

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO E PROCESSO CIVIL

ELLEN THAIS AKEMI NOMURA BATISTA

**A (IM)POSSIBILIDADE DE PROTEÇÃO *POST MORTEM* DOS DADOS SENSÍVEIS
COM FUNDAMENTO NO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA**

Porto Alegre
2021

ELLEN THAIS AKEMI NOMURA BATISTA

**A (IM)POSSIBILIDADE DE PROTEÇÃO *POST MORTEM* DOS DADOS SENSÍVEIS
COM FUNDAMENTO NO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
como requisito parcial para a obtenção do grau
de Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais
pela Faculdade de Direito da Universidade
Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Fabiano Menke

Porto Alegre
2021

ELLEN THAIS AKEMI NOMURA BATISTA

**A (IM)POSSIBILIDADE DE PROTEÇÃO *POST MORTEM* DOS DADOS SENSÍVEIS
COM FUNDAMENTO NO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Aprovado em 24 de novembro de 2021.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Fabiano Menke (Orientador)
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Luís Renato Ferreira da Silva
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Gerson Luiz Carlos Branco
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

AGRADECIMENTOS

À minha família, por todo apoio e auxílio durante a graduação, superando os desafios de estudar a 1.200 km de casa. Em especial à minha mãe Alice, por ter se desdobrado em mil para me proporcionar ensino de qualidade e por ter acompanhado o desenvolvimento deste trabalho, me auxiliando, inclusive, na escolha do tema. Obrigada por ter permanecido ao meu lado. Isso foi fundamental.

Aos meus amigos, o que faço em nome do João, da Mayumi, da Luísa, da Lury e do Léo. Agradeço a parceria, por me acalmarem nos momentos mais difíceis e por dividirem comigo experiências tão incríveis. Vocês foram essenciais para a conclusão desta monografia.

Àqueles que fizeram parte da minha trajetória profissional, sobretudo ao Alexandre, por me incentivar diariamente, deixando tudo mais leve por saber dosar os momentos de seriedade com os de descontração. A advocacia precisa de mais profissionais como você.

Não poderia deixar de agradecer ao William e ao Simmi. Foi um prazer ser estagiária de vocês e ter aprendido tanto, principalmente sobre o papel do judiciário na proteção dos vulneráveis. Além de ter crescido como profissional, cresci como pessoa. Por tudo isso, meu muito obrigada.

Por fim, ao meu orientador, Prof. Dr. Fabiano Menke, por toda a disponibilidade e por ter me tranquilizado durante a elaboração deste estudo, fazendo apontamentos pertinentes, ao mesmo tempo em que me deu liberdade para desenvolver minhas ideias. Isso foi crucial para o resultado do trabalho.

“No final, a escolha é entre segurança e liberdade: você precisa de ambas, mas não pode ter uma sem sacrificar pelo menos parte da outra; e quanto mais tiver de uma, menos terá da outra.”

(BAUMAN, Zygmunt)

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar a possibilidade de proteção de dados sensíveis de pessoas falecidas, entendidos como parte daquilo que a doutrina vem denominando de herança digital. Para isso, o estudo foi dividido em duas partes. Na primeira, mediante revisão bibliográfica e legislativa, serão examinados alguns aspectos sobre o regime de proteção de dados pessoais sensíveis com base na Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) e no Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (RGPD) da União Europeia, trazendo sua definição, seus fundamentos e princípios, assim como as bases legais de tratamento. Na segunda parte, através dos métodos hipotético-dedutivo e dialético, será averiguada a viabilidade de proteção *post mortem* dos dados sensíveis, valendo-se dos fundamentos explorados na primeira parte do estudo, tais como o princípio da dignidade da pessoa humana e seus desdobramentos (direito à privacidade, à identidade e à autodeterminação informativa). E, diante da resposta afirmativa a esta premissa, surge outro problema: a ausência de regramento específico na LGPD sobre essa matéria. Por isso, também será analisada a possibilidade de se estender o regime protetivo aos dados de pessoas falecidas ou, em caso negativo, a necessidade de adequação legislativa. Ao final, concluiu-se que é essencial a criação de regras voltadas às pessoas mortas, buscando-se inspiração nas leis de proteção de alguns dos Estados-Membros da União Europeia a fim de encontrar possíveis soluções à lacuna na lei de proteção de dados brasileira.

Palavras-chave: Proteção de dados sensíveis. Pessoas falecidas. Lei Geral de Proteção de Dados. Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados.

ABSTRACT

The present paper aims to analyze the possibility of protecting sensitive data of deceased people, comprehended as part of what the doctrine has been calling digital inheritance. In order to do that, this study was divided into two parts. In the first one, using a bibliographic and legislative review, some aspects of the protection regime for sensitive personal data will be examined based on the Brazilian General Data Protection Law (LGPD) and the General Data Protection Regulation (GDPR) of the European Union, bringing its definition, fundamentals and principles, as well as the legal basis for processing. In the second part, through hypothetical-deductive and dialectical methods, the viability of *post mortem* protection of sensitive data will be investigated, using the fundamentals explored in the first part of the study, such as the principle of the dignity of the human being (rights to privacy, identity, and informational self-determination). And, given an affirmative answer to this premise, another problem comes up: the lack of specific regulation in the LGPD about this subject. Therefore, possibilities such as extending the protective system to deceased people's data or, in negative case, the need for legislative adaptation, will also be analyzed. To finish up, it is concluded that the creation of rules for deceased people is essential, seeking inspiration in the protection legislation of some Member States of the European Union to find possible solutions for the gap in the Brazilian data protection law.

Keywords: Sensitive data protection. Deceased people. Brazilian General Data Protection Law. General Data Protection Regulation.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADIs – Ações Diretas de Inconstitucionalidade

CC – Código Civil

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

HIV – Human Immunodeficiency Virus (Vírus da Imunodeficiência Humana)

INSS – Instituto Nacional de Seguro Social

LGPD – Lei Geral de Proteção de Dados

MCI – Marco Civil da Internet

ONU – Organização das Nações Unidas

PROCON – Programa de Proteção e Defesa do Consumidor

REsp – Recurso Especial

RGPD – Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados

STF – Supremo Tribunal de Justiça

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos Humanos

TJSP – Tribunal de Justiça de São Paulo

UNESCO – Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	10
PRIMEIRA PARTE: PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS SENSÍVEIS	
2. Definição de dado sensível (ou categoria especial)	14
3. Fundamentos e princípios.....	19
3.1. Dignidade da pessoa humana e seus desdobramentos	23
3.1.1. Direito à privacidade em suas acepções clássica e moderna	26
3.1.2. Direito à autodeterminação informativa.....	32
3.1.3. Direito à identidade digital.....	34
3.1.4. Princípio da não discriminação.....	37
4. Bases legais para o tratamento de dados sensíveis.....	40
SEGUNDA PARTE: ANÁLISE DA (IM)POSSIBILIDADE DE PROTEÇÃO <i>POST MORTEM</i> DOS DADOS SENSÍVEIS.	
5. Aspectos gerais da herança digital.....	48
6. Proteção póstuma da dignidade da pessoa humana e dos direitos de personalidade.....	52
6.1. Controvérsias doutrinárias.....	52
6.2. A proteção <i>post mortem</i> do corpo eletrônico e da identidade digital.....	56
6.3. O direito à privacidade da pessoa falecida.....	58
6.4. Autodeterminação informativa e o destino dos dados	62
7. Exclusão (tácita) das pessoas falecidas do âmbito de proteção da LGPD.....	64
8. O RGPD e possíveis soluções para a lacuna legislativa	70
9. CONCLUSÃO	77
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	80

1. INTRODUÇÃO

No final da década de 1990, houve um significativo avanço tecnológico com o surgimento dos microcomputadores e dos *mainframes* – plataformas que processam um grande volume de dados em um curto espaço de tempo – descentralizados e autônomos da computação universal, através da interconexão de dispositivos aplicáveis a diversas atividades, contextos e locais conectados eletronicamente¹.

O conjunto de transformações decorrentes, sobretudo, da difusão da *internet*, fez emergir uma nova forma de organização social, política e econômica denominada “sociedade da informação”², caracterizada pelo desenvolvimento da microeletrônica, das ciências da computação, dos dispositivos e meios de telecomunicações, da optoeletrônica e da engenharia genética. Por isso, as ferramentas criadas neste período se destinavam principalmente à estrutura de *hardwares* e *softwares* baseada na interpretação e no processamento de dados³.

Nesse cenário, chama atenção a velocidade com que as informações dos indivíduos são coletadas, acumuladas, organizadas, examinadas, utilizadas e eliminadas, através de sistemas avançados, que capturam dados até mesmo sem a anuência dos seus titulares, visto que as plataformas digitais geralmente exigem, para que se tenha acesso aos serviços oferecidos, o aceite aos seus termos de uso, ainda que isso possa representar uma renúncia à privacidade⁴.

Pode-se dizer, então, que estamos na era do *Big Data*, definida por Boyd e Crawford como um fenômeno cultural, tecnológico e acadêmico que se baseia na interação de: (i) tecnologia, com a maximização do poder de computação e a precisão algorítmica; (ii) análise,

¹ CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede: a era da informação: economia, sociedade e cultura**. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2002. v. 1. p. 76-89.

² Bruno Zampier aponta que muitas expressões têm sido utilizadas para denominar o atual momento social, citando a “era do virtual” (Baudrillard); “sociedade midiaticizada” (Fausto Neto); “hipermodernidade” (Lipovetsky) e “sociedade em rede” (Castells), mas que seria possível “identificar um forte elemento comum: a influência das novas tecnologias da comunicação e da informação. Daí a predileção pela expressão igualmente consagrada: a sociedade da informação” (ZAMPIER, Bruno. **Bens digitais: Redes Sociais; E-mails; Músicas; Livros; Milhas; Aéreas; Moedas Virtuais**. 2. ed. Indaiatuba: Foco Jurídico, 2021. p. 11).

³ GAZOLLA, Frederico. **Direito à privacidade na sociedade da informação e o pós-panoptismo: uma análise sobre privacidade e regulação da proteção de dados pessoais**. São Paulo: Dialética, 2021. p. 17. Disponível em: <https://pt.scribd.com/read/522351413/Direito-a-privacidade-na-sociedade-da-informacao-e-o-pos-panoptismo-uma-analise-sobre-privacidade-e-regulacao-da-protecao-de-dados-pessoais>. Acesso em: 01 de out. 2021.

⁴ FERREIRA, Rubens da Silva. **A sociedade da informação como sociedade de disciplina, vigilância e controle**. Información, cultura y sociedad. n. 31, p. 109-120, dez. 2014, p. 117. Disponível em: <http://revistascientificas.filo.uba.ar/index.php/ICS/article/view/1060/1070>. Acesso em: 01 de out. 2021.

identificando-se padrões através de um conjunto de dados; e (iii) mitologia, ou seja, a crença de que grupos de dados oferecem uma forma superior de inteligência e conhecimento⁵.

Diante da troca de dados, na atual “sociedade do espetáculo”, termo alcunhado por Guy Debord⁶, a mercadoria ocupou totalmente a vida social⁷, razão pela qual os dados pessoais – especialmente aqueles dotados de sensibilidade, por se relacionarem à comportamentos encobertos que o indivíduo, via de regra, pretende manter a par do conhecimento e da interferência alheia⁸ – assumiram status de *commodity*, isto é, de verdadeiro ativo financeiro na sociedade da informação⁹.

Desse modo, o processamento de dados, na contemporaneidade, ganhou especial relevo diante do valor econômico a ele atribuído e a extensão das interações sociais para o ambiente virtual acabou por potencializar a vigilância e o controle sobre a circulação de informações pela *internet*¹⁰. Isso se deu através de um fenômeno denominado por Andrew L. Shapiro de indústria da vigilância privada, que é o resultado de um mercado amplo e lucrativo de informações pessoais que permite a qualquer pessoa descobrir dados sobre outra apenas navegando pela rede¹¹, em alguns casos mediante o pagamento de certa quantia.

Essa “nova vigilância”, para Gary T. Marx, transcende os sentidos, o espaço, o tempo, bem como as tradicionais fronteiras do próprio ser, do seu corpo e do seu grupo¹². Nessa perspectiva, adaptando o “dispositivo polivalente da vigilância” de Jeremy Bentham, o

⁵ Tradução livre. No original: “We define Big Data as a cultural, technological, and scholarly phenomenon that rests on the interplay of: (1) Technology: maximizing computation power and algorithmic accuracy to gather, analyze, link, and compare large data sets. (2) Analysis: drawing on large data sets to identify patterns in order to make economic, social, technical, and legal claims. (3) Mythology: the widespread belief that large data sets offer a higher form of intelligence and knowledge that can generate insights that were previously impossible, with the aura of truth, objectivity, and accuracy. (BOYD, Danah; CRAWFORD, Kate. **Critical questions for Big Data**. Information, Communication & Society, p. 662-679, maio. 2012. p. 623. Disponível em: <https://www.dhi.ac.uk/san/waysofbeing/data/communication-zangana-boyd-2012.pdf>. Acesso em: 10 de out. 2021).

⁶ DEBORD, Guy. **A Sociedade do Espetáculo**: comentários sobre a sociedade do espetáculo. 8ª reimpressão. Rio de Janeiro: Contraponto, 1999. p. 23.

⁷ Ibid., p. 30.

⁸ GAZOLLA, op. cit., p. 18.

