitos. (COSTA JÚNIOR, 2014, p. 86)

Tais preceitos éticos que o advogado é obrigado a seguir no exercício profissional são espécies da ética geral, gênero considerado como conduta a ser seguida, tanto na vida

pessoal quanto na vida profissional. Tal conduta não é simplesmente uma orientação, mas um mandamento legal que deve ser seguido por todos os advogados, assegurando assim a boa imagem e a confiança na advocacia no exercício da função social que desempenha.

A ética profissional impõe-se ao advogado em todas as circunstâncias e vicissitudes de sua vida profissional e pessoal que possam repercutir no conceito público e na dignidade da advocacia. Os deveres éticos consignados no Código não são recomendações de bom comportamento, mas sim normas jurídicas dotadas de obrigatoriedade que devem ser cumpridas com rigor, sob pena de cometimento de infração disciplinar punível com a sanção de censura (art. 36 da Lei n. 8.906/94) se outra mais grave não for aplicável. Portanto, as regras deontológicas são regras providas de força normativa; a lei (o Estatuto), o Regulamento Geral, o Código de Ética e Disciplina e os provimentos são suas fontes positivas, às quais se agregam, como fontes secundárias, a tradição, a interpretação jurisprudencial e administrativa, a doutrina, os costumes profissionais. (LÔBO, 2017, p. 164)

É importante ressaltar que é assegurado ao advogado a independência técnica no §1º do artigo 31 do Estatuto da OAB. Tal garantia serve para auxiliar o advogado no curso do processo, pois o advogado, baseado na independência da profissão e de acordo com o caso concreto, vai conduzir o processo da forma que achar melhor.

Na defesa dos interesses sob seu patrocínio, o advogado nunca deve fazer concessões que afetem sua independência, inclusive em face do próprio cliente. Na escolha dos meios jurídicos e na condução de seu trabalho profissional, o advogado nunca deve permitir que haja tutela direta ou indireta do cliente, de terceiro ou do magistrado. É sua, inteira e indelegável, a responsabilidade pela direção técnica da causa ou da questão. (LÔBO, 2017, p. 167).

Além da ética, que é uma conduta imposta ao advogado e que deve ser seguida, há outros deveres que o advogado deve seguir visando uma boa conduta no exercício da profissão. Tais deveres estão dispostos no artigo 2º, parágrafo único do Código de Ética e Disciplina da OAB:

Parágrafo único. São deveres do advogado:

- I – preservar, em sua conduta, a honra, a nobreza e a dignidade da profissão, zelando pelo seu caráter de essencialidade e indispensabilidade;
- II – atuar com destemor, independência, honestidade, decoro, veracidade, lealdade, dignidade e boa-fé;
- III – velar por sua reputação pessoal e profissional;
- IV – empenhar-se, permanentemente, em seu aperfeiçoamento pessoal e profissional;
- V – contribuir para o aprimoramento das instituições, do Direito e das leis;

VI – estimular a conciliação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios;

VII – aconselhar o cliente a não ingressar em aventura judicial;

VIII – abster-se de:

a) utilizar de influência indevida, em seu benefício ou do cliente;

b) patrocinar interesses ligados a outras atividades estranhas à advocacia, em que também atue;

c) vincular o seu nome a empreendimentos de cunho manifestamente duvidoso;

d) emprestar concurso aos que atentem contra a ética, a moral, a honestidade e a dignidade da pessoa humana;

e) entender-se diretamente com a parte adversa que tenha patrono constituído, sem o assentimento deste.

IX – pugnar pela solução dos problemas da cidadania e pela efetivação dos seus direitos individuais, coletivos e difusos, no âmbito da comunidade.

Alexandre Tavares Cortez separa os deveres do advogado em classes referentes aos sujeitos que se relacionam com o profissional:

Deveres do advogado no exercício da profissão, podem ser separados em: deveres pessoais; deveres para com os tribunais; deveres para com os colegas; deveres para com os clientes.

São deveres pessoais: a lealdade; a probidade; a moderação na obtenção de ganhos; a delicadeza no trato; e a dignidade de conduta.

Quanto aos deveres para com os tribunais, tem-se a atitude digna e respeitosa; o respeito à verdade e à lei; o respeito aos prazos legais e judiciais; e a pontualidade em qualquer caso.

Os deveres para com os colegas são: a cordialidade; disciplina ética; respeito; e colaboração.

São deveres do advogado para com os clientes: a dedicação; a relação direta com o cliente; e o espírito de conciliação. (CORTEZ, 2002, p. 02)

Diante do exposto, percebe-se que os deveres dispostos no artigo 2º são consequência da ética profissional que o advogado deve ter perante a sua atuação profissional. Pois, ao adotar a ética, uma conduta moral a ser seguida, o advogado deve atuar com a maior clareza possível, sempre propondo o melhor caminho judicial a ser seguido pelo cliente. Ademais, devido ao *múnus público* que o advogado exerce, ele deve atuar com zelo, prezando sempre pela verdade. Além disso, deve buscar meios mais céleres e menos desgastantes para o cliente, propondo sempre que possível a resolução do conflito por meio da conciliação, mediação e arbitragem de acordo com cada caso. Ainda sobre o *múnus público* exercido pelo advogado, ele deve zelar sempre pela verdade. Tanto que o artigo 6º do Código de Ética e Disciplina da OAB proíbe que o advogado exponha fatos deliberadamente falsos, agindo, portanto, de má-fé.

O artigo 8º do código citado anteriormente dispõe sobre a relação do advogado com o cliente. Ao estabelecer essa relação, o Código introduziu o seguinte dever do advogado: o de deixar o cliente informado sobre todos os riscos e consequências que pode sofrer. Outro dever do advogado, disposto no artigo 26 do Código de Ética e Disciplina, é que este deve guardar sigilo, mesmo que em depoimento judicial. Tal prerrogativa assegurada pelo artigo 25 do referido Código dispõe que isso é um dever inerente à profissão. Assim, o advogado não pode dispor livremente de informações descobertas enquanto é defensor de um indivíduo. Contudo, estabelece uma exceção, ou seja, o sigilo profissional não é absoluto. Assim, em casos de grave ameaça à vida, à honra e à própria defesa do advogado, este pode revelar as informações obtidas enquanto era procurador da pessoa. É interessante apontar que o sigilo profissional, na mesma medida que se apresenta como uma garantia para o livre exercício da profissão, se apresenta também como dever a ser observado pelo advogado. Nesse sentido, o Estatuto da OAB determina no seu artigo 34, inciso VII que constitui uma infração disciplinar a violação, sem justa causa, do dever de sigilo profissional.