⁹ 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 13.709/2018. In: BIONI, Bruno (Coord.). Tratado de proteção de dados pessoais. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 201. *E-book*.

¹⁰ FERREIRA, op. cit., p. 116.

¹¹ Tradução livre. No original: “private surveillance industry” [...] “The result is a broad and lucrative market for personal information that allows anyone with a buck to find out a whole lot about anyone else, just by trolling around the Internet.” (SHAPIRO, Andrew L. *The Control Revolution* New York: how the Internet is putting individuals in charge and changing the world we know. New York: Public Affairs, 1999. p. 158).

¹² MARX, Gary T. **Windows into the Soul**: Surveillance and Society in an Age of High Technology. London: The University of Chicago Press, 2016. p. 01.

“panóptico”¹³, para a atualidade, Byung-Chul Han utiliza a expressão “panóptico digital” para definir a sociedade do controle atual. Fazendo um paralelo com a máquina panóptica de Bentham, o filósofo sul-coreano entende que, ao contrário da população carcerária, os “habitantes digitais” estão ligados em rede, comunicando-se intensamente uns com os outros. Com base nisso, conclui que o que assegura a transparência não é o isolamento, mas a hipercomunicação¹⁴.

É justamente por isso que as novas práticas de vigilância estão assentadas no processamento de dados, de modo que os cidadãos, segundo Zygmunt Bauman e David Lyon, por todo o espectro dos papéis que desempenham na vida cotidiana, são permanentemente checados, monitorados, testados, avaliados, apreciados e julgados¹⁵.

Dessa forma, o tema da privacidade ganhou contornos – ainda mais – relevantes, visto que, a partir da década de 1960, a sua concepção começou a se alterar, especialmente com a massificação das relações contratuais, o que estimulou o aumento do fluxo de dados na sociedade¹⁶, conforme será tratado ao longo deste trabalho.

Aliado a isso, para manter em sigilo os dados armazenados, despontou a prática conhecida como “segurança da informação”, basicamente desenvolvida para proteger os sistemas operacionais, como bancos de dados públicos e privados. E, com a introdução do computador, ficou evidente a necessidade de ferramentas automatizadas para proteger arquivos e informações nele contidos¹⁷, uma vez que a antiga prática de armazenamento em meios físicos não se mostrava mais eficiente diante da abundância de informações, da multiplicidade de operações e da rapidez de sua disseminação.

Entretanto, apesar dos esforços para manter em sigilo os dados coletados, na prática, tem se visto inúmeros incidentes envolvendo a exposição de informações, o que representa um perigo maior quando se está diante de dados sensíveis – como aqueles relativos à saúde do

¹³ Para Bentham, a configuração panóptica serviria tanto para prisões quanto para escolas, usinas, asilos, hospitais e *workhouses*. Refere que os dois princípios fundamentais da construção panóptica são a posição central da vigilância e sua invisibilidade, visto que, do ponto central, o espaço fechado é visível de parte a parte, sem esconderijos, de modo que a transparência é perfeita. “Nos pontos situados sobre a circunferência das celas tudo se inverte: impossível olhar para fora, impossível se comunicar com o ponto vizinho, impossível distinguir o ponto central” (BENTHAM, Jeremy. **O Panóptico**. TADEU, Tomaz (Org.). 3. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2019. p. 134-135. Disponível em: <https://pt.scribd.com/read/405789280/O-panoptico>. Acesso em: 02 de out. 2021).

¹⁴ HAN, Byung-Chul. **Sociedade da transparência**. Tradução: Enio Paulo Giachini. Rio de Janeiro: Vozes, 2017. p. 73-74. Disponível em: <https://pt.scribd.com/read/405835836/Sociedade-da-transparencia>. Acesso em: 03 de out. 2021.

¹⁵ BAUMAN, Zygmunt. **Vigilância Líquida: Diálogos com David Lyon**. Rio de Janeiro: Zahar, 2013. p. 13.

¹⁶ SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014. *E-book*. p. 137.

¹⁷ Tradução livre. No original: “With the introduction of the computer, the need for automated tools for protecting files and other information stored on the computer became evident” (STALLINGS, William. **Network security essentials: applications and standards**. 4. ed. Londres: Pearson, 2007. p. 02).

titular – escolhidos como objeto deste estudo em virtude da maior visibilidade do seu potencial de violação aos direitos de personalidade.

Assim, a primeira parte da presente monografia será inteiramente dedicada ao exame das informações de natureza sensível, sua definição, fundamentos e princípios, assim como as bases legais para tratamento previstas na Lei nº 13.709/18 (LGPD), fazendo-se um paralelo com o Regulamento nº 2016/679 (RGPD) da União Europeia, em decorrência da grande influência que este exerceu sobre aquela.

Para ilustrar a pertinência da temática, traz-se dois exemplos de vazamento de dados, um brasileiro e um europeu: em novembro de 2020, o Hospital Albert Einstein foi notificado pelo Procon do Estado de São Paulo para prestar esclarecimentos sobre a revelação da lista de pacientes testados, diagnosticados e internados por covid-19, o que dava acesso às informações relativas à saúde de, pelo menos, 16 milhões de indivíduos¹⁸. De modo similar, em fevereiro de 2021, investigadores franceses de crimes cibernéticos começaram a apurar o vazamento de dados médicos de cerca de meio milhão de pessoas, incluindo informações altamente confidenciais, relacionadas ao HIV e ao estado de fertilidade¹⁹.

Aliás, é preciso se ter em mente que essas divulgações indevidas não estão limitadas aos dados de pessoas vivas, abrangendo também as pessoas falecidas, cujas informações vêm sendo utilizadas para a prática de fraudes. Cumpre rememorar que, em janeiro de 2021, foi veiculado pela mídia um dos maiores vazamentos de dados da história, envolvendo mais de 223 milhões de brasileiros²⁰, incluindo falecidos, que tiveram suas informações expostas e utilizadas por criminosos digitais, como dados de escolaridade, benefícios do INSS e programas sociais, renda e *score* de crédito²¹.

¹⁸ PROCON-SP, **Instituição deverá explicar sobre vazamento de lista que expôs dados pessoais e médicos de pacientes testados, diagnosticados e internados por covid-19**. São Paulo, 30 de set. 2020. Disponível em: <https://www.procon.sp.gov.br/procon-sp-notifica-hospital-albert-einstein/>. Acesso em: 07 de out. 2021.

¹⁹ No original: “French cybercrime investigators said Thursday they were investigating the leak of the medical data of nearly half a million people, including such highly confidential information as their HIV and fertility status”. (FRANCE 24, **France investigates leak of almost 500,000 medical records, including HIV and fertility status**. França, 25 de fev. 2021. Disponível em: <https://www.france24.com/en/europe/20210225-france-investigates-massive-leak-of-medical-records>. Acesso em: 07 de out. 2021).

²⁰ ROHR, Altieres. **Megavazamentos de dados expõem informações de 223 milhões de números de CPF**. G1 Economia. São Paulo, 25 de jan. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2021/01/28/vazamento-de-dados-de-223-milhoes-de-brasileiros-o-que-se-sabe-e-o-que-falta-saber.ghtml>. Acesso em: 07 de out. 2021.

²¹ É uma pontuação que indica as chances de um determinado perfil pagar as contas corretamente em um período de 12 meses e é um dos itens avaliados na concessão de empréstimos, financiamentos e cartões (SERASA. **Score de crédito: as respostas das principais dúvidas**. Disponível em: <https://www.serasa.com.br/ensina/aumentar-score/score-de-credito/>. Acesso em: 10 de out. 2021).

No que concerne às pessoas mortas, além do risco de exposição de seus dados, há outras questões que merecem análise e discussão, como o acesso indevido por terceiros e a continuidade do seu tratamento mesmo após a morte do titular, sobremaneira por plataformas digitais.

Essas informações pessoais integram aquilo que vem sendo denominado pela doutrina de “herança digital” ou, mais especificamente, “herança de dados”, tema que será analisado na segunda parte desta monografia, ocasião em que será averiguada a possibilidade ou não de tutela *post mortem* dos dados sensíveis. Para tanto, através dos métodos hipotético-dedutivo e dialético, será estudada, em um primeiro momento, a possibilidade de se utilizar os fundamentos já existentes no ordenamento jurídico brasileiro para a proteção de dados sensíveis de pessoas naturais para justificar a tutela póstuma.

E, diante da resposta afirmativa a esta premissa, surge outro problema: a ausência de regramento específico na LGPD sobre essa matéria, o que tem o condão de gerar insegurança jurídica, particularmente por se tratar de uma problemática recente, com demandas incipientes ao poder judiciário. Por isso, será explorada, em um segundo momento, a viabilidade de se estender o regime protetivo aos dados de pessoas falecidas ou, em caso negativo, a necessidade de adequação legislativa.

É sobre o que se passará a expor.

PRIMEIRA PARTE: PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS SENSÍVEIS

2. Definição de dado sensível (ou categoria especial)

Dados de caráter pessoal, como esclarece Têmis Limberger, são aqueles que contêm informações de pessoas físicas, que permitem a sua identificação imediata ou posterior²², em consonância com o conceito apresentado pelo TEDH: “qualquer informação relativa a um indivíduo identificado ou identificável”²³. Todavia, Danilo Doneda ressalva que o dado pessoal

²² LIMBERGER, Têmis. **Da evolução do direito a ser deixado em paz à proteção dos dados pessoais**. *Novos Estudos Jurídicos*. v. 14, n. 2, p. 27-53, 2009. p. 43. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/1767/1407>. Acesso em: 01 de out. 2021.

²³ RUARO, Regina Linden. RODRIGUEZ, Daniel Piñeiro. **O direito à proteção dos dados pessoais: uma leitura do sistema europeu e a necessária tutela dos dados sensíveis como paradigma para o sistema brasileiro**. *Direitos Fundamentais e Justiça*. n. 11, p. 163-180. 2021. p. 170. Disponível em: <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/438>. Acesso em: 01 de out. 2021.

não se confunde com qualquer tipo de informação, devendo, para assim ser enquadrada, estar vinculada a uma pessoa, revelando ou tendo potencial de revelar algum aspecto objetivo²⁴.

Limberger prossegue aduzindo que alguns dados, por possuírem conteúdo especial, como ideologia, religião ou crença, origem racial, saúde e vida sexual, são denominados dados sensíveis²⁵, os quais, consoante Bruno Bioni, constituem uma tipologia diferente, na medida em que o seu conteúdo oferece uma especial vulnerabilidade: a discriminação. Surgem, então, preocupações quanto à distinção ou diferenciação de uma pessoa em decorrência de tais aspectos de sua personalidade²⁶, podendo favorecer práticas de exclusão, segregação e desigualdade²⁷.

Nessa perspectiva, sublinha-se que tais informações, caso sejam conhecidas e submetidas a tratamento²⁸, podem ser utilizadas de forma discriminatória ou lesiva e, por isso, apresentam maiores riscos quando comparadas com outros tipos de dados²⁹ – pessoais não sensíveis e anonimizados³⁰. A título exemplificativo, já vinha antecipando Stefano Rodotà que o conhecimento, por parte do empregador ou de uma companhia seguradora, de informações sobre uma pessoa infectada pelo HIV ou que apresente características genéticas particulares, pode gerar discriminações, sob a forma de demissão, não admissão, recusa em estipular um contrato de seguro ou solicitação de um prêmio de seguro especialmente elevado³¹.

²⁴ Danilo Doneda cita Pierre Catala que, no seu artigo intitulado “Ebauche d’une théorie juridique de l’information”, afasta outras categorias de informações que, embora façam referência a uma pessoa, não seriam consideradas propriamente informações pessoais, no sentido pretendido, a exemplo das opiniões alheias sobre uma pessoa e a sua produção intelectual, considerando que informação pessoal é aquela cujo objeto é a própria pessoa. (DONEDA, Danilo. **Da Privacidade à Proteção de Dados Pessoais**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. *E-book*. p. 2.2).

²⁵ LIMBERGER, op. cit., p. 43.

²⁶ BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. *E-book*. p. 83.

²⁷ CORRÊA, Ivo; PAULA, Felipe de; BELLINTANI, Beatriz. **COVID-19: a necessidade de disciplina adequada à proteção de dados sensíveis no Brasil**. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, n. especial, p. 179-206, nov. 2020. p. 189. Disponível em: <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/1007>. Acesso em: 03 de out. 2021.

²⁸ Conforme o art. 5º, inciso X da LGPD, tratamento é 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 (BRASIL. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)**. Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm. Acesso em: 04 de out. 2021).

²⁹ DONEDA, op. cit., p. 2.3.

³⁰ “Dado relativo a titular que não possa ser identificado, considerando a utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis na ocasião de seu tratamento” (Art. 5º, III da LGPD).

³¹ RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade de vigilância: a privacidade hoje**. MORAES, Maria Celina Bodin de (Org.). Tradução: Danilo Doneda e Luciana Cabral de Doneda. Renovar: Rio de Janeiro, 2008. p. 106.

Por tais motivos, Doneda esclarece que houve a criação de uma categoria própria, resultado de uma observação pragmática sobre a diferença dos efeitos no seu tratamento em relação aos demais³².

A primeira lei brasileira a conferir proteção diferenciada aos dados sensíveis foi a Lei do Cadastro Positivo (Lei nº 12.414/2011), que trouxe, no seu art. 3º, §3º, inciso II, vedação expressa às anotações em bancos de dados de informações sensíveis, “assim consideradas aquelas pertinentes à origem social e étnica, à saúde, à informação genética, à orientação sexual e às convicções políticas, religiosas e filosóficas”³³.

De igual modo, para fins de regulação das atividades de tratamento de dados, a LGPD categoriza de forma diferenciada os dados pessoais e os dados pessoais sensíveis³⁴. Segundo o art. 5º, inciso I da lei protetiva brasileira, dado pessoal é composto por informações relacionadas à pessoa natural identificada ou identificável; ao passo que, para definir os dados sensíveis, o legislador optou por uma conceituação exemplificativa³⁵, estipulando, no inciso II do mesmo dispositivo, que dado sensível é todo “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”³⁶.

Cumpre assentar, ademais, que no Projeto de Lei nº 4060/12, de iniciativa do Deputado Milton Monti, do Partido Liberal de São Paulo, cujo objetivo foi criar moldura jurídica e institucional ao tratamento de dados pessoais, aprovado em 29 de maio de 2018, restou consignado que a definição de dados sensíveis se coaduna com o previsto no Art. 6º da Convenção 108 do “Conselho da Europa para a Proteção das Pessoas Singulares no que diz respeito ao Tratamento Automatizado de Dados Pessoais”, de 28 de janeiro de 1981³⁷, que foi

³² DONEDA, op. cit., p. 2.3.

³³ BRASIL, **Lei do Cadastro Positivo** (Lei nº 12.414/2011). Brasília, DF: Presidência da República, 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112414.htm. Acesso em: 01 de out. 2021.

³⁴ MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. **Dados pessoais sensíveis e a tutela de direitos fundamentais: uma análise à luz da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/18)**. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais. v. 19, n. 3, p. 159-180, set./dez. 2018. p. 165. Disponível em: <https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/1603/pdf>. Acesso em: 02 de out. 2021.

³⁵ KONDER, Carlos Nelson. **O tratamento de dados sensíveis à luz da Lei 13.709/2018**. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (Org.). Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no direito brasileiro. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 453. Disponível em: <http://konder.adv.br/wp-content/uploads/2019/09/O-tratamento-de-dados-sensiveis-a-luz-da-Lei-13709-de-2018.pdf>. Acesso em: 02 de out. 2021.

³⁶ BRASIL, op. cit., LGPD.

³⁷ MONTI, Milton. **Projeto de Lei nº 4060/12**. Brasil: 2018. p. 68. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=548066>. Acesso em: 02 de out. 2021.

o primeiro instrumento internacional juridicamente vinculativo adotado no domínio da proteção de dados³⁸, atualmente em vigor na sua versão atualizada, denominada “Convenção 108+”.

Por pertinente, cabe enfatizar que a Convenção 108 incluía no rol de dados sensíveis do art. 6º os dados pessoais relativos às condenações criminais, em conjunto com aqueles que revelam a origem racial; as opiniões políticas, religiosas ou outras crenças; bem como informações relacionadas à saúde ou à vida sexual de um indivíduo³⁹.

Com alicerce no referido documento, posteriormente, o Parlamento Europeu e o Conselho da União Europeia aprovaram a Diretiva 95/46/CE, que tratou do tema dos dados sensíveis no seu art. 8º, mantendo a listagem do referido tratado internacional, mas ampliando e reservando um parágrafo (5º) para os dados relativos às infrações, condenações penais ou medidas de segurança⁴⁰.

De modo bastante similar à LGPD, o RGPD – adotado como parte do Pacote de Reforma da Proteção de Dados da União Europeia e que entrou em vigor em 2016, com aplicação em 25 de maio de 2018 – trouxe, em seu art. 4º (1), a definição de dado pessoal como sendo qualquer informação relativa a uma pessoa natural identificada ou identificável (“titular dos dados”) direta ou indiretamente, em particular por referência a um identificador, como nome, número de identificação, dados de localização, identificador eletrônico ou um ou mais fatores específicos de identidade física, fisiológica, genética, mental, econômica, cultural ou social⁴¹.

Ao contrário da lei brasileira, a legislação europeia não trouxe expressamente o conceito de “dado sensível”, apesar de, no dispositivo acima referenciado, constar a definição

³⁸ MACIEJEWSKI, Mariusz. **Proteção de Dados Pessoais**. Parlamento Europeu: 2021. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/pt/FTU_4.2.8.pdf. Acesso em: 09 de out. 2021.

³⁹ Tradução livre. No original: Personal data revealing racial origin, political opinions or religious or other beliefs, as well as personal data concerning health or sexual life [...] The same shall apply to personal data relating to criminal convictions. Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data. (COUNCIL OF EUROPE. **European Treaty Series n° 108**, Estrasburgo: 1981. Disponível em: <https://rm.coe.int/1680078b37>. Acesso em: 03 de out. 2021)

⁴⁰ Tradução livre. No original: data relating to offences, criminal convictions or security. (EUROPEAN UNION LAW. **Directive 95/46/EC** of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data. Luxemburgo: 1995. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/1995/46/oj>. Acesso em: 03 de out. 2021)

⁴¹ Tradução livre. No original: ‘personal data’ means any information relating to an identified or identifiable natural person (‘data subject’); an identifiable natural person is one who can be identified, directly or indirectly, in particular by reference to an identifier such as a name, an identification number, location data, an online identifier or to one or more factors specific to the physical, physiological, genetic, mental, economic, cultural or social identity of that natural person (EUROPA, **General Data Protection Regulation**. Bruxelas: 2018. Disponível em: <https://RGPD-info.eu/art-4-RGPD/>. Acesso em: 10 de out. 2021).

de dado genético, biométrico e dado relacionado à saúde⁴². Neste ponto da exposição, convém destacar que o RGPD inova ao trabalhar com a denominação “categoria especial de dado” para designar as informações que, nas antigas leis de privacidade, eram conhecidas como dados pessoais sensíveis⁴³, denominação adotada pela LGPD.

Contudo, há um artigo destinado exclusivamente a disciplinar este grupo: o art. 9º, intitulado “processamento de categorias especiais de dados pessoais”⁴⁴, que elenca, no seu parágrafo primeiro, os dados que merecem proteção especial. São aqueles de origem racial ou étnica, opiniões políticas, crenças religiosas ou filosóficas, filiação sindical, dados genéticos, biométricos (com o objetivo de identificação) e dados relativos à saúde, à vida ou à orientação sexual de uma pessoa natural⁴⁵.

Impreterível assegurar, ademais, que o RGPD possui “considerandos”⁴⁶, que contêm as razões pelas quais foram estipuladas as redações dos seus respectivos artigos, as quais nos auxiliam a compreender essa categoria especial de dados. No considerando nº 51 (1), tem-se que os dados pessoais que são, pela sua natureza, particularmente sensíveis em relação aos direitos e liberdades fundamentais, merecem proteção específica, uma vez que o contexto do seu tratamento pode lhes causar riscos significativos⁴⁷.

Feito esse breve paralelo entre a LGPD e o RGPD, vale frisar que a classe de dados sensíveis recebeu críticas por parte da doutrina, acarretando discussões acerca da taxatividade

⁴² Conforme tradução de Viviane Nóbrega Maldonado e Renato Opice Blum, (i) os dados genéticos são dados pessoais relativos às características genéticas, hereditárias ou adquiridas, de uma pessoa que tragam informações únicas sobre a sua fisiologia ou a sua saúde e que resulte especificamente de uma análise de uma amostra biológica proveniente dessa mesma pessoa; (ii) os dados biométricos são dados pessoais resultantes de um tratamento técnico específico relativo às características físicas, fisiológicas ou comportamentais de uma pessoa que permitam ou confirmem a identificação única dela, como imagens faciais ou dados dactiloscópicos; e (iii) os dados relativos à saúde são dados pessoais relacionados com a saúde física ou mental de uma pessoa, incluindo a prestação de serviços de saúde, que revelem informações sobre o seu estado de saúde (MALDONADO, Viviane Nóbrega; BLUM, Renato Opice. **Comentários ao RGPD: Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. *E-book*, p. 3.2)

⁴³ Tradução livre. No original: “[...] special category of data, previously known as sensitive personal information in old privacy laws” (GABA, John Paul M; ESTREMADURA, Joan Janneth M. **Data Protection of Biometric Data and Genetic Data Cybersecurity, Telecommunications, High Technology and the Law**. Ateneo Law Journal. p. 952. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/ateno64&i=957>. Acesso em: 10 de out. 2021).

⁴⁴ Tradução livre. No original: “Processing of special categories of personal data” (GDPR, op. cit.).

⁴⁵ Tradução livre. No original: “[...] personal data revealing racial or ethnic origin, political opinions, religious or philosophical beliefs, or trade union membership, and the processing of genetic data, biometric data for the purpose of uniquely identifying a natural person, data concerning health or data concerning a natural person’s sex life or sexual orientation” (GDPR, op. cit.).

⁴⁶ Tradução livre de “recitals”.

⁴⁷ Tradução livre. No original: “Personal data which are, by their nature, particularly sensitive in relation to fundamental rights and freedoms merit specific protection as the context of their processing could create significant risks to the fundamental rights and freedoms” (Disponível em: <https://RGPD-info.eu/recitals/no-51/>. Acesso em: 10 de out. 2021).

ou não do seu rol. Não se pretendendo aprofundar no assunto, que merece estudo próprio, aproveita-se a ocasião para trazer opiniões doutrinárias pontuais, começando por Konder, que é categórico ao se posicionar no sentido da inviabilidade de concebê-lo como *numerus clausus*, justamente porque os dados sensíveis são definidos a partir dos efeitos potencialmente lesivos do seu tratamento⁴⁸.

Por outro lado, Negri e Korkmaz afirmam que o dado pessoal sensível é delimitado por intermédio de eixos de *fattispecie*, ou seja, através de um esquema taxativo e, portanto, limitado a situações jurídicas objetivas⁴⁹. No entanto, asseguram que a listagem apresentada não exaure todas as circunstâncias nas quais uma pessoa pode ser submetida a discriminação e desigualdade. Citam, para exemplificar, os dados referentes a condenações criminais, os quais, se tratados para uma finalidade econômica, poderiam impedir que um indivíduo reiniciasse sua vida na concretização da sua dignidade e do exercício de sua autonomia⁵⁰.

Por último, Marcel Leonardi é assente em consignar que o conceito de dados sensíveis é taxativo e não meramente exemplificativo, em razão de sua especialidade e das diversas restrições impostas ao seu tratamento, sendo recomendável que eles sejam elencados em *numerus clausus*, tal como feito pela LGPD, e não de forma aberta e genérica, como previam projetos de lei anteriores⁵¹.

3. Fundamentos e princípios

Antes da LGPD e do MCI havia um único mecanismo de proteção dos dados, o “*habeas data*”⁵², remédio constitucional previsto no art. 5º, LXXII, alínea “a”, da CRFB/88 e

⁴⁸ KONDER, op. cit., p. 455.

⁴⁹ NEGRI, Sergio Marcos Carvalho de Ávila; KORKMAZ, Maria Regina Detoni Cavalcanti Rigolon. **A normatividade dos dados sensíveis na Lei Geral de Proteção de Dados: Ampliação conceitual e proteção da pessoa humana.** Revista de Direito, Governança e Novas Tecnologias. v. 5, n. 1, p. 63-85, 2019. p. 74. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/revistadgnt/article/view/5479/pdf>. Acesso em: 01 de out. 2021.

⁵⁰ Ibid., p. 77-78.

⁵¹ LEONARDI, Marcel. **Transferência internacional de dados pessoais.** In: BIONI, Bruno (Coord.). Tratado de proteção de dados pessoais. Rio de Janeiro: Forense, 2021. *E-book*. p. 300.

⁵² O habeas data é “o meio constitucional posto à disposição de pessoa física ou jurídica para lhe assegurar o conhecimento de registros concernentes ao postulante e constantes de repartições públicas ou particulares acessíveis ao público, para retificação de seus dados pessoais. [...] Também se tem salientado o caráter pessoal dos dados e informações a serem obtidos ou corrigidos pelo habeas data. Trata-se de garantia constitucional decorrente da chamada “liberdade de informática”, dando acesso aos bancos de dados para controle das informações neles constantes a respeito da pessoa, do indivíduo, em todos os seus aspectos, políticos, econômicos, sanitários, familiares etc., segundo entende a melhor doutrina” (MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Aroldo; MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de Segurança e Ações Constitucionais.** 32. ed., São Paulo: Malheiros, 2009. p. 303-305)

concebido para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público⁵³.

O MCI, que entrou em vigor em 23 de junho de 2014, já previa no inciso III do seu art. 3º a proteção de dados pessoais como princípio da disciplina do uso da *internet* no Brasil⁵⁴.

Mas foi a LGPD, em vigência desde 18 de setembro de 2020, que regulamentou de forma específica a proteção de dados no território nacional. Como panorama geral, a legislação elenca, nos incisos do art. 2º, os fundamentos para a disciplina da proteção de dados: (i) respeito à privacidade; (ii) autodeterminação informativa; (iii) liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião; (iv) inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem; (v) desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação; (vi) livre iniciativa, livre concorrência e a defesa do consumidor; e (vii) direitos humanos, livre desenvolvimento da personalidade, dignidade e exercício da cidadania pelas pessoas naturais.