2.6 Responsabilidade civil do advogado

Além da responsabilidade disciplinar que o advogado tem, responde civilmente pelos danos causados ao cliente em decorrência de dolo ou culpa. Sua responsabilidade encontra-se disposta em vários pontos do ordenamento jurídico brasileiro:

A responsabilidade civil do advogado não é regida só pelas normas gerais do Código Civil (art. 186 e 667), mas também pelo Estatuto da Advocacia (mais notadamente, pelo art. 32 do referido diploma) e pelo Código de Defesa do Consumidor (art. 14, §4º). É possível extrair da leitura dos referidos dispositivos legais que a responsabilidade do advogado é *subjetiva*, de sorte que se exige que o mesmo tenha agido com culpa, com ressalta a doutrina. (TEPEDINO; TERRA; GUEDES, 2021, p. 335).

Contudo, primeiro insta salientar que, a responsabilidade civil do advogado é uma responsabilidade contratual. Autores como Carlos Roberto Gonçalves, Caio Mário da Silva Pereira e Sílvio de Salvo Venosa entendem que a responsabilidade civil do advogado é contratual frente aos clientes e extracontratual ou aquiliana perante terceiros prejudicados pela atuação do advogado.

O código civil deixou de destacar a responsabilidade do advogado. Ao tratar do mandato, aplicam-se ao advogado as disposições relativas ao mandatário,

este é obrigado a aplicar toda a sua diligência habitual no exercício do mandato (Código Civil, art. 667). Mais severamente aplica-se ao mandatário judicial, em cujo zelo e dedicação o cliente confia seus direitos e interesses, e até sua liberdade pessoal. (PEREIRA, TEPEDINO, 2018, p. 207)

O primeiro contorno que se pode afirmar da responsabilidade civil do advogado é o artigo 133 da Constituição Federal, citado anteriormente. Tal artigo dispõe sobre a indisponibilidade do advogado para a administração da justiça, bem como estabelece uma garantia aos advogados no exercício da profissão: a inviolabilidade por seus atos e manifestações no exercício da profissão nos limites da lei. Tal mandamento constitucional foi repetido no Estatuto da OAB no artigo 7º, §2º que dispôs sobre a imunidade profissional do advogado. Contudo, tal imunidade não abrange a injúria nem a difamação, podendo nesses casos o advogado ser responsabilizado penal/civilmente, sem prejuízo das sanções disciplinares que podem ser aplicadas pela própria ordem dos advogados. Portanto, pode-se afirmar que tal garantia estabelecida ao advogado possui o objetivo máximo de assegurar uma defesa digna ao cliente, sem que o advogado fique com receio de utilizar da palavra para defender seus interesses.

Seguindo nesse ponto, pode-se afirmar que a responsabilidade civil do advogado é pautada sobre o Estatuto da OAB no artigo 32 que possui a seguinte redação: “O advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa”. Assim, o advogado tem o dever de ser diligente com o caso dos clientes. Se, por negligência, o advogado perder o prazo de um processo do cliente, aquele deve ser responsabilizado, pois a negligência do procurador pode ter sido um óbice para uma solução mais célere e justa para o cliente:

O advogado deve ser diligente e atento, não deixando perecer o direito do cliente por falta de medidas ou omissão de providências acauteladoras, como o protesto de títulos, a notificação judicial, a habilitação em falência, o atendimento de privilégios e a preferência de créditos. (GONÇALVES, 2019, p. 109)

Vale ressaltar que, o artigo disposto anteriormente estabelece uma preocupação maior com a injustiça praticada que acarretou o dano do que com a própria conduta que o causou, visando assim, uma maior proteção da vítima.

O disposto no artigo 32 do Estatuto da OAB corrobora com a tese geral de responsabilidade civil subjetiva explicitada no artigo 186 do Código Civil, além da exceção trazida pelo artigo 14, §4º do Código de Defesa do Consumidor. Tal artigo dispõe que “a

responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.”. Nesse sentido, os tribunais brasileiros têm se manifestado sobre a relação consumerista entre o advogado e o cliente:

AÇÃO DE COBRANÇA DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. *A relação entre cliente e advogado é eminentemente consumerista* (CDC, arts. 2º e 14), atraindo, assim, a competência da Justiça Comum Estadual. Considerando que se trata de uma relação sinalagmática, não é possível a cisão da competência, para entender que, paralelamente, a lide entre advogado e cliente seria da competência da Justiça do Trabalho; tal entendimento, com prejuízo do princípio da unidade de convencimento, impediria, por exemplo, que o cliente reconvesse postulando indenização por conta da incúria na prestação do serviço, o que afastaria, inclusive, a obrigação de pagar honorários advocatícios. (BRASIL, 2010a) (grifo nosso)

PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE ADVOCACIA. PROFISSIONAL LIBERAL. RELAÇÃO DE CONSUMO. AÇÃO PARA ARBITRAMENTO DE HONORÁRIOS. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. *O trabalho desenvolvido pelo advogado junto ao seu cliente, bem como o produto por ele posto à disposição do contratante ajustam-se, perfeitamente ao conceito de relação de consumo previsto no CDC.* A relação de consumo não está compreendida no âmbito da relação de trabalho. Dessa forma, não há outra conclusão do silogismo em comento, senão a de que a relação entre cliente e advogado, como na hipótese dos autos, é de consumo e, portanto, refoge da competência desta Justiça Laboral. (BRASIL, 2010b) (grifo nosso)

Todavia, o Superior Tribunal de Justiça possui um entendimento pacífico contrário ao disposto na legislação consumerista por entender que, como há uma legislação especial sobre o assunto, não cabe a incidência do Código de Defesa do Consumidor.

PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO. CERCEAMENTO DE DEFESA. CONJUNTO PROBATÓRIO SUFICIENTE PARA O DESENLACE DA QUAESTIO. INOCORRÊNCIA. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE ADVOCACIA. DECLARAÇÃO DE NULIDADE DE CLÁUSULA DE CONTRAPRESTAÇÃO. *INAPLICABILIDADE DO CDC À RELAÇÃO CLIENTE-ADVOGADO*. CAPACIDADE PLENA DOS CONTRATANTES. PACTA SUNT SERVANDA. NULIDADE INEXISTENTE. HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA. FIXAÇÃO SEGUNDO CRITÉRIOS DO § 3º DO ART. 20 DO CPC. RECURSO Jhonathan Fernandes Komiyama, Cláudia Fernanda de Aguiar Pereira Revista JurisFIB | ISSN 2236-4498 | Volume VI | Ano VI | Dezembro 2015 | Bauru - SP 19 DESPROVIDO. Não há falar em cerceamento de defesa pelo julgamento antecipado da lide se a prova produzida nos autos é daquelas que não se ressentem de conclusão por outras, porquanto se tenha aberto ao juiz ampla possibilidade de fundamentar seu convencimento. “*As relações contratuais entre clientes e advogados são regidas pelo Estatuto da OAB, aprovado pela Lei n. 8.906/94, a elas não se aplicando o Código de Defesa do*

Consumidor” (Ministro Aldir Passatinho Junior). Os honorários advocatícios, nas ações de natureza preponderantemente condenatória, devem ser arbitrados segundo os limites e critérios prescritos no artigo 20, § 3º, do Código de Processo Civil, tendo presente o grau de zelo do profissional, o lugar de prestação do serviço, a natureza e a importância da causa, o trabalho realizado e o tempo exigido para a sua execução. (SANTA CATARINA, 2007) (grifo nosso)

PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS. DECLARAÇÃO DE NULIDADE DE CLÁUSULA ABUSIVA. *INAPLICABILIDADE DO CDC À RELAÇÃO CLIENTE-ADVOGADO*. CAPACIDADE PLENA DOS CONTRATANTES. PACTA SUNT SERVANDA. NULIDADE INEXISTENTE. ALEGAÇÃO DE FALTA DE LIQUIDEZ E EXIGIBILIDADE DO TÍTULO EXECUTIVO. TESES AFASTADAS. RECURSO DESPROVIDO. *O Código de Defesa do Consumidor não é aplicável aos contratos de prestação de serviços advocatícios, regidos por lei específica - Estatuto da OAB (Lei. n. 8.906/1994)*. “Não comprovada a quitação, em conformidade com o art. 940 do Código Civil de 1916, impossível afastar a liquidez do contrato de prestação de serviços advocatícios executado” (Desembargador Wilson Augusto do Nascimento). (SANTA CATARINA 2010) (grifo nosso)

Por mais que haja essa divergência jurisprudencial, é pacífico na doutrina também que haja a incidência do CDC frente às relações de prestação de serviço do advogado com o seu cliente.

Com o devido respeito às posições diversas, entende-se que, à luz do nosso Código de Defesa do Consumidor, o advogado é um fornecedor de serviços, e seu cliente, um consumidor, na medida em que a legislação não exclui a atividade da advocacia de seu contexto, dispondo claramente em seus artigos 2º e 3º quem são os personagens dessa relação de consumo. Apesar do interesse público que rege a realização da justiça, finalidade última do processo litigioso, existe uma prestação de serviços, de caráter privado, entre o advogado e o cliente. Portanto, além das normas de direito civil e de legislação específica que lhe são aplicáveis, hoje o advogado também responde nos termos do CDC. (TREVIZAN, 2013, p. 76)

Diante do exposto até aqui, é possível afirmar que a responsabilidade civil do advogado é contratual e instrumentalizada por meio da procuração dada pelo cliente ao advogado para que este possa representá-lo nas questões judiciais. Além disso, sobre os atos que o advogado causar ao cliente durante o exercício da profissão, há a incidência da responsabilidade subjetiva normativa, seguindo a regra geral disposta no código civil, bem como no disposto no artigo 32 do Estatuto da OAB assim como pela exceção trazida pelo §4º, artigo 14 da legislação consumerista.

3 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO FRENTE À LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS (LEI Nº 13.709/2018)

3.1 Deveres do advogado em relação à proteção de dados

É importante compreender o papel do advogado frente à proteção de dados a partir da perspectiva na qual o advogado é enquadrado como um agente de tratamento de dados, o que compreende a figura do controlador e em alguns casos conjuntamente com o papel de operador dependendo da situação em que o advogado trabalha. A própria Lei nº 13.709/2018 estabelece no artigo 5º os conceitos dessas duas figuras importantes em todo o processo de tratamento de dados:

Art. 5º Para fins desta Lei, considera-se: [...]

VI - controlador: pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais;

VII - operador: pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador;

Em alguns casos, o advogado atuará como o responsável pela tomada de decisões referentes aos dados fornecidos pelos clientes relativos aos conflitos que devem ser dirimidos perante o Poder Judiciário e incumbirá aos seus auxiliares o trabalho de tratamento de dados. Em algumas situações, além de ser responsável pela tomada de decisão irá ele mesmo realizar o tratamento de dados. O advogado deve seguir os mandamentos legais da LGPD frente à proteção de dados.

A Lei nº 13.709/2018 ainda estabelece os princípios que devem ser seguidos pelos tratadores de dados bem como direitos dos titulares dos dados que devem ser respeitados. Portanto, os princípios e os direitos assegurados aos titulares funcionam, em contrapartida, como forma de deveres que devem ser seguidos pelos tratadores de dados. Deste modo, no artigo 6º da referida lei, ao estabelecer os princípios que devem reger a atividade de tratamento de dados, estabeleceu, conseqüentemente, deveres a serem seguidos pelos tratadores de dados:

Art. 6º As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios:

- I - finalidade: realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades;
- II - adequação: compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento;
- III - necessidade: 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;
- IV - livre acesso: garantia, aos titulares, de consulta facilitada e gratuita sobre a forma e a duração do tratamento, bem como sobre a integralidade de seus dados pessoais;
- V - qualidade dos dados: garantia, aos titulares, de exatidão, clareza, relevância e atualização dos dados, de acordo com a necessidade e para o cumprimento da finalidade de seu tratamento;
- VI - transparência: garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial;
- VII - segurança: utilização de medidas 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 difusão;
- VIII - prevenção: adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais;
- IX - não discriminação: impossibilidade de realização do tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos;
- X - responsabilização e prestação de contas: demonstração, pelo agente, da adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e, inclusive, da eficácia dessas medidas.

Diante do artigo exposto aqui, vale ressaltar a importância de alguns incisos relevantes. O primeiro inciso que merece destaque por possuir íntima relação com o cerne da Lei Geral de Proteção de Dados é o inciso VI, que trata da transparência aos titulares de informações claras e precisas referentes ao tratamento de dados. Outro inciso importante para a análise em questão é o inciso VII que estabelece sobre a segurança na utilização de medidas técnicas e administrativas aptas com o intuito de proteger os dados pessoais de acessos não autorizados ou em situações acidentais/ilícitas.

Na sequência, tem-se o inciso VIII que trata sobre a prevenção. Tal ponto se mostra importante, pois deixa claro a intenção do legislador de que a atuação preventiva para evitar danos é mais importante do que repará-los. Assim, resta a todos os tratadores de dados utilizarem-se de meios que visem a segurança no uso de dados, prevenindo a ocorrência de danos.

Por fim, o inciso X trata sobre a responsabilização e prestação de contas, ou seja, caso solicitado pelo titular dos dados, o agente deve demonstrar que adotou medidas eficazes e necessárias para o cumprimento das normas relacionadas à proteção de dados.

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. 47. Os agentes de tratamento ou qualquer outra pessoa que intervenha em uma das fases do tratamento obriga-se a garantir a segurança da informação prevista nesta Lei em relação aos dados pessoais, mesmo após o seu término.