Outrossim, nos incisos do art. 6º, a LGPD arrolou os princípios que devem ser observados quando do tratamento de dados pessoais, quais sejam: (i) finalidade; (ii) adequação; (iii) necessidade; (iv) livre acesso; (v) qualidade dos dados; (vi) transparência; (vii) segurança; (viii) prevenção (ix) não discriminação; (x) responsabilização e prestação de contas⁵⁵.

De modo bastante similar, o RGPD, que serviu de inspiração para a lei brasileira, elenca, em seu art. 5º, parágrafo 1º, os seguintes princípios: (a) legalidade, equidade e transparência; (b) finalidade: coleta para fins específicos, explícitos e legítimos; e não

⁵³ BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 03 de out. 2021.

⁵⁴ BRASIL, **Marco Civil da Internet**. Brasília, DF: Presidência da República, 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm#art32. Acesso em: 22 de out. 2021.

⁵⁵ Art. 6º da LGPD: 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.

processados posteriormente de maneira incompatível com esses fins; (c) adequação, relevância e limitação ao que é necessário em relação aos fins para os quais são processados; (d) precisão e atualização, quando necessário; (e) limitação do tempo de armazenamento; (f) segurança: incluindo a proteção contra processamento não autorizado ou ilegal, perda, destruição ou dano acidental, utilizando-se de medidas técnicas ou organizacionais adequadas. Por fim, o parágrafo segundo traz a questão da responsabilidade do controlador, que deve ser capaz de demonstrar o cumprimento do disposto no parágrafo 1º⁵⁶.

Atendo-se à LGPD, observa Ana Frazão que esta conferiu ampla proteção ao cidadão⁵⁷, de modo que, neste ponto, pretende-se examinar apenas os fundamentos aplicáveis com maior robustez e singularidade aos dados pessoais sensíveis, conforme entendimento doutrinário, na medida em que tais critérios terão especial relevância para o desenvolvimento da segunda parte deste trabalho.

Teixeira e Konder afirmam que as informações pessoais colocadas na rede provocam desdobramentos que reclamam tutela prioritária, sobretudo após a pandemia causada pelo coronavírus, que colocou a vida virtual em evidência, ganhando destaque a proteção dos dados sensíveis no âmbito da LGPD. Elucidam que os dados pessoais acabam revelando importantes signos que são expressões da personalidade e que, por serem emanações da dignidade humana, fazem parte da categoria das situações existenciais⁵⁸.

Na mesma lógica, atentando-se para o fato de que esta categoria diz respeito a informações imprescindíveis para a estruturação e proteção da identidade e, de modo mais geral, do livre desenvolvimento da personalidade no contexto informacional⁵⁹, Regina Ruaro e Gabrielle Sarlet reafirmam a exigência de uma proteção especial alicerçada no princípio da dignidade da pessoa humana⁶⁰, o que é assegurado pela LGPD ao consagrar a obrigatoriedade do gerenciamento seguro do início ao fim da operação que envolve os dados pessoais, particularmente os sensíveis⁶¹.

⁵⁶ Tradução livre. Redação completa do art. 5º do RGPD disponível em: <https://RGPD-info.eu/art-5-RGPD/> Acesso em: 11 de out. 2021.

⁵⁷ FRAZÃO, Ana. **Objetivos e alcance da Lei Geral de Proteção de Dados**. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (Org.). *Lei Geral de Dados Pessoais e suas repercussões no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. *E-book*. p. 102.

⁵⁸ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; KONDER, Carlos Nelson. **O enquadramento dos bens digitais sob o perfil funcional das situações jurídicas**. In: *Herança digital: controvérsias e alternativas*. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; LEAL, Livia Teixeira (Coord.). Indaiatuba: Foco. 2021. p. 32.

⁵⁹ RUARO; SARLET, op. cit., p. 193

⁶⁰ Ibid., p. 196.

⁶¹ Ibid., p. 194.

Com base nisso, as referidas autoras defendem que o direito à proteção dos dados sensíveis deve se encontrar em um movimento de consonância e de adequação com um padrão protetivo para o resguardo da identidade digital, tendo como base a dignidade e a autodeterminação informativa em face da hiperaceleração da tecnologia⁶².

De mais a mais, o manejo/tratamento desses dados sensíveis pode expressar uma afetação direta à pessoa humana na medida em que o seu conjunto compõe os chamados “perfis ou identidades digitais”, os quais possuem um valor político e econômico, pois podem ser – e efetivamente são – usados como matéria-prima para as novas formas de controle e poder social, a partir do uso de algoritmos e da inteligência artificial⁶³.

Por se associarem à dignidade da pessoa humana, Ingo Sarlet refere que os dados sensíveis clamam por um controle mais intenso e por exigências mais rigorosas de eventuais intervenções restritivas⁶⁴, como será visto a seguir. Nesse cenário, entende que o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito fundamental à proteção dos dados pessoais estão intrinsecamente ligados, tendo como pontos de contato basilares o princípio da autodeterminação e os direitos de personalidade, consubstanciados no direito geral do livre desenvolvimento da personalidade e nos direitos especiais de privacidade e de autodeterminação informativa, igualmente conectados entre si, mas que não esgotam o leque de alternativas⁶⁵.

Nessa perspectiva, Bruno Miragem alerta para o risco de a utilização indevida dos dados sensíveis resultar em ofensa aos direitos fundamentais de liberdade e igualdade assegurados pela Constituição⁶⁶, sobretudo porque, ao lado da autonomia, a disciplina de proteção de dados passou a se preocupar cada vez mais com a questão da igualdade, consagrando a não discriminação como um de seus princípios⁶⁷.

⁶² Ibid., p. 205.

⁶³ Ibid., p. 195.

⁶⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **Fundamentos constitucionais**: o direito fundamental à proteção de dados. In: BIONI, Bruno (Coord.). Tratado de proteção de dados pessoais. Rio de Janeiro: Forense, 2021. *E-book*. p. 73.

⁶⁵ Ibid., p. 40.

⁶⁶ MIRAGEM, Bruno. **A Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018) e o direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 1009. nov. 2019. p. 24. Disponível em: <https://brunomiragem.com.br/wp-content/uploads/2020/06/002-LGPD-e-o-direito-do-consumidor.pdf>. Acesso em: 01 de out. 2021.

⁶⁷ ALIMONTI, Veridiana. **Autodeterminação informacional na LGPD**: antecedentes, influências e desafios. In: Lei geral de proteção de dados (Lei nº 13.709/2018): a caminho da efetividade: contribuições para a implementação da LGPD. CUEVA, Ricardo Villas Bôas; DONEDA, Danilo; MENDES, Laura Schertel (Org.). 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. *E-book*. p. 9.3.

Viola e Teffé asseguram que a vedação do uso de dados sensíveis busca evitar a utilização discriminatória da informação e garantir o dever de respeito à vida privada⁶⁸, uma vez que, por integrarem o “núcleo duro” da privacidade, o seu tratamento pode ensejar a discriminação do seu titular, devendo, por conseguinte, ser protegido de forma mais rígida⁶⁹.

Pelo exposto, já se pode concluir que, tratando-se de dados sensíveis, a proteção especial se alicerça, antes de tudo, no princípio da dignidade da pessoa humana. Diante disso, Konder propõe a leitura dos dados sensíveis com base no princípio da dignidade da pessoa humana com a conjugação das três de suas mais populares manifestações, quais sejam, a privacidade, a identidade pessoal e a vedação à discriminação⁷⁰, os quais serão aprofundados nos subtópicos seguintes.

3.1. Dignidade da pessoa humana e seus desdobramentos

Até o advento da Modernidade, era sobretudo no discurso religioso e filosófico que se encontravam exaltações à dignidade do ser humano, tendo se dado a sua consagração jurídica como princípio no século XX, especialmente após a 2ª Guerra Mundial⁷¹, quando normas internacionais e constituições passaram a positivar, com destaque, o princípio da dignidade humana como reação diante da barbárie do nazismo⁷².

Em vista disso, a dignidade humana, que antes se traduzia em proclamações religiosas e filosóficas, transformou-se em princípio jurídico vinculante da mais elevada estatura – ainda que isso não a tenha privado de sua dimensão moral⁷³ – eis que exige como pressuposto

⁶⁸ VIOLA, Mário; TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. **Tratamento de dados pessoais na LGPD**: estudo sobre as bases legais dos artigos 7º e 11. In: BIONI, Bruno (Coord.). *Tratado de proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Forense, 2021. *E-book*. p. 152.

⁶⁹ VIOLA; TEFFÉ, op. cit., p. 152.

⁷⁰ KONDER, op. cit., p. 446.

⁷¹ SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 51-52.

⁷² “A primeira invocação explícita da dignidade da pessoa humana em texto jurídico deu-se no preâmbulo do decreto que aboliu a escravidão na França, editado em 1848, em que se afirmava que ‘a escravidão é um atentado contra a dignidade humana’. Algumas constituições anteriores à 2ª Guerra Mundial fizeram referência à dignidade humana. Foi o caso das constituições do México de 1917, da Alemanha e da Finlândia, ambas de 1919. Outro texto constitucional precursor na matéria foi a Constituição brasileira de 1934, cujo artigo 115 ditava que ‘a ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna’. Vale destacar, ainda, o preâmbulo da Constituição da Irlanda, de 1937 – até hoje em vigor –, que também aludiu à dignidade humana, com entonação claramente religiosa” (Ibid., p. 53).

⁷³ Ibid., p. 58.

a intangibilidade da vida humana (“a vida é condição de existência”⁷⁴). Dessa forma, por ser ao mesmo tempo valor fundamental e princípio constitucional, “a dignidade humana funciona tanto como justificação moral quanto como fundamento jurídico-normativo dos direitos”⁷⁵, sendo este último o objeto da presente explanação.

A despeito da irrefutabilidade de sua proteção, a dignidade humana é difícil de ser conceituada, por se caracterizar pela “ambiguidade e porosidade”, além de possuir natureza polissêmica; o que impacta diretamente na delimitação do seu âmbito de incidência, visto que seus contornos são “vagos e imprecisos”⁷⁶.

Registra Miguel Reale que “a criatura humana é pessoa porque vale per si, como centro de reconhecimento e convergência de valores sociais”⁷⁷. Ingo Sarlet, por outro lado, sustenta que essa definição da dignidade como valor de todo e qualquer ser humano que os identifica como tal⁷⁸ não contribui para a compreensão do seu espectro protetivo. Por esta razão, o autor defende que a dignidade da pessoa humana não pode ser conceituada de maneira “fixista”, eis que não se harmoniza com o pluralismo e a diversidade de valores que se manifestam nas sociedades democráticas contemporâneas, sendo, na realidade, um conceito em processo de construção e desenvolvimento⁷⁹.

Nessa esteira, argumenta que, apesar da sua vocação universalista, a definição do seu conteúdo e características necessita da análise do sistema jurídico de cada Estado, uma vez que a conformação desse princípio tende a mudar no tempo e no espaço⁸⁰, razão pela qual passa-se a buscar uma definição em harmonia com o ordenamento jurídico pátrio.

No Brasil, a dignidade da pessoa humana está consagrada no inciso III do art. 1º da CRFB/88 como fundamento da República Federativa do Brasil, o que nos leva a crer que “é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o ser humano constitui a finalidade precípua, e não o meio da atividade estatal”⁸¹.

⁷⁴ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana**. Revista Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo. v. 97. p. 107-125. jan/2002. p. 116. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67536>. Acesso em: 18 de out. 2021.

⁷⁵ BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Tradução: Humberto Laport de Mello. 3. reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 64.

⁷⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 39.

⁷⁷ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 25. ed. Saraiva: São Paulo, 2011. p. 216.

⁷⁸ SARLET, I. op. cit., p. 40.

⁷⁹ Ibid., p. 41.

⁸⁰ SARMENTO, op. cit., p. 70.

⁸¹ SARLET, I. op. cit., p. 65.

Neste enquadramento, Luis Roberto Barroso concebe a dignidade humana como um valor fundamental e, como decorrência, um princípio jurídico de *status* constitucional. Parte de uma concepção minimalista, assegurando que a dignidade humana identifica o valor intrínseco de todos os seres humanos, a autonomia de cada indivíduo, limitada por algumas restrições legítimas impostas a ela em nome de valores sociais ou interesses estatais (valor comunitário)⁸².

Daniel Sarmento complementa dizendo que o ordenamento jurídico-constitucional brasileiro se lastreia em uma premissa antropológica, o que define os contornos do princípio da dignidade da pessoa humana (pessoa concreta, racional, sentimental e corporal), que deve ter a sua autonomia respeitada, assim como o reconhecimento e o respeito de sua identidade⁸³.

Retomando suas lições, frisa-se que Ingo Sarlet indica uma dimensão dúplice da dignidade, isto é, como expressão da autonomia da pessoa humana (“vinculada à ideia de autodeterminação no que diz com as decisões essenciais a respeito da própria existência”⁸⁴), bem como da sua necessidade de proteção, especialmente quando fragilizada e, principalmente, quando ausente a capacidade de autodeterminação⁸⁵. Nessa senda, em publicação mais recente, assinala que quando se está diante do direito à proteção dos dados pessoais, o princípio da dignidade da pessoa humana pode e deve ser acionado⁸⁶.

Zampier esclarece que a dignidade da pessoa humana se apresenta sob dois aspectos: (i) um negativo, que impõe ao Estado e aos particulares a vedação de objetificação do ser humano, protegendo a pessoa pelo simples fato da sua existência; e (ii) um positivo, de caráter promocional, que impõe um dever de proteção e incentivo às condições de vida digna, garantindo o pleno desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo⁸⁷.