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. 49. Os sistemas utilizados para o tratamento de dados pessoais devem ser estruturados de forma a atender aos requisitos de segurança, aos padrões de boas práticas e de governança e aos princípios gerais previstos nesta Lei e às demais normas regulamentares.

Art. 50. Os controladores e operadores, no âmbito de suas competências, pelo tratamento de dados pessoais, individualmente ou por meio de associações, poderão formular regras de boas práticas e de governança que estabeleçam as condições de organização, o regime de funcionamento, os procedimentos, incluindo reclamações e petições de titulares, as normas de segurança, os padrões técnicos, as obrigações específicas para os diversos envolvidos no tratamento, as ações educativas, os mecanismos internos de supervisão e de mitigação de riscos e outros aspectos relacionados ao tratamento de dados pessoais.

Diante disso, é possível compreender que alguns deveres elencados acima são desdobramentos dos princípios estabelecidos no artigo 6º da LGPD. O artigo 46 e 47 *caput* estabelecem a questão da segurança no tratamento de dados e os meios que devem ser adotados para que consigam proteger os dados pessoais de forma adequada.

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.

§ 1º A autoridade nacional poderá dispor sobre padrões técnicos mínimos para tornar aplicável o disposto no caput deste artigo, considerados a natureza das informações tratadas, as características específicas do tratamento e o estado atual da tecnologia, especialmente no caso de dados pessoais sensíveis, assim como os princípios previstos no caput do art. 6º desta Lei.

§ 2º As medidas de que trata o caput deste artigo deverão ser observadas desde a fase de concepção do produto ou do serviço até a sua execução.

Art. 47. Os agentes de tratamento ou qualquer outra pessoa que intervenha em uma das fases do tratamento obriga-se a garantir a segurança da informação prevista nesta Lei em relação aos dados pessoais, mesmo após o seu término.

Como citado anteriormente, uma das maiores preocupações do legislador foi estabelecer um sistema baseado na segurança do titular dos dados, visando assim, uma prevenção de eventuais danos aos titulares. Já o Capítulo III da Lei nº 13.709/2018 dispõe sobre os direitos dos titulares dos dados e, como citado anteriormente, possuem uma dupla função, ao estabelecer direitos aos titulares e deveres aos tratadores de dados, que devem seguir à risca o disposto na lei sob pena de incidir responsabilidade.

Art. 17. Toda pessoa natural tem assegurada a titularidade de seus dados pessoais e garantidos os direitos fundamentais de liberdade, de intimidade e de privacidade, nos termos desta Lei.

Art. 18. O titular dos dados pessoais tem direito a obter do controlador, em relação aos dados do titular por ele tratados, a qualquer momento e mediante requisição:

I - confirmação da existência de tratamento;

II - acesso aos dados;

III - correção de dados incompletos, inexatos ou desatualizados;

IV - anonimização, bloqueio ou eliminação de dados desnecessários, excessivos ou tratados em desconformidade com o disposto nesta Lei;

V - portabilidade dos dados a outro fornecedor de serviço ou produto, mediante requisição expressa, de acordo com a regulamentação da autoridade nacional, observados os segredos comercial e industrial;

VI - eliminação dos dados pessoais tratados com o consentimento do titular, exceto nas hipóteses previstas no art. 16 desta Lei;

VII - informação das entidades públicas e privadas com as quais o controlador realizou uso compartilhado de dados;

VIII - informação sobre a possibilidade de não fornecer consentimento e sobre as consequências da negativa;

IX - revogação do consentimento, nos termos do § 5º do art. 8º desta Lei.

§ 1º O titular dos dados pessoais tem o direito de peticionar em relação aos seus dados contra o controlador perante a autoridade nacional.

§ 2º O titular pode opor-se a tratamento realizado com fundamento em uma das hipóteses de dispensa de consentimento, em caso de descumprimento ao disposto nesta Lei.

§ 3º Os direitos previstos neste artigo serão exercidos mediante requerimento expresso do titular ou de representante legalmente constituído, a agente de tratamento.

§ 4º Em caso de impossibilidade de adoção imediata da providência de que trata o § 3º deste artigo, o controlador enviará ao titular resposta em que poderá:

I - comunicar que não é agente de tratamento dos dados e indicar, sempre que possível, o agente; ou

II - indicar as razões de fato ou de direito que impedem a adoção imediata da providência.

§ 5º O requerimento referido no § 3º deste artigo será atendido sem custos para o titular, nos prazos e nos termos previstos em regulamento.

§ 6º O responsável deverá informar, de maneira imediata, aos agentes de tratamento com os quais tenha realizado uso compartilhado de dados a correção, a eliminação, a anonimização ou o bloqueio dos dados, para que repitam idêntico procedimento, exceto nos casos em que esta comunicação seja comprovadamente impossível ou implique esforço desproporcional.

§ 7º A portabilidade dos dados pessoais a que se refere o inciso V do caput deste artigo não inclui dados que já tenham sido anonimizados pelo controlador.

§ 8º O direito a que se refere o § 1º deste artigo também poderá ser exercido perante os organismos de defesa do consumidor.

Nestes dois artigos expostos acima, fica claro que o legislador trouxe uma participação mais ativa do titular dos dados frente a sua própria proteção, ao estabelecer a possibilidade de exigir um controle sobre o tratamento dos dados realizados e para quais fins foram utilizados. Outro ponto importante, por se tratar de uma defesa direta da intimidade/privacidade do indivíduo: a LGPD, acertadamente, exige tal controle citado sem custas para o titular. Todavia, a LGPD deve ser regulamentada visando uma melhor aplicação dos institutos aqui estabelecidos. Por fim, sendo a segurança do titular um desdobramento de um dos pontos centrais da Lei Geral de Proteção de Dados, foi estabelecido o artigo 50 sobre as boas práticas e da governança, sistema este que envolve uma série de técnicas visando uma maior segurança dos indivíduos:

Art. 50. Os controladores e operadores, no âmbito de suas competências, pelo tratamento de dados pessoais, individualmente ou por meio de associações, poderão formular regras de boas práticas e de governança que estabeleçam as condições de organização, o regime de funcionamento, os procedimentos, incluindo reclamações e petições de titulares, as normas de segurança, os padrões técnicos, as obrigações específicas para os diversos envolvidos no tratamento, as ações educativas, os mecanismos internos de supervisão e de mitigação de riscos e outros aspectos relacionados ao tratamento de dados pessoais.

§ 1º Ao estabelecer regras de boas práticas, o controlador e o operador levarão em consideração, em relação ao tratamento e aos dados, a natureza, o escopo, a finalidade e a probabilidade e a gravidade dos riscos e dos benefícios decorrentes de tratamento de dados do titular.