Ao seu turno, Azevedo aponta como consequências do princípio da dignidade o respeito: (i) à integridade física e psíquica da pessoa humana; (ii) às condições mínimas de vida; e (iii) aos pressupostos mínimos de liberdade e convivência igualitária. Explica que a estes últimos se relacionam os direitos de personalidade diretamente ligados ao livre

⁸² BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 244-246.

⁸³ SARMENTO. op. cit., p. 70.

⁸⁴ SARLET, I. op. cit., p., 41.

⁸⁵ Ibid., p. 49.

⁸⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **Fundamentos constitucionais**: o direito fundamental à proteção de dados. In: BIONI, Bruno (Coord.). Tratado de proteção de dados pessoais. Rio de Janeiro: Forense, 2021. *E-book*. p. 49.

⁸⁷ ZAMPIER, op. cit., p. 95-96.

desenvolvimento da pessoa humana no seu meio social, tais como o direito à identidade, à liberdade, à igualdade e à intimidade⁸⁸, o que será debatido nos subtópicos seguintes.

3.1.1. Direito à privacidade em suas concepções clássica e moderna

A inviolabilidade da vida privada encontra-se positivada nos incisos X, XI e XII do art. 5º da CRFB/88⁸⁹. Por estar localizada no Título II, nomeado “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, não há dúvidas de que se trata de direito fundamental, o que demonstra que a Carta Magna brasileira a erigiu como norma obrigatória de proteção à dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado Democrático de Direito⁹⁰.

Já no âmbito infraconstitucional, o CC/02 preceitua que “[a] vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”⁹¹. Na mesma lógica, o MCI, no inciso I do seu art. 7º, preconiza a “inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”⁹². Da mesma forma, como visto, a LGPD trouxe, no rol de seus fundamentos, o respeito à privacidade (art. 2º, inc. I) e a inviolabilidade da intimidade (art. 2º, inc. IV).

Estando assente a sua proteção pelo ordenamento jurídico brasileiro, faz-se necessário adentrar na sua definição, mais especificamente na sua evolução conceitual, basilar para a elaboração de soluções jurídicas para problemas concretos provenientes da era da informação⁹³.

Conforme antecipado e na linha do que advertem Cristiano de Farias e Nelson Rosenvald, ao citarem Carlos Alberto Goulart Ferreira, com exceção dos dados fornecidos

⁸⁸ AZEVEDO, op. cit., p. 118-122.

⁸⁹ X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial

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.

⁹⁰ MARINELI, Marcelo Romão. **Privacidade e Redes Sociais Virtuais**: sob a égide da Lei 12.965/2014 – Marco Civil da Internet e da Lei 13.709/2018 – Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. *E-book*. p. 3.3.

⁹¹ BRASIL. **Código Civil**. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002: Institui o Código Civil. DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 03 de out. 2021.

⁹² MCI, op. cit.

⁹³ SOLOVE, Daniel J. **Understanding Privacy**. Cambridge: Harvard University Press, 2008, p. 171.

espontaneamente por seu titular, o fluxo de informações pessoais na rede contribui para a perda da privacidade, na medida em que a *internet* não foi arquitetada para proteger informações particulares⁹⁴.

À vista disso, embora se imaginasse um futuro digital voltado a tornar a vida das pessoas mais eficaz e comprometida com a privacidade da experiência individual, por intermédio do exercício exclusivo sobre o conhecimento armazenado a partir dos seus dados, na prática verificou-se o oposto, visto que, atualmente, os direitos à privacidade “têm sido usurpados por uma postura de mercado atrevida e alimentada por reivindicações unilaterais às experiências dos outros e ao conhecimento que delas flui”⁹⁵, em um projeto comercial denominado por Shoshana Zuboff de “capitalismo da vigilância”⁹⁶.

Por isso, Bruno Zampier percebe que a tecnologia da informação pode gerar uma vulneração do espaço privado, na medida em que a riqueza da esfera privada na sociedade da informação é ao mesmo tempo frágil e exposta a perigos, o que justifica a necessidade de reforço da proteção jurídica e de um alargamento da fronteira do direito à privacidade⁹⁷. Hoje, a exposição considerada indesejada se dá através da divulgação dos dados pessoais (fornecidos por nós mesmos ou coletados por meios diversos) e não mais pela invasão de um domicílio, divulgação de notícias ou violação de correspondência, os chamados “meios clássicos de violação da privacidade”⁹⁸.

Também viola a privacidade, portanto, a empresa que, ao ter acesso ao endereço e ao número de telefone fornecidos por um cliente, aliena esses dados pessoais para outra empresa, de ramo diverso, sem qualquer consulta ou autorização do seu titular, que passa a receber mensagens publicitárias enviadas em série pela adquirente. Do mesmo modo, sofre violação em seu direito à privacidade quem é incluído em certo cadastro, sem autorização, ou

⁹⁴ FARIAS, Cristiano Chave. ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB**, 13. ed. São Paulo: Atlas, 2015. v. 1, p. 206.

⁹⁵ ZUBOFF, Shoshana. **A Era do Capitalismo de Vigilância: a luta por um futuro humano na nova fronteira do poder**. Tradução: George Schlesinger. 1. ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2021. *E-book Kindle*. p. 20-21

⁹⁶ “O capitalismo de vigilância reivindica de maneira unilateral a experiência humana como matéria-prima gratuita para a tradução em dados comportamentais. Embora alguns desses dados sejam aplicados para o aprimoramento de produtos e serviços, o restante é declarado como superávit comportamental do proprietário, alimentando avançados processos de fabricação conhecidos como ‘inteligência de máquina’ e manufaturado em produtos de predição que antecipam o que um determinado indivíduo faria agora, daqui a pouco e mais tarde. Por fim, esses produtos de predições são comercializados num novo tipo de mercado para predições comportamentais que chamo de mercados de comportamentos futuros” (Ibid., p. 21-22)

⁹⁷ Zampier, op. cit., p. 138.

⁹⁸ DONEDA, op. cit., p. 10.

quem tem seu pedido de financiamento recusado por força da consulta a um sistema de dados cujo acesso é negado ao próprio interessado⁹⁹.

Em decorrência disso, o próprio conceito de privacidade, por ser dinâmico e se relacionar com as mudanças determinadas pelas tecnologias da informação¹⁰⁰, também evoluiu.

O direito à privacidade, em sua concepção clássica, é aquele conceituado por Warren e Brandeis, ao se valerem da expressão utilizada pelo Juiz Cooley, como o direito “de ser deixado só”¹⁰¹, de caráter fortemente individualista¹⁰² e até mesmo egoísta, por retratar, segundo Doneda, a ausência de comunicação entre as pessoas, ou seja, uma “*zero-relationship*”¹⁰³. Infere-se, por conseguinte, que a proteção da privacidade assumia uma conotação puramente negativa, impondo um dever geral de abstenção (não fazer)¹⁰⁴.

No entanto, a tutela da privacidade associada à reclusão não se mostra mais adequada frente às novas demandas, ligadas à informação pessoal e condicionadas pela tecnologia¹⁰⁵, razão pela qual perdeu o seu valor genérico – ainda que continue a abranger um aspecto essencial do problema e possa (e deva) ser aplicado às situações específicas¹⁰⁶.

No entendimento de Rodotà, não é mais possível considerar os problemas da privacidade somente por meio de um pêndulo entre “recolhimento” e “divulgação”, entre o homem prisioneiro de seus segredos e o homem que nada tem a esconder; entre a “casa-fortaleza”, que glorifica a privacidade e favorece o egocentrismo, e a “casa-vitrine”, que privilegia as trocas sociais; e assim por diante¹⁰⁷.

Desse modo, na visão do jurista, mostra-se mais adequada uma definição funcional de privacidade, isto é, a possibilidade de um sujeito conhecer, controlar, endereçar e interromper o fluxo das informações a ele relacionadas. Conceitua-a, então – ao menos em uma aproximação preliminar – “como o direito de manter o controle sobre as próprias informações”¹⁰⁸. Acrescenta, ainda, a expressão “e de determinar a maneira de construir sua própria esfera particular”¹⁰⁹.

⁹⁹ SCHREIBER, op. cit., p. 139

¹⁰⁰ RODOTÀ, op. cit., p. 92.

¹⁰¹ No original: “Judge Cooley calls the right to be let alone”. WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis. **The right to privacy**. Harvard Law Review, v. IV, n. 5, 1890, p. 195. Disponível em: <https://www.cs.cornell.edu/~shmat/courses/cs5436/warren-brandeis.pdf>. Acesso em: 01 de out. 2021.

¹⁰² MENDES, op. cit., p. 28.

¹⁰³ DONEDA, op. cit., p. 1.1.

¹⁰⁴ SCHREIBER, op. cit., p. 137.

¹⁰⁵ DONEDA, op. cit., p. 10.

¹⁰⁶ RODOTÀ, op. cit., p. 92.

¹⁰⁷ RODOTÀ, op. cit., p. 25.

¹⁰⁸ RODOTÀ, op. cit., p. 92

¹⁰⁹ RODOTÀ, op. cit., p. 15.

Significa dizer que a tutela da privacidade, nessa nova acepção, não se contenta com a proibição à intromissão alheia na vida íntima. Impõe também deveres de caráter positivo, como o dever de solicitar autorização para a inclusão do nome de certa pessoa em um cadastro de dados ou o dever de possibilitar a correção de informações do mesmo cadastro pelo seu titular, a qualquer tempo¹¹⁰.

O autor italiano conclui, então, que prevalecem duas tendências: de um lado, a redefinição do conceito de privacidade, que além do tradicional poder de exclusão abarca também o poder de controle; e, de outro, um movimento no sentido da ampliação do objeto da privacidade, não mais vinculado ao sigilo, mas à personalidade¹¹¹.

Schreiber deduz, por conseguinte, que o direito à privacidade, em sua atual concepção, abrange não somente a proteção à vida íntima do indivíduo, mas também a proteção de seus dados pessoais, sendo mais amplo que o simples direito à intimidade¹¹², eis que transcende a esfera doméstica para alcançar qualquer ambiente onde circulem dados pessoais do seu titular, como suas características físicas, código genético, estado de saúde, crença religiosa e qualquer outra informação pertinente à pessoa¹¹³.

Facchini e Demoliner percebem, nesse cenário, a evolução do conceito de privacidade para uma noção de proteção de dados, visto que a violação da vida privada, nos tempos atuais, se dá através do acesso e manipulação dos nossos dados pessoais¹¹⁴, obtidos com ou sem a colaboração dos seus titulares.

¹¹⁰ SCHREIBER, op. cit., p. 139.

¹¹¹ RODOTÁ, op. cit., p. 93.

¹¹² Há controvérsias doutrinárias acerca da correspondência ou não entre os termos “privacidade” e “intimidade”. De um lado, autores como Carlos Roberto Gonçalves (GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: parte geral**. 19. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. v. 01. *E-book*. p. 80 e ss.) e Flávio Tartuce (TARTUCE, Flávio. **Direito civil: lei de introdução e parte geral**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. *E-book*. p. 163 e ss.) os tratam como sinônimos. De outro, juristas como Farias e Rosenvald entendem que no direito à vida privada estaria abarcado o direito à intimidade, que carrega o significado de resguardar dos sentidos alheios as informações que dizem respeito unicamente ao seu titular (FARIAS; ROSENVALD, op. cit., p. 216); assim como Carlos Alberto Bittar, que sustenta que o direito à intimidade se destina a resguardar a privacidade em seus múltiplos aspectos: pessoais, familiares e negociais (BITTAR, Carlos Alberto **Os direitos da personalidade**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. *E-book*. p. 172) e Maria Helena Diniz que deixa claro que a privacidade não se confunde com a intimidade, mas esta pode incluir-se naquela (DINIZ, Maria Helena de; **Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 150). No presente trabalho, adota-se o segundo posicionamento, no sentido de que a intimidade estaria englobada no conceito de vida privada. Sobre a diferenciação entre os termos, ver: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/70/352>.

¹¹³ SCHREIBER, op. cit., p. 138-139.

¹¹⁴ FACCHINI NETO, Eugênio; DEMOLINER, Karine Silva. **Direito à privacidade na era digital: uma releitura do art. XII da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) na sociedade do espetáculo**. Revista Internacional CONSINTER de Direito, Vila Nova de Gaia, n. 9, p. 119-140, dez. 2019. p. 121. Disponível em: <http://www.scielo.pt/pdf/consinter/n9/2183-6396-consinter-09-119.pdf>. Acesso em: 14 de nov. 2021.

Luis Moncau, sob outro ponto de vista, defende que a ideia de proteção de dados pessoais deve extrapolar aspectos da proteção da privacidade, uma vez que abarca outros valores, como o consentimento, a legitimidade e a não discriminação; servindo, como consequência, a uma multiplicidade de interesses que vão muito além das conhecidas noções de privacidade¹¹⁵.

Inobstante a evolução conceitual, no caso de dados particularmente sensíveis, Rodotà pormenoriza que a privacidade deve ser vista como “a proteção de escolhas de vida contra qualquer forma de controle público, estigma social (L.M. Friedman), como a reivindicação dos limites que protegem o direito de cada indivíduo a não ser simplificado, objetivado, e avaliado fora de contexto (J. Rosen)”¹¹⁶.