§ 2º Na aplicação dos princípios indicados nos incisos VII e VIII do caput do art. 6º desta Lei, o controlador, observados a estrutura, a escala e o volume de suas operações, bem como a sensibilidade dos dados tratados e a probabilidade e a gravidade dos danos para os titulares dos dados, poderá:

I - implementar programa de governança em privacidade que, no mínimo:

- a) demonstre o comprometimento do controlador em adotar processos e políticas internas que assegurem o cumprimento, de forma abrangente, de normas e boas práticas relativas à proteção de dados pessoais;
- b) seja aplicável a todo o conjunto de dados pessoais que estejam sob seu controle, independentemente do modo como se realizou sua coleta;

- c) seja adaptado à estrutura, à escala e ao volume de suas operações, bem como à sensibilidade dos dados tratados;
 - d) estabeleça políticas e salvaguardas adequadas com base em processo de avaliação sistemática de impactos e riscos à privacidade;
 - e) tenha o objetivo de estabelecer relação de confiança com o titular, por meio de atuação transparente e que assegure mecanismos de participação do titular;
 - f) esteja integrado a sua estrutura geral de governança e estabeleça e aplique mecanismos de supervisão internos e externos;
 - g) conte com planos de resposta a incidentes e remediação; e
 - h) seja atualizado constantemente com base em informações obtidas a partir de monitoramento contínuo e avaliações periódicas;
- II - demonstrar a efetividade de seu programa de governança em privacidade quando apropriado e, em especial, a pedido da autoridade nacional ou de outra entidade responsável por promover o cumprimento de boas práticas ou códigos de conduta, os quais, de forma independente, promovam o cumprimento desta Lei.

De modo geral, neste tópico foram expostos todos os deveres que os agentes de tratamentos devem seguir para não violar as garantias estabelecidas na LGPD. Mesmo que se tenha feito uma análise de modo geral sobre os deveres a serem seguidos pelos agentes como um todo, devem ser estendidos à figura do advogado no momento em que faz uma análise minuciosa sobre o problema enfrentado pelo cliente. Além disso, estes deveres se estendem também sobre os dados pessoais da parte contrária, pautando-se na boa fé que o agente deve ter, conforme preleciona o *caput* do artigo 6º.

3.2 Ato ilícito decorrente de violação de proteção de dados no exercício da advocacia

Neste tópico, será discutida a conduta ilícita praticada pelo agente de tratamento, no caso o advogado, que pode vir a causar danos aos titulares da relação processual. O primeiro mandamento legal que será discutido neste tópico e mais profundamente no próximo é o artigo 42 da LGPD, disposto na Seção III do Capítulo VI, que dispõe sobre a responsabilidade e o ressarcimento de danos, ponto principal da Lei sobre a responsabilidade que os agentes de tratamento possuem frente à proteção de dados. Segundo o art. 42, LGPD: “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”.

De forma geral, o artigo estabelece que se a pessoa, no exercício do tratamento de dados pessoais, causar dano a outrem em decorrência da violação à proteção de dados pessoais, esta será obrigada a repará-lo. Levando em consideração o exposto até aqui neste

último capítulo, pode-se afirmar que, o objetivo máximo do legislador ao elaborar a LGDP foi trazer segurança frente ao tratamento de dados pessoais. Tal posicionamento fica claro ao relembrar os princípios dispostos na própria lei, bem como os direitos dos titulares de dados, pois todos se baseiam na questão da segurança frente ao tratamento de dados. Deste modo, ao estabelecer no artigo 42 a seguinte sentença: “[...] em violação à legislação de proteção de dados”, pode-se afirmar que preceito legal estabelece o tratamento irregular como ponto fundamental no que se refere à responsabilidade civil. Assim, a própria Lei nº 13.709/2018, no seu artigo 44 traz o conceito de tratamento irregular para fins de responsabilidade do agente:

Art. 44. O tratamento de dados pessoais será irregular quando deixar de observar a legislação ou quando não fornecer a segurança que o titular dele pode esperar, consideradas as circunstâncias relevantes, entre as quais:

I - o modo pelo qual é realizado;

II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;

III - as técnicas de tratamento de dados pessoais disponíveis à época em que foi realizado.

Parágrafo único. Responde pelos danos decorrentes da violação da segurança dos dados o controlador ou o operador que, ao deixar de adotar as medidas de segurança previstas no art. 46 desta Lei, der causa ao dano.

A partir da leitura do artigo, resta claro que o ato ilícito para fins de incidência da responsabilidade civil frente à LGPD decorre precipuamente da não observância dos meios adequados de tratamento de dados bem como pelo modo em que é realizado. Diante dessa situação, se restar comprovado que o agente não observou os meios mais seguros disponíveis no momento do tratamento, assim como se o modo utilizado apresentar falhas, o agente deve ser responsabilizado diante da violação dos deveres inerentes à prática de sua atividade. O parágrafo único artigo 44 estabelece que, caso não sejam adotadas as medidas de segurança previstas no artigo 46, o agente responde pelos danos que causar. Diante disso, vale trazer na íntegra o previsto no referido artigo:

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.

§1º A autoridade nacional poderá dispor sobre padrões mínimos para tornar aplicável o disposto no *caput* deste artigo, considerados a natureza das informações tratadas, as características específicas do tratamento e o estado atual da tecnologia, especialmente no caso de dados pessoais sensíveis, assim como os princípios previstos no *caput* do art. 6º desta Lei.

§2º As medidas de que trata o *caput* deste artigo deverão ser observadas desde a fase de concepção do produto ou do serviço até a sua execução.

Conforme já exposto no tópico anterior, no caso de não adotar medidas de segurança eficazes no tratamento de dados, buscando a integridade e a confidencialidade dos mesmos, o advogado cometerá um ato ilícito, sendo passível de ser responsabilizado pelos danos causados da sua não observância dos deveres elencados na própria legislação. Portanto, diante do caso em tela, percebe-se que o ato ilícito para fins de responsabilização dos agentes de tratamento (no caso o advogado) deve analisar todo o conjunto da situação, incluindo as medidas que foram tomadas assim como se os direitos garantidos aos titulares foram cumpridos. Nas situações nas quais o agente cumpriu todos os deveres elencados na legislação, segundo o artigo 43, II da LGPD mesmo que tenha realizado o tratamento de dados que lhe é atribuído, não será responsabilizado.

Concluindo, mais uma vez o legislador deixou bem claro o objetivo proposto por ele ao elaborar a Lei nº 13.709/2018: a prevenção de danos decorrente da proteção de dados. Este ponto restou claro diante dos artigos expostos até o momento, principalmente o artigo 43, II que por mais que o agente tenha realizado o tratamento, caso comprove perante o juiz que se utilizou de métodos eficazes e seguindo todos os deveres dispostos na própria legislação, não será responsabilizado.

3.3 Responsabilidade civil do advogado por violação de proteção de dados: objetiva ou subjetiva?

Por fim, este tópico vai tratar sobre como se dará a responsabilidade civil do advogado frente à proteção de dados. Como citado antes, a LGPD prevê sobre a responsabilidade na Seção III do Capítulo VI, entre os artigos 42 a 45, todavia, não deixa claro se o modelo adotado pela legislação sobre a responsabilidade é subjetivo ou objetivo. Deste modo, serão expostos aqui os argumentos defendidos pelos autores no que diz respeito ao modo de responsabilidade previsto na LGPD e, ao final, a corrente que nos apresenta mais coerente com o ordenamento brasileiro. A presente obra não tem o objetivo de exaurir toda a discussão sobre o tema, mas se propõe a trazer as principais teses dos doutrinadores sobre o tema e expor a tese que se mostra mais coerente.

Diante dos artigos citados no tópico anterior, vale ressaltar que o objetivo precípua do legislador é a proteção dos dados pessoais dos titulares, não se preocupando com a questão

da conduta ou resultado danoso, mas sim com a violação aos deveres dispostos na legislação sobre a proteção de dados.

Vale dizer: a esfera de incidência do regime de responsabilidade civil da LGPD não é demarcada pelo interesse lesado, ou por uma especial condição do sujeito que sofre a lesão (*e. g.*, titular dos dados pessoais), mas sim pela atividade lesiva: incide a LGPD sobre qualquer dano decorrente do exercício da atividade de tratamento de dados pessoais. (SCHREIBER, 2021, p. 322)

Os defensores da tese de que a responsabilidade civil estabelecida na LGPD é subjetiva pautam-se principalmente na ausência de previsão expressa na lei. Deste modo, tendo em vista que, em todos os outros casos no qual se estabeleceu a responsabilidade objetiva, foi definida expressamente na lei, na ausência de previsão expressa na LGPD, adotou-se a regra no ordenamento brasileiro, ou seja, a responsabilidade subjetiva.

Em todas as situações em que o legislador excepcionou a regra da responsabilidade subjetiva no direito privado, o fez de modo expresso e inequívoco, a exemplo do emprego da expressão “independentemente da existência de culpa” nos artigos 12 e 14 do Código de Defesa do Consumidor ou singelamente se referindo à obrigação de reparar o dano “independentemente de culpa”, como na cláusula geral do artigo 927, parágrafo único do Código Civil.

Não há na Lei Geral de Proteção de Dados qualquer artigo que se valha da expressão “independentemente de culpa”, a indicar de modo inequívoco que o regime jurídico adotado fora o da responsabilidade objetiva. (TASSO, 2020, p.107)

Outro ponto que os doutrinadores levantam, sustentando a tese de responsabilidade subjetiva, trata-se da questão da série de deveres impostos pela LGPD que devem ser seguidos pelos agentes. A título exemplificativo, como os previstos no artigo 18, pautando-se sempre na segurança do tratamento de dados. Deste modo, o legislador trouxe na própria legislação condutas que devem ser seguidas pelos agentes de tratamento no cumprimento das obrigações legais impostas a eles. Logo, defendem que seria incabível pensar em um sistema de responsabilidade objetiva na qual o legislador tenha estabelecido uma série de condutas que devem ser seguidas, pois tornar-se-ia inócua uma parcela considerável da legislação, pois nada adiantaria o adimplemento dos deveres dispostos na lei, pois caso houvesse um dano ao titular, o agente estaria obrigado a responsabilizá-lo. (TASSO, 2020, p. 108)

Bruno Bioni e Daniel Dias defendem a tese de que a responsabilidade disposta na LGPD trata-se de uma responsabilidade baseada na culpa do agente. Como primeiro ponto de

defesa da tese, utilizam-se do processo legislativo referente à Lei nº 13.709/2018, pois segundo eles, a primeira versão do projeto de lei previa no artigo 6º expressamente o seguinte mandamento: “O tratamento de dados pessoais é atividade de risco”. Todavia, o referido artigo do projeto de lei foi retirado e na segunda versão deste projeto ganhou força a adoção de uma responsabilidade civil baseada na culpa dos agentes (BIONI; DIAS, 2020). Os referidos autores dão uma especial atenção às excludentes de responsabilidade dispostas no artigo 43, com a seguinte redação:

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 terceiros.

Deste modo, preleciona que o legislador fez uma opção por retirar a responsabilização do agente caso reste comprovado que, durante o tratamento de dados que lhe é atribuído, não houve violação de deveres dispostos na LGPD:

Da mesma forma, quando a LGPD dispõe sobre a responsabilidade civil pela violação à segurança dos dados, há ressalva de que tal responsabilização somente é deflagrada se não foram adotadas as “medidas *aptas* a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação”. Trata-se de elementos que afastam a aplicação do sistema de responsabilidade civil objetiva. (BIONI; DIAS, 2020, p. 7)

Portanto, segundo os autores, diante do trabalho de elaboração da LGPD, o legislador deixou de adotar um regime de responsabilidade objetiva, cristalizando assim a ideia por meio da análise dos princípios dispostos na lei bem como das excludentes de responsabilidade e dos deveres previstos aos agentes de tratamento.

Ademais, os autores defendem que o artigo 43 anteriormente citado traz consigo um ponto interessante sobre a responsabilização dos agentes e sobre a inversão do ônus da prova. Ao tratar do tema em questão, os autores estabelecem a chamada culpa normativa, ou seja, uma noção mais objetivada da culpa, na qual se presume a violação do dever imposta ao causador do dano, cabendo a este comprovar perante o juiz que seguiu todas as regras estabelecidas:

O art. 43 implica a presunção automática de alguns elementos da responsabilidade civil, mas não de todos. Contando com essa presunção, resta ainda ao lesado, em geral, alegar e provar: (i) a realização de (algum) tratamento de dados pessoais – não sendo necessário provar que foi realizado pelo réu; (ii) o dano sofrido; e (iii) o nexo causal entre o tratamento de dados realizado e o dano.

A compatibilização entre as previsões do art. 43 e art. 42, §2º é, então, a seguinte: caso a alegação da vítima seja verossímil, ou haja hipossuficiência para produção de provas, ou a produção seja excessivamente onerosa, o juiz poderá inverter o ônus da prova em relação a esses três últimos elementos. Como resultado a vítima não precisará provar nenhum elemento da responsabilidade, ficando a cargo dos agentes de tratamento o ônus de provar sua não ocorrência. (BIONI; DIAS, 2020, p. 18-19)

Deste modo, se caracteriza os principais argumentos dos autores no que se refere à defesa da responsabilidade prevista na LGPD ser baseada na culpa. Em contrapartida, embora exista um número maior de autores que defendem que a responsabilidade prevista na LGPD seja objetiva, as teses defendidas são menores, ou seja, utilizam-se de menos argumentos teóricos para fundamentar sua tese. Ademais, pautam-se quase que exclusivamente na questão do risco que a atividade de tratamento de dados pode ocasionar ao titulares dos dados.