Como decorrência, o jurista italiano aconselha que “salvaguardas mais robustas” são necessárias, não mais baseadas em princípios que consideram o indivíduo somente ou principalmente como dono das informações a seu respeito, tendo em vista que o direito à proteção de dados se relaciona com a proteção da personalidade e não da propriedade.

Em termos práticos, isso significa que certas categorias de dados, especialmente os de natureza médica e genética, não podem ser utilizados para fins comerciais¹¹⁷, concepção que, como se verá na sequência, foram acolhidas tanto pelo RGPD quanto pela LGPD, eis que trazem disposição expressa sobre a vedação uso de dados pessoais sensíveis com o objetivo de obter vantagem econômica.

Desse modo, apesar da importância conferida ao momento da circulação e do controle dos dados, Rodotà alerta que não se pode ignorar os aspectos clássicos do sigilo e da proteção de informações pessoais como características permanentes do direito à privacidade. Isso porque o “núcleo duro” da vida privada é ainda hoje constituído por informações que refletem a tradicional necessidade de sigilo, por exemplo, aquelas relacionadas à saúde ou aos hábitos sexuais¹¹⁸.

Nessa mesma perspectiva, Junqueira entende que, no que tange aos dados sensíveis, a privacidade se demonstra em sua forma tradicional, pois, ao vedar o seu acesso, obsta a discriminação que dele poderia advir, salvaguardando a honra do indivíduo que não deseja ver expostas as suas informações pessoais¹¹⁹. É justamente por isso que as restrições à coleta e

¹¹⁵MONCAU, Luiz Fernando Marrey. **Direito ao esquecimento**: entre a liberdade de expressão, a privacidade e a proteção de dados pessoais. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. *E-book*. p. 2.10.

¹¹⁶RODOTÀ, op. cit., p. 15.

¹¹⁷RODOTÀ, op. cit., p. 19.

¹¹⁸RODOTÀ, op. cit., p. 95.

¹¹⁹JUNQUEIRA. op. cit., p. 2.1.

difusão das informações (e, portanto, a defesa da privacidade no sentido mais tradicional) tendem a se concentrar ao redor de informações hoje julgadas particularmente sensíveis, como as relacionadas à esfera da saúde e das opiniões¹²⁰.

Há que se sinalizar, todavia, que para certos casos este retorno à definição clássica não se mostra adequado, pois em determinadas hipóteses o uso de tais dados é legítimo e necessário, como em pesquisas de caráter científico ou mesmo na atividade médica, circunstâncias em que a simples proibição da coleta e tratamento é inviável. Todavia, como adverte Doneda, o seu uso deve ser sempre uma exceção justificada pela relevância dos valores em questão, aliado a uma análise da possibilidade ou não de emprego para finalidades discriminatórias¹²¹.

Para melhor compreensão, veja-se, por exemplo, que a violação da esfera privada se torna mais grave ao se perceber que, a partir dados coletados com base em material genético (saliva, cabelos, pele, sague, etc) é possível obter informações relativas não somente à identidade de uma pessoa, mas também realizar previsões a seu respeito. Além disso, considerando que o genoma pode reconstruir a ligação entre as gerações, os dados referentes a uma única pessoa fornecem informações sobre todos os que pertencem ao seu grupo biológico. Ou seja: “passado, presente e futuro, portanto, podem ser examinados através dos dados genéticos”¹²².

Tal situação, em que pese possa ser compreendida como violação da privacidade, guarda benefícios, quais sejam, aqueles oriundos da pesquisa genética, que ampliam as possibilidades de prevenção e de cura de um número crescente de doenças e de tratamentos personalizados e, assim, permitem escolhas de vida de um modo mais consciente. Porém, como advertido, a condição inicial para que isso seja possível é a limitação de seu uso para a finalidade indicada pelo titular¹²³.

Por derradeiro, é preciso se ter em mente que o conceito de privacidade continuará evoluindo ao longo do tempo, na medida em que o desenvolvimento de tecnologias e a criação de outros modos de vida desencadearão novos problemas relacionados à vida privada¹²⁴.

¹²⁰ RODOTÀ, op. cit., p. 84.

¹²¹ DONEDA, Danilo. **A proteção de dados pessoais nas relações de consumo**: para além da informação creditícia. Escola Nacional de Defesa do Consumidor, Brasília: 2010. p. 27. Disponível em: https://www.defesadoconsumidor.gov.br/images/manuais/vol_2_protecao_de_dados_pessoais.pdf. Acesso em: 03 de out. 2021.

¹²² RODOTÀ, op. cit., p. 249.

¹²³ RODOTÀ, op. cit., p. 250.

¹²⁴ SOLOVE, op. cit., p. 197.

3.1.2. Direito à autodeterminação informativa

Como visto, a privacidade se impõe como direito fundamental, especificando-se, na atualidade, como direito a determinar as modalidades de construção da esfera privada na sua totalidade¹²⁵, ideia retratada no conceito de “autodeterminação informativa” também conhecida como “direito à privacidade informacional”, apregoada no inciso II do art. 2º da LGPD como um de seus fundamentos.

Segundo observa Fabiano Menke, tal previsão representa uma inovação, na medida em que não há precedentes legislativos no Brasil. Ademais, assevera que essa opção do legislador indica a sua inspiração na dogmática alemã, pois foi naquele país onde o tema efetivamente se tornou conhecido e se desenvolveu com profundidade, a partir da decisão do censo, de 1983¹²⁶.

Na perspectiva de Ingo Sarlet, no referido julgado, o Tribunal Constitucional Federal alemão não reconheceu diretamente um direito fundamental à proteção de dados pessoais, mas deduziu, de uma leitura conjugada do princípio da dignidade da pessoa humana e do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, um direito fundamental implícito à autodeterminação informativa, que consiste na prerrogativa de cada indivíduo de decidir em princípio e substancialmente sobre a divulgação e utilização de seus dados pessoais¹²⁷.

Nesta esteira, Fernanda Cantali considera que a autodeterminação informacional destaca o papel da autonomia da vontade na seara dos direitos fundamentais da personalidade. Frisa que, embora a privacidade seja essencialmente inviolável, aquele que possui o controle de suas próprias informações é livre para dispô-las, consentindo com a sua divulgação, desde que isso não afete sua integridade moral e a sua dignidade. Infere, assim, que se o titular pode controlar os seus dados, tem a prerrogativa de escolher entre viver uma vida mais resguardada,

¹²⁵ RODOTÀ, op. cit., p. 129.

¹²⁶ Trazendo passagem clássica da decisão do censo, Fabiano Menke cita: “aquele que, com segurança suficiente, não pode vislumbrar quais informações pessoais a si relacionadas existem em áreas determinadas de seu meio social, e aquele que não pode estimar em certa medida qual o conhecimento que um possível interlocutor tenha da sua pessoa, pode ter sua liberdade consideravelmente tolhida” (MENKE, Fabiano. **As origens alemãs e o significado da autodeterminação informativa**. In: DRESCH, Rafael de Freitas Valle; MENKE, Fabiano. Lei geral de proteção de dados: aspectos relevantes. São Paulo: Foco, 2021. *E-book*. p. 42-44.)

¹²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **Proteção de dados pessoais como fundamento na constituição federal brasileira de 1988**: contributo para a construção de uma dogmática constitucionalmente adequada. *Direitos Fundamentais e Justiça*: Belo Horizonte, ano 14, n. 42, p. 179-218, jan./jun. 2020. p. 189. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/direfnj42&i=160>. Acesso em: 08 de out. 2021.

reduzindo o nível de sua interação social (e digital), ou uma vida mais mundana, sem reservas sobre sua vida privada¹²⁸.

Com isso se quer dizer que o consentimento representa instrumento de manifestação individual no campo dos direitos da personalidade e tem o papel de legitimar que terceiros utilizem, em alguma medida, os dados de seu titular. Em decorrência disso, promove a personalidade, construindo e delimitando a esfera privada, associando-se à autodeterminação existencial e informacional do ser humano, mostrando-se imprescindível para a proteção do indivíduo e a circulação de informações¹²⁹.

Nesta ótica, Facchini e Demoliner descrevem que a autodeterminação informativa pressupõe o fornecimento consciente de dados e a possibilidade de impedir que venham a ser utilizados de forma incorreta ou para fins diversos daqueles para os quais foram coletados; bem como o direito de exigir das autoridades competentes a correção dessas informações quando equivocadas, e a sua exclusão da base de armazenamento quando cumprida a sua finalidade, ou ainda, quando esgotado o tempo previsto¹³⁰.

Ao estudar detalhadamente o papel do consentimento, Bioni certifica, em contrapartida, que o direito à autodeterminação informacional, por se alicerçar no direito geral da personalidade, não fica restrito ao consentimento do titular, uma vez que a prevenção de práticas de discriminação social é tão importante quanto o controle exercido pelo cidadão sobre os seus dados¹³¹.

Vale ressaltar, outrossim, que a decisão do censo, citada no início deste tópico, é paradigmática na idealização de um direito autônomo de personalidade associado à proteção de dados. É justamente por isso que o tema da privacidade, em que pese inafastável quando se aborda a proteção de dados, não esgota a sua tutela, porquanto, como afirma o autor supra referenciado, cuida-se de um direito fundamental autônomo, diretamente vinculado à proteção da personalidade¹³².

Conclui-se, então, que malgrado a proteção de dados tenha sido inicialmente atrelada ao conceito de privacidade, tal interligação não mais subsiste na visão de muitos estudiosos do tema. Seguindo por esse caminho, em maio de 2020, o Plenário do STF, ao

¹²⁸ CANTALI, Fernanda Borghetti. **A dignidade da pessoa humana e a tutela geral da personalidade**: tutela promocional para além da protetiva e o direito à privacidade em épocas de reality shows. *Direitos Fundamentais e Justiça*. n. 12. jul/set 2010. p. 132. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/direfnj12&i=115> Acesso em: 05 de out. 2021.

¹²⁹ VIOLA; TEFFÉ, op. cit., p. 135.

¹³⁰ FACCHINI NETO; DEMOLINER, op. cit., p. 18.

¹³¹ BIONI, op. cit., p. 99.

¹³² *Ibid.*, p. 52.

referendar a Medida Cautelar concedida pela Ministra Rosa Weber, relatora das ADIs n. 6.387, 6.388, 6.389, 6.390 e 6.393, reconheceu o direito fundamental à proteção de dados como direito autônomo¹³³, não mais restrito à privacidade e à intimidade¹³⁴.

3.1.3. Direito à identidade digital

O episódio “*Smithereens*”¹³⁵ da 5ª temporada da série da *Netflix* “*Black Mirror*” teve como foco o papel da dados pessoais na identificação de um indivíduo. No caso retratado, buscou-se identificar um cidadão apontado como criminoso a partir da coleta de seus dados, sendo que as informações obtidas pela *Smithereen*, rede social fictícia análoga ao *Facebook*, foram muito mais numerosas do que aquelas alcançadas pela polícia e pelos órgãos de segurança pelos meios de investigação tradicionais, como buscas em domicílio.

Ainda que nesta circunstância a finalidade da obtenção de informações tenha sido o reconhecimento de um possível criminoso, o seu pano de fundo é determinante para se verificar o potencial das redes sociais na coleta de dados e o seu impacto na violação da vida privada – independentemente do propósito –, assim como na formação e no desenvolvimento da identidade das pessoas.

Por isso, nada obstante o reconhecimento da autodeterminação informativa desvinculada da privacidade, esta ainda se encontra ligada à formação da “identidade pessoal” quando se está diante da proteção dos dados sensíveis¹³⁶. Isso porque estes, como regra, são irrenunciáveis e se encontram atrelados de modo insuperável à identidade pessoal¹³⁷ e, assim, à intimidade construída, como condição necessária para desenvolver a própria personalidade e alcançar plenamente a liberdade existencial¹³⁸.

¹³³ MENDES, Laura Schertel; JÚNIOR, Otávio Luiz Rodrigues; FONSECA, Gabriel Campo Soares da. **O Supremo Tribunal Federal e a proteção constitucional dos dados pessoais: rumo à um direito fundamental autônomo.** In: BIONI, Bruno (Coord.). Tratado de proteção de dados pessoais. Rio de Janeiro: Forense, 2021. *E-book*. p. 79.

¹³⁴ DRESH, Rafael de Freitas Valle; STEIN Lílian Brandt. **Direito Fundamental à Proteção de Dados como Garantia da Capacidade Humana Básica.** In: DRESCH, Rafael de Freitas Valle; MENKE, Fabiano. Lei geral de proteção de dados: aspectos relevantes. São Paulo: Foco, 2021. *E-book*. p. 23.

¹³⁵ Pedacinhos, fragmentos (tradução livre)

¹³⁶ COLOMBO, Cristiano. **Da privacidade como direito de personalidade no mundo virtual e sua posituação no ordenamento jurídico brasileiro.** Porto Alegre: Direito & TI, 2015. p. 03. Disponível em: <https://www.colomboadvocacia.com.br/da-privacidade-como-direito-de-personalidade-no-mundo-virtual/#page-content>. Acesso em: 13 de out. 2021.

¹³⁷ RUARO; SARLET, op. cit., p. 201.

¹³⁸ RODOTÀ, op. cit., p. 116.

Como lecionam Ruaro e Sarlet, o sistema civil de tutela da pessoa humana perpassa pelas transformações do conceito de identidade que, a princípio, era entendido em uma perspectiva individual¹³⁹, com ênfase no direito ao nome. Adriano de Cupis lecionava que o cidadão teria necessidade de afirmar a sua própria individualidade, como forma de se diferenciar dos demais, a qual é satisfeita pelo direito à identidade – construção jurídica inserida no âmbito dos direitos da personalidade – ou seja, de afirmar-se não como uma pessoa qualquer, mas como uma certa pessoa, que não se confunde com as demais¹⁴⁰.