Nesse sentido, Laura Schertel Mendes e Danilo Doneda afirmam que a responsabilidade dos agentes de tratamento leva em consideração alguns requisitos previstos na Lei. Assim, primeiro, considera-se a natureza da atividade de tratamento de dados, ao estabelecer no artigo 7º as situações nas quais é possível ocorrer. Todavia, os dispositivos legais não devem ser interpretados isoladamente, devendo assim, utilizar os princípios com o objetivo de compreender melhor a atuação. Deste modo, ao estabelecer um rol restrito de atividades nas quais é possível realizar o tratamento de dados, deve ainda utilizar-se dos princípios dispostos no artigo 6º, como o princípio da finalidade bem como a sua adequação:

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

Assim, justifica-se o legislador optar por um regime de responsabilidade objetiva no art. 42, vinculando a obrigação de reparação do dano ao

exercício de atividade de tratamento de dados pessoais. (MENDES; DONEDA, 2018, p. 477)

Ainda nesse sentido, alguns autores defendem que o tratamento de dados é considerado em si uma atividade de risco, e que, portanto, o agente deve ser obrigado a reparar o dano em caso de violação das normas, independentemente de culpa.

Com base na redação do artigo 44, LGPD, questiona-se se o legislador inaugurou um regime de responsabilidade civil diverso daquele adotado no artigo 42, LGPD. Essa indagação se deve ao fato de que (i) o artigo 44, LGPD, utiliza a expressão "tratamento irregular", condicionando a hipótese de responsabilidade civil prevista em seu parágrafo único, à qualificação de irregularidade definida no artigo 46, LGPD, e (ii) o artigo 46, LGPD, encontra-se inserido no Capítulo VII, que trata da "Segurança e Boas Práticas", na Seção I, "Da Segurança e Sigilo de Dados", que se refere às medidas de segurança e boas práticas que devem ser adotadas pelo agente de tratamento para a prevenção de danos decorrentes de incidentes de segurança. Assim, enquanto o artigo 42, LGPD, impõe a obrigação de indenizar "em razão do exercício de atividade de tratamento de dados pessoais", o artigo 44 e seu parágrafo único, LGPD, determinam a obrigação de indenizar caso haja tratamento irregular de dados pessoais, identificado como sendo aquele decorrente da "violação da segurança dos dados". Parece que o legislador quis identificar nessa hipótese situações danosas que decorrem especificamente de incidentes de segurança que são, por sua vez, acontecimentos que se relacionam ao risco inerente ao desenvolvimento da atividade de tratamento de dados, como vazamentos não intencionais e invasão de sistemas e bases de dados por terceiros não autorizados. Neste sentido, esses riscos devem ser necessariamente situados como intrínsecos à atividade de tratamento de dados e, portanto, considerados, em última análise, como hipótese de fortuito interno, incapazes de afastar a obrigação dos agentes de tratamento de indenizar os danos causados pelos incidentes. (MULHOLLAND, 2020)

Ademais, existe parte da doutrina que defende a responsabilidade objetiva na LGPD, utilizando-se de uma interpretação sistêmica, devido ao risco que a atividade de tratamento oferece para o direito fundamental de proteção aos dados pessoais. Deste modo, resta claro que defendem a aplicação da responsabilidade objetiva, pois afirmam que a aplicação de uma responsabilidade subjetiva poderia funcionar como um óbice à reparação de danos causados aos titulares.

Em uma interpretação sistêmica, especialmente fundamentada no fato de que o pressuposto da culpa permanece como um filtro da reparação, o que poderia ocasionar a ampla proteção da pessoa, a melhor interpretação tende a ser a responsabilidade objetiva. Corrobora esta interpretação, o fato de que para além do risco decorrente da atividade, a lesão eventualmente ocasionada afeta um direito fundamental da vítima. (GONDIM, 2021, p. 27)

Diante dos argumentos apresentados, resta agora mostrar a tese defendida e os seus argumentos. Assim, a nosso ver, a tese da responsabilidade subjetiva se mostra aceitável frente à dualidade que aqui se propõe. Deste modo, acreditamos na responsabilidade civil subjetiva na perceptiva apresentada por Bruno Bioni e Daniel Dias, que apresentam a responsabilidade subjetiva baseada na culpa normativa, cabendo assim ao agente de tratamento de dados demonstrar que seguiu todas as medidas necessárias e eficazes para estabelecer a segurança do tratamento de dados. Portanto, se faz mais lógica a ideia de a legislação estabelecer a responsabilidade subjetiva na medida em que estabelece uma obrigação do agente (BIONI; DIAS, 2020), no caso o advogado, de estabelecer medidas/procedimentos que visam a maior segurança do titular dos dados, fazendo com que em casos de violação dos deveres impostos, caiba ao próprio agente comprovar perante o juiz que não cometeu ato ilícito para fins de incidência da responsabilidade na LGPD. Devido à série de deveres impostos ao agente, funciona como meio de se analisar a culpa do advogado frente à violação dos preceitos dispostos na LGPD.

CONCLUSÃO

Concluindo, pode-se afirmar que dado é toda pré-informação, ou seja, toda característica na qual é possível identificar uma pessoa. Nesse sentido, o tratamento de dados é um processo a partir do qual é possível ter uma informação sobre determinado indivíduo. Diante disso, é possível perceber que a LGPD é bem ampla ao proteger tanto os dados como o tratamento de dados para que as informações relacionadas aos indivíduos sejam preservadas de acordo com a autodeterminação estabelecida pelo titular dos dados.

Além disso, restou claro que há uma corrente doutrinária com o intuito de relacionar a proteção de dados como um direito fundamental. Para tanto, como não há nada exposto na Constituição Federal, a doutrina considera a proteção de dados pessoais como uma das faces do direito à proteção da privacidade bem como para garantir a dignidade da pessoa humana. Deste modo, devido à importância que a proteção de dados tem para garantir a dignidade, se faz necessário essa associação a fim de trazer uma proteção maior.

Outro ponto que merece destaque é o âmbito de proteção que a LGPD estabelece no que se refere ao tratamento de dados. Conforme disposto anteriormente, o artigo 7º traz um rol com 10 incisos nos quais é permitido o tratamento de dados e onde há a incidência de proteção da LGPD. Dentre tais incisos, o mais relevante para a presente obra é o inciso VI que dispõe sobre a proteção de dados no que se refere aos processos judiciais, administrativos e arbitrais.

Ainda sobre a LGPD, outro ponto importante para o presente trabalho é a responsabilidade dos agentes de tratamento de dados. Primeiro, ficou estabelecido que, para fins de incidência da LGPD, o advogado pode ser enquadrado como agente de tratamento, pois no exercício da função mexe diretamente com dados dos clientes e da outra parte, devendo assim respeitar os deveres dispostos na legislação de proteção de dados. Ademais, a legislação não deixou claro quanto ao modelo estabelecido de responsabilidade, ou seja, se é uma responsabilidade subjetiva ou objetiva. Assim, cabe a doutrina o trabalho de indicar qual modelo se encaixa melhor diante de uma interpretação sistêmica.

Portanto, o modelo mais acertado de responsabilidade que deve ser adotado para fins de aplicação da LGPD deve ser a responsabilidade subjetiva normativa. Tal modalidade de responsabilidade, apesar do viés mais objetivo se pauta na culpa do agente do tratamento de dados. Assim, devido aos deveres que são estabelecidos na Lei nº 13.709/2018, em casos de dano ao titular, este deve comprovar o dano. Cabe ao agente tratador, no caso o advogado, comprovar que seguiu todos os deveres e métodos mais seguros de proteção de dados

existente atualmente. Desse modo, resta claro que a responsabilidade subjetiva normativa se enquadra de uma forma mais adequada diante da sistemática do ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BIONI, Bruno; DIAS, Daniel. Responsabilidade civil na proteção de dados pessoais: construindo pontes entre a Lei Geral de Proteção de Dados e o Código de Defesa do Consumidor. **civilistica.com**. v. 9, n. 3, p. 1-23, dez. 2020.

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de Dados Pessoais: a função e os limites do consentimento**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

BRASIL. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)**. Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em: 25 ago. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 26 ago. 2021

BRASIL. **Dispõe sobre o compartilhamento de dados por empresas de telecomunicações prestadoras de Serviço Telefônico Fixo Comutado e de Serviço Móvel Pessoal com a Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, para fins de suporte à produção estatística oficial durante a situação de emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020**. Medida Provisória n. 954, de 17 de abril de 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv954.htm. Acesso em: 25 ago. 2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 6387**. Rel. Min. Rosa Weber. Brasília, 24.04.2020.

BRASIL. TRT-15 - RO: 68560 SP 068560/2010, Relator: SAMUEL HUGO LIMA, Data de Publicação: 19/11/2010a.

BRASIL. TRT-13 - ACUMP: 112859 PB 00566.2009.001.13.01-6, Relator: VICENTE VANDERLEI NOGUEIRA DE BRITO, Data de Julgamento: 01/03/2010b.

CARVALHO, Vinicius Marques de; MATTIUZZO, Marcela; GOULART, Damasio. Boas Práticas e Governança na LGPD. In: _____. **Tratado de proteção de dados**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. cap. 18, p. 361-374.

COSTA JÚNIOR, Ademir de Oliveira. O dever ético do advogado. **Revista de Cultura Teológica**, São Paulo, ano XXII, n. 84, p. 82-89, jul/dez. 2014.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. v. 7. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DONEDA, Danilo. Panorama histórico da proteção de dados pessoais. In: _____. **Tratado de proteção de dados**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. cap. 1, p. 03-20.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil, volume 3: responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro, volume 1: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2021.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro, volume 4: Responsabilidade Civil**. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro, volume 2: Teoria Geral das Obrigações**. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019

GONDIM, Glenda Gonçalves. A responsabilidade civil no uso indevido dos dados pessoais. **Revista IBERC**, v. 4, n. 1, p. 19-34, 9 mar. 2021.

LÔBO, Paulo. **Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental**. São Paulo: Saraiva. 2014.

MENDES, Laura Schertel; FONSECA, Gabriel C. Soares da. Proteção de dados para além do consentimento: tendências contemporâneas de materialização. **Revista estudos institucionais**, Rio de Janeiro, v.6, n. 2, p. 507-533, maio/ago. 2020. DOI: 10.21783.

MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo. Reflexões iniciais sobre a nova Lei Geral de Proteção de Dados. **Revista de Direito do Consumidor**. Vol. 120. Ano 27. P. 469-483. São Paulo: Ed. RT, nov-dez. 2018.

MENKE, Fabiano. Segurança da Informação e Vazamento de Dados. In: _____. **Tratado de proteção de dados**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. cap. 17, p. 339-360.

MULHOLLAND, Caitlin. **A LGPD e o fundamento da responsabilidade civil dos agentes de tratamento de dados pessoais: culpa ou risco?** Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/329909/a-lgpd-e-o-fundamento-da-responsabilidade-civil-dos-agentes-de-tratamento-de-dados-pessoais--culpa-ou-risco>>. Acesso em: 30/09/2021.

PEREIRA, Caio Mário da Silva; TEPEDINO, Gustavo. **Responsabilidade civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

RUARO, Regina Linden; SARLET, Gabrielle Bezerra Sales. O direito fundamental à proteção de dados sensíveis no sistema normativo brasileiro: uma análise acerca das hipóteses de tratamento e da obrigatoriedade do consentimento livre, esclarecido e informado sob o enfoque da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) – Lei nº 13.709/2018. In: _____. **Tratado de proteção de dados**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. cap. 9, p. 177-198.

SARLET, Ingo Wolfgang. Fundamentos constitucionais: o direito fundamental à proteção de dados. In: _____. **Tratado de proteção de dados**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. cap. 2, p. 21-60.

SANKIEVICZ, Alexandre; PINHEIRO, Guilherme Pereira. Aspectos da Proteção de dados nas relações de trabalho. In: _____. **Tratado de proteção de dados**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. cap. 26, p. 507-524.

SANTA CATARINA. TJ-SC.AC: **13153 SC 2006.001315-3**. Relator: Luiz Carlos Freyesleben. Data de Julgamento: 08/10/2007.

SANTA CATARINA. TJ-SC.AC: **692707 SC 2009.069270-7**. Relator: Luiz Carlos Freyesleben. Data de Julgamento: 28/10/2010.

SCHREIBER, Anderson. Responsabilidade Civil da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. In: _____. **Tratado de proteção de dados**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. cap. 16, p. 319-338.

SOUZA, Wendell Lopes Barbosa de. A perspectiva histórica da responsabilidade civil. In: _____. **Responsabilidade civil**. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2015.

TASSO, Fernando Antonio. A responsabilidade civil na Lei Geral de Proteção de Dados e sua interface com o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor. **Cadernos Jurídicos**, São Paulo, ano 21, n. 53, p. 97-115, Janeiro-Março. 2020.

TAVARES CORTEZ, Alexandre. Responsabilidade civil do advogado. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7159/responsabilidade-civil-do-advogado>>. Acesso em 27/02/2021.

TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da. **Fundamentos do direito civil: responsabilidade civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

TREVIZAN, Thalita Campos. **A responsabilidade civil do advogado sob a perspectiva civil-constitucional**. Vitória: EDUFES. 2013.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. v. 4. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

VIOLA, Mario; TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. Tratamento de dados pessoais na LGPD: estudo sobre as bases legais dos artigos 7º e 11. In: _____. **Tratado de proteção de dados**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. cap. 6, p. 117-148.