No mundo tecnológico, a identidade, também concebida como a singularização da pessoa humana em face dos demais, não se limita à documentação identitária, eis que assume a forma de perfis que constituem a chamada “identidade digital”¹⁴¹ dos indivíduos. Estes perfis são construídos não somente pelas informações fornecidas livre e conscientemente pelos usuários, mas também pelo que se extrai das chamadas “pegadas digitais”, isto é, informações retiradas de câmeras de vigilância, dados advindos das movimentações bancárias, das ligações telefônicas, dos diagnósticos e dos prontuários médicos, das cópias de *scanners* e de exames hospitalares, das informações de crédito, do histórico de compras e de condenações penais, dos cruzamentos e dos vazamentos de dados¹⁴².

É por isso que tem se discutido, por exemplo, sobre os custos e benefícios da análise de sequências genéticas, interações nas mídias sociais, registros de saúde, do telefone e do governo e outros vestígios digitais deixados pelas pessoas¹⁴³, como também o histórico de navegação de provedores da *internet*, os termos de pesquisa ou mesmo as compras realizadas, os quais tem o condão de revelar atributos da personalidade de um indivíduo¹⁴⁴.

Aplicativos de *smart home*¹⁴⁵, como o termostato *Nest*, de uma empresa que posteriormente foi fundida ao *Google*, coletam dados sobre seus usos e o ambiente, utilizando

¹³⁹ RUARO; SARLET, op. cit., p. 198.

¹⁴⁰ CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. São Paulo: Quórum, 2008. p. 179.

¹⁴¹ RUARO; SARLET, op. cit., p. 197.

¹⁴² Ibid., p. 194.

¹⁴³ Tradução livre. No original: “Diverse groups argue about the potential benefits and costs of analyzing genetic sequences, social media interactions, health records, phone logs, government records, and other digital traces left by people” (BOYD; CRAWFORD. op. cit., p. 663).

¹⁴⁴ BIONI, op. cit., p. 84.

¹⁴⁵ Casa inteligente (tradução livre). “As smart homes, também conhecidas como casas conectadas, viraram tendência nos últimos anos. Esse conceito de moradia envolve o uso da tecnologia para garantir mais conforto, segurança e praticidade aos moradores. Essa categoria de produtos inclui smart displays, fechaduras, câmeras de segurança e até mesmo lâmpadas. Os dispositivos são conectados à Internet e podem ser controlados à distância pelo celular, uma grande facilidade para os usuários.” (SOUSA, Fernando. **O que é smart home?** Conheça aparelhos que deixam sua casa conectada. Tecmundo, 2019. Disponível em: <https://www.techtudo.com.br/noticias/2019/01/o-que-e-smart-home-conheca-aparelhos-que-deixam-sua-casa-conectada.ghtml>. Acesso em: 03 de out. 2021)

sensores de movimento e computação para “aprender” sobre os comportamentos dos moradores de uma casa¹⁴⁶. Na mesma perspectiva, o aplicativo “Saúde” da empresa *Apple*, disponível para o celular *iPhone*¹⁴⁷ e emparelhável com o relógio *Apple Watch* coleta automaticamente vários tipos de dados de saúde, como passos diários e níveis de áudio dos fones de ouvido, sendo possível o compartilhamento dessas informações com outros dispositivos da marca.

Nessa conjuntura, a partir da análise e cruzamento de dados como faixa etária, gênero, dados genéticos e hábitos de vida, é possível estabelecer correlações entre a presença de certas características e a probabilidade de ocorrência de determinadas doenças, o que pode resultar na criação de perfis de portadores de doenças crônico-degenerativas, por exemplo¹⁴⁸.

Como corolário, a tutela da identidade se desdobra na proteção: (i) da identidade pessoal propriamente dita, que visa ao livre desenvolvimento da personalidade, como honra, reputação, imagem, entre outras; e (ii) da identidade advinda do tratamento dos dados pessoais¹⁴⁹, ponto de enfoque desta monografia.

Aliás, haja vista que a *internet* viabiliza uma projeção da identidade do indivíduo, ressignificando-a no meio digital, podendo associar-se a representações diversificadas, como uma fotografia ou um perfil de uma rede social, que caracterizam o indivíduo perante os demais, é preciso que se reflita acerca da existência de um corpo eletrônico, fruto da projeção da identidade para os dados¹⁵⁰.

Nessa linha, Doneda cita que “nossos dados estruturados de forma a significarem uma representação virtual – um avatar – de nós mesmos, são cada vez mais o principal fator levado em conta na avaliação de uma concessão de crédito, na aprovação de um plano de saúde, na obtenção de um emprego, na passagem pela migração em um país estrangeiro, entre tantos

¹⁴⁶ ZUBOFF, op. cit., p. 21.

¹⁴⁷ O iPhone captura, analisa e salva automaticamente dados de saúde, incluindo passos, lances de escada e outros dados de mobilidade (como assimetria ao caminhar e tempo de apoio duplo), níveis de áudio dos fones de ouvido, histórico de sono, registros de saúde dos provedores de assistência médica (alergias, condições, medicamentos e outros). Além disso, depois de emparelhar o iPhone com o Apple Watch, há o compartilhamento entre os dispositivos de dados como o tempo de atividade física realizada, assim como o envio de notificações de batimentos altos ou baixos, bem como níveis de ruído ambientais e sons altos. (MANUAL DO USUÁRIO DO IPHONE. **Coleta dados automaticamente no app Saúde do iPhone**. Disponível em: <https://support.apple.com/pt-br/guide/iphone/iphbb8259c61/ios>. Acesso em: 29 de set. de 2021).

¹⁴⁸ Fernanda Bruno explica que o resultado do cruzamento destes dados não indica a presença das enfermidades no corpo atual de um indivíduo, de modo que o perfil é mais performativo que verdadeiro, mais proativo que representativo. (BRUNO, Fernanda. **Dispositivos de vigilância no ciberespaço: duplos digitais e identidades simuladas**. Revista Fronteiras: 2006. p. 152-159, maio/agosto 2006. p. 156. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/fronteiras/article/view/6129/3304>. Acesso em: 02 de out. 2021)

¹⁴⁹ RUARO; SARLET, op. cit., p. 197.

¹⁵⁰ LEAL, Livia Teixeira. **Internet e Morte do Usuário: A Necessária Superação do Paradigma da Herança Digital**. Revista Brasileira de Direito Civil: Belo Horizonte, v. 16, p. 181-197, abr./jun. 2018. p. 181. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/rvbsdirec16&i=175>. Acesso em: 01 de out. 2021.

outros casos”¹⁵¹. Entretanto, Facchini e Demoliner apontam como problema o fato de que a grande maioria dos indivíduos sequer tem noção de que suas atividades na *internet* são transformadas em dados, os quais são coletados para os mais diversos fins e utilizados para classificá-los em categorias, formando perfis de consumidores, por exemplo¹⁵².

Isto posto, Zampier alerta para a necessidade de proteção do corpo, ainda que esteja situado em lugares distintos, ou seja, para além dos limites da identidade física, como forma de se concretizar o direito individual de autodeterminação, razão pela qual sustenta a necessidade de se salvaguardar o acesso, a conservação, a exclusão e a retificação dos dados pessoais arquivados eletronicamente, onde quer que estes se encontrem¹⁵³.

Destarte, o corpo eletrônico, as suas transformações e o seu destino, tornam-se a grande metáfora e o ponto crítico da reconstrução da sociedade da informação e da sua aproximação com a realidade virtual¹⁵⁴, eis que representa a principal manifestação do direito à identidade digital.

3.1.4. Princípio da não discriminação

Antes de adentrar no assunto, é imperioso que se tenha em mente que o tema da (não) discriminação é eivado de profundidade e de intensos debates, com vasta produção doutrinária, de modo que aqui se faz breves comentários apenas para explorar um pouco melhor aquele que é um dos fundamentos da tutela dos dados sensíveis, sem a intenção de esgotá-lo.

Dito isso, esclarece-se que o princípio da não discriminação é, em certa medida, corolário da igualdade, refletindo a ideia de que ninguém deve ser submetido a tratamentos injustos ou menos favoráveis devido a características pessoais que, em determinado contexto, são irrelevantes¹⁵⁵. Em outros termos, é a proibição de uma ação ou omissão discriminatória que decorra justamente da existência dessas diferenças¹⁵⁶.

¹⁵¹ DONEDA, op. cit., p. 10.

¹⁵² FACCHINI NETO; DEMOLINER, op. cit., p. 16.

¹⁵³ ZAMPIER, op. cit., p. 113

¹⁵⁴ RODOTÁ, op. cit., p. 119.

¹⁵⁵ No original: “The principle of non-discrimination is to a certain extent the corollary of equality. Non-discrimination reflects the idea that no one should be subjected to unfair or less favourable treatment because of personal characteristics which, in the given context, are irrelevant” (HENRIKS, Aart. C; **Genetics, Data Protection and Non-Discrimination**: Some Reflections from an International Human Rights Law Perspective Patients' Rights. Medicine and law: 2001. p. 45. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/mlv20&i=41>. Acesso em: 04 de out. 2021)

¹⁵⁶ BRAGATO, Fernanda Frizzo; ADAMATTI, Bianca. **Igualdade, não discriminação e direitos humanos**: são legítimos os tratamentos diferenciados? Revista de Informação Legislativa. Senado Federal: ano 51. n. 204.

José Helvesley nos ensina que o princípio da igualdade ou princípio da não discriminação – “conceito entendido como menos abstrato e, acima de tudo, mais técnico do que a noção de igualdade” – não nega as diferenças objetivas entre os homens¹⁵⁷, protegendo grupos que historicamente foram alvo de preconceito e são mais vulneráveis a tratamentos discriminatórios, por fatores que geralmente se associam a contextos históricos.

Aart. C. Henriks, ao fazer referência à fala do magistrado francês Louis Joinet – que, quando em vida, foi relator especial da ONU sobre proteção de dados – afirma que informações suscetíveis de gerar discriminação ilegal ou arbitrária, especialmente sobre origem racial ou étnica, cor, vida sexual, opiniões políticas, religiosas ou outras crenças, não devem ser coletadas ou, caso sejam, devem ser respeitados os limites prescritos pelos direitos humanos e prevenção da discriminação¹⁵⁸.

De um lado, Rodotà entende que a igualdade produz uma tutela mais forte da privacidade, visto que a sua superproteção não deriva apenas da necessidade de sigilo, mas da imprescindibilidade de se impedir distinções entre os cidadãos, razão pela qual a atividade antidiscriminatória fundamentaria a inviolabilidade da vida privada¹⁵⁹. Com suporte nisso, explica a tendência de proibição da comunicação das informações citadas a empregadores e companhias seguradoras, reforçando a tutela da privacidade para essa categoria especialíssima de dados¹⁶⁰.

De outro lado, Doneda sinaliza para a necessidade de exorbitar os cânones “tradicionais” ligados à privacidade, para revelar a presença de um outro valor digno de proteção como fundamento da tutela da pessoa: o princípio da igualdade material¹⁶¹. É que, por ser instrumento de contenção das práticas discriminatórias, Bioni entende que a proteção dos

out/dez. 2014. p. 93. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/51/204/ril_v51_n204_p91.pdf. Acesso em: 30 de set. 2021.

¹⁵⁷ José Helvesley explica que a igualdade é relativa, eis que corresponde à justiça distributiva, sendo proporcional e não matemática, dessa noção decorrendo a exigência de serem tratados de modo idêntico aqueles que se acham em situações idênticas, e de modo dessemelhante os que se acham em situações desiguais. Conclui que o princípio da igualdade não exige uma pacificação absoluta, mas que a disciplina jurídica seja igual quando uniformes as condições objetivas das hipóteses reguladas, e desigual sempre que falte tal uniformidade. (HELVESLEY, José. **Isonomia constitucional**: igualdade formal versus igualdade material. Revista da ESMAFE. n. 07. 2004. p. 163-164. Disponível em: <https://revista.trf5.jus.br/index.php/esmafe/article/view/260/251>. Acesso em: 01 de out. 2021)

¹⁵⁸ No original: “Louis Joinet, who was appointed as UN Special Rapporteur on data protection, originally suggested that data likely to be abused should not be gathered at all, or - at least - that human rights standards should apply in full: “[D]ata likely to give rise to unlawful or arbitrary discrimination, especially information on racial or ethnic origin, colour, sex life, political opinions, religious, political or other beliefs ... should not be compiled ... [or] only within limits prescribed by the International Bill of Human Rights and the other relevant instruments in the field of protection of human rights and prevention of discrimination.” (HENRIKS, op. cit., p. 43).

¹⁵⁹ RODOTÀ, op. cit., p. 78

¹⁶⁰ RODOTÀ, op. cit., p. 106.

¹⁶¹ DONEDA, op. cit., p. 2.3.

dados pessoais perpassa pela própria tutela do princípio da isonomia¹⁶², não necessariamente vinculado à privacidade.

Na mesma acepção, Frazão, ao se debruçar sobre os efeitos discriminatórios das decisões algorítmicas, especialmente quando totalmente automatizadas e sem qualquer tipo de controle ou intervenção humana, assegura que as discussões sobre privacidade se conectam cada vez mais com a igualdade, de forma que a própria definição de dados pessoais sensíveis está ligada muito mais à proteção da igualdade e da não discriminação do que propriamente à intimidade¹⁶³.

Mendes, Matiuzzo e Fujimoto discorrem sobre a prática de “discriminação pelo uso de dados sensíveis”, que é aquela que, embora possa ser estatisticamente correta, baseia-se em dados legalmente protegidos. Para se considerar um perfilamento como discriminatório, é preciso que, além de utilizar dados sensíveis, a classificação se baseie em características endógenas ou destaque grupos historicamente discriminados¹⁶⁴.

De posse dos dados virtuais, uma empresa pode, por exemplo, segmentar indivíduos por exigências de mercado, o que acaba por incentivar práticas discriminatórias¹⁶⁵. É o que ocorre quando um algoritmo utiliza informações sobre a identificação religiosa de um indivíduo para designar seu *credit score*, sendo que a Lei do Cadastro Positivo proíbe o uso desse tipo de informação para essa finalidade.

Por derradeiro, quanto à sua positivação, em matéria constitucional, o respeito à pessoa humana é o marco jurídico básico, o suporte inicial que justifica a existência e admite a especificação dos demais direitos, garantida a igualdade de todos perante a lei (igualdade formal) e a igualdade de oportunidades nos campos econômico e social (igualdade material)¹⁶⁶.

É exatamente por isso que a igualdade se encontra expressa no preâmbulo como valor superior do ordenamento jurídico, que proíbe qualquer tipo de discriminação¹⁶⁷. Outrossim, elevou-se a princípios constitucionais a igualdade (art. 3.º, IV, da CRFB) e a

¹⁶² BIONI, op. cit., p. 85.

¹⁶³ FRAZÃO, op. cit., p. 107

¹⁶⁴ MENDES, Laura Schertel; MATTIUZZO, Marcela; FUJIMOTO, Mônica Tiemy, **Discriminação algorítmica à luz da Lei Geral de Proteção de Dados**. In: BIONI, Bruno (Coord.). Tratado de proteção de dados pessoais. Rio de Janeiro: Forense, 2021. *E-book*. p. 438.

¹⁶⁵ ZAMPIER, op. cit., p. 113

¹⁶⁶ AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. *E-book*. p. 362.

¹⁶⁷ “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL” (CRFB, op. cit.)

proibição de discriminação que atente contra direitos e liberdades fundamentais (art. 5.º, XLI, da CRFB)¹⁶⁸; o que é concretizado no âmbito infraconstitucional pela Lei do Racismo (Lei nº 7.716/1989), que pune, em seu art. 1º “os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional”¹⁶⁹.

Além disso, a LGPD colabora com a prevenção de práticas discriminatórias, ao conectar o elemento material que constitui o crime em si com o dado que leva à prática preconceituosa, impedindo que o dado seja processado¹⁷⁰ para aquela finalidade antes mesmo que o tratamento diferenciado ocorra¹⁷¹.

Com relação aos dados de saúde, a LGPD veda, no art. 11, § 5.º, o seu tratamento para a seleção de riscos na contratação de planos privados de assistência à saúde. Isto é, proíbe que um plano de saúde trate dados para fins de seleção de riscos¹⁷², seja para recusar a venda de planos de saúde a portadores de doenças graves, seja para aumentar os preços com base nessa informação¹⁷³, conforme será visto no próximo tópico.

4. Bases legais para o tratamento de dados sensíveis

Segundo antecipado, para evitar a sua exposição ou comercialização indevida, assim como a sua destinação às práticas preconceituosas ou discriminatórias, o tratamento de

¹⁶⁸ MENDES; MATTIUZZO; FUJIMOTO, op. cit., p. 440.

¹⁶⁹ BRASIL. **Lei do Racismo**. Lei nº 7.716/1989. Brasília, DF: Presidência da República, 1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17716.htm. Acesso em: 04 de out. 2021.

¹⁷⁰ No âmbito do direito do consumidor, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que não podem ser valoradas pelo fornecedor do serviço de “credit scoring” informações sensíveis, como as relativas à cor, à opção sexual ou à orientação religiosa do consumidor. (REsp 1419697/RS, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 12/11/2014, DJe 17/11/2014)

¹⁷¹ MENDES; MATTIUZZO; FUJIMOTO, op. cit., p. 441.

¹⁷² Por exemplo, exigir que um homossexual pague mais por um seguro de saúde por pertencer a um grupo que “possui, estatisticamente, maior probabilidade de contrair o vírus do HIV”, representaria uma generalização com distorção desproporcional. Outro exemplo é o de mulheres judias da Europa Oriental (Ashkenazi). Em termos médicos, esse grupo tem risco mais elevado de desenvolver câncer de mama ou ovário, tendo em vista que a mutação do gene BRCA, que aumenta o risco de câncer de mama, é mais frequente nesse grupo em comparação com os demais. Se tal argumento fosse utilizado para fins de análise de risco, mulheres pertencentes a esse grupo provavelmente teriam dificuldade de conseguir empréstimos de longa duração, o que acabaria por discriminar o grupo como um todo. (ITS RIO. **Transparência e Governança nos algoritmos**: um estudo de caso sobre o setor de birôs de crédito. Publicado em: 25 de maio. 2017. Disponível em: <https://itsrio.org/pt/publicacoes/transparencia-e-governanca-nos-algoritmos-um-estudo-de-caso/>. Acesso em: 25 de set. 2021).

¹⁷³ MENDES; MATTIUZZO; FUJIMOTO, op. cit., p. 443.

informações sensíveis exige tutela diferenciada e permanentemente atualizada¹⁷⁴, a partir da delimitação mais estrita das condições do seu tratamento.

Através da dinâmica que tem como regra geral a proibição e como exceção o tratamento em determinadas hipóteses pré-estabelecidas, a Seção II da LGPD foi reservada ao regime protetivo dos dados pessoais sensíveis, que somente poderão ser tratados nas circunstâncias elencadas no seu art. 11¹⁷⁵. Cuida-se, nas palavras de Menke, do chamado “enquadramento da hipótese de tratamento de dados pessoais em base legal adequada”¹⁷⁶.

Nos termos da referida lei, os dados pessoais sensíveis somente poderão ser tratados quando houver o consentimento – de forma específica, destacada e para finalidades pré-determinadas – do titular ou de seu responsável legal; ou, sem o consentimento do titular, quando for indispensável para: (a) o cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador; (b) o tratamento compartilhado de dados necessários à execução, pela administração pública, de políticas públicas previstas em leis ou regulamentos; (c) a realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais sensíveis; (d) o exercício regular de direitos, inclusive em contrato e em processo judicial, administrativo e arbitral, este último nos termos da Lei nº 9.307/96 (Lei de Arbitragem); (e) a proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro; (f) a tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária; ou (g) a 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.

Viola e Teffé, citando Mulholland, afirmam que entre a hipótese de tratamento de dados sensíveis por meio do consentimento (art. 11, inc. I da LGPD) e aquelas que se referem às demais situações que independem desta manifestação de autonomia do titular (art. 11, inc. II da LGPD), há posição de igualdade e não de prevalência do consentimento¹⁷⁷.

¹⁷⁴ TEPEDINO, Gustavo; DE TEFFÉ, Chiara Spadaccini. **O Consentimento na Circulação de Dados Pessoais**. Revista Brasileira de Direito Civil: Belo Horizonte, v. 25, p. 83-116, jul./set. 2020. p. 108. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/521>. Acesso em: 05 de out. 2021.

¹⁷⁵ Segundo Miragem, as hipóteses em que é autorizado o tratamento dos dados independentemente do consentimento do titular dos dados, da mesma forma, devem ser interpretadas restritivamente. São definidas no art. 11, inciso II, da LGPD. (MIRAGEM. op. cit., p. 25)

¹⁷⁶ MENKE, Fabiano. **A possibilidade de cumulação de bases legais nas operações de tratamento de dados pessoais**. Migalhas de Proteção de Dados. Publicado em: 26 de fev. 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-protecao-de-dados/340890/cumulacao-de-bases-legais-nas-operacoes-de-tratamento-de-dados>. Acesso em: 12 de out. 2021.

¹⁷⁷ VIOLA; TEFFÉ, op. cit., p. 156.

Ocupando-se do dado sensível, a manifestação do consentimento exigirá maiores formalidades, tendo em vista a sua suscetibilidade de causar danos à esfera existencial do titular: demanda-se “tutela diferenciada e especial” e o tratamento “deverá ser considerado sempre excepcional, pela relevância dos valores em questão”. Miragem ressalta a exigência do consentimento do titular dos dados que serão tratados ser feito “de forma específica e destacada” vinculado a “finalidades específicas”, não se admitindo, portanto, um consentimento genérico, tampouco que se insira sem destaque em condições gerais contratuais¹⁷⁸.

Além do mais, o consentimento exterioriza-se como elemento crucial das relações no ambiente digital, sobremaneira no tocante à proteção de dados sensíveis, tendo a LGPD consagrado ao seu titular os direitos de acesso, de retificação, de cancelamento, de exclusão, de oposição e de revogação da anuência. A exigência de consentimento não implica, todavia, atribuir livre e absoluta disponibilidade a tais dados¹⁷⁹. Ressalva-se, por pertinente, que o inciso IX do art. 6º trouxe a vedação ao uso de dados sensíveis para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos – independentemente do consentimento do titular –, especialmente face aos riscos de destruição, de divulgação e de acesso indevido em razão da estrutura aberta da *internet*¹⁸⁰.

Feitos esses apontamentos sobre a legislação brasileira, passa-se à análise da lei europeia, para fins meramente comparativos e reflexivos¹⁸¹.

Verifica-se que o parágrafo 2º do art. 9º do RGPD enumera as hipóteses em que é possível o tratamento de dados sensíveis, em suma: (a) se o titular dos dados tiver explicitamente consentido com o tratamento dos dados pessoais para uma ou mais finalidades específicas; se o tratamento for necessário para (b) o cumprimento de obrigações e do exercício de direitos específicos do controlador ou do titular em matéria de trabalho, seguridade social e proteção social; (c) proteger os interesses vitais do titular ou de outra pessoa natural, no caso de o titular estar física ou legalmente incapacitado de dar o seu consentimento; (d) se o tratamento for realizado por uma fundação, associação ou qualquer outro órgão sem fins lucrativos, no âmbito das suas atividades legítimas, com garantias adequadas e objetivos

¹⁷⁸ MIRAGEM, op. cit., p. 24.

¹⁷⁹ TEIXEIRA; KONDER. op. cit., p. 33.

¹⁸⁰ SARLET, Gabrielle Bezerra Sales. **Notas sobre a Proteção dos Dados Pessoais na Sociedade Informacional na Perspectiva do Atual Sistema Normativo**. In: LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Coord.). Comentários à lei geral de proteção de dados: Lei n.13.709/2018, com alteração da lei n. 13.853/2019. São Paulo: Almedina, 2020. *E-book*. p. 34.

¹⁸¹ Menke alerta que “a regra europeia pode servir de base de estudo e reflexão, mas no contexto brasileiro é imperioso que sejam desenvolvidas análises adequadas do direito positivo brasileiro em vigor, tanto da LGPD quanto das regras setoriais, se for o caso, bem como de nosso ordenamento jurídico como um todo, evitando-se a importação de conceitos que tenham disciplinas distintas da legislação europeia, como é o caso, entre outros exemplos, da figura do legítimo interesse” (MÉNKE, op. cit., Migalhas de proteção de dados).

políticos, filosóficos, religiosos ou sindicais; e (e) se o tratamento se referir a dados pessoais que tenham sido manifestamente tornados públicos pelo seu titular.

Ainda, se o tratamento for necessário: (f) à declaração, ao exercício ou à defesa de um direito em um processo judicial ou sempre que os tribunais atuem no exercício da sua função jurisdicional; (g) por motivo de relevante interesse público; (h) dentre outras razões de saúde, para medicina preventiva ou do trabalho; (i) por motivo de interesse público no âmbito da saúde pública; (j) para arquivamento por motivo de interesse público, para investigação científica ou histórica ou fins estatísticos¹⁸².

Faz-se imperioso ressaltar que o parágrafo 3º do mencionado preceito dispõe que essa categoria especial de dados pode ser tratada para os fins da alínea “h” por ou sob a responsabilidade de uma pessoa sujeita à obrigação de sigilo profissional. Outrossim, no parágrafo 4º há delegação aos Estados-Membros de introduzirem outras condições, incluindo limitações, no que diz respeito ao tratamento de dados genéticos, biométricos ou relativos à saúde.

Embora não façam parte da categoria especial de dados do parágrafo 1º do art. 9º do RGPD, o seu art. 10º traz uma limitação ao tratamento de dados pessoais relativos a condenações penais e infrações ou medidas de segurança, o que deve ser feito somente sob a supervisão de uma autoridade oficial ou quando o tratamento for autorizado pela legislação da União ou dos Estados-Membros, que preveja salvaguardas adequadas para os direitos e liberdades dos titulares dos dados¹⁸³.

Entre as legislações, observa-se que há inúmeras semelhanças. Por exemplo, a possibilidade de tratamento para pesquisas, proteção da vida, tutela da saúde, exercício regular de direito em processos judiciais, entre outros. Ademais, ambas as legislações trazem a anonimização dos dados como medida de proteção. A LGPD visa a garantir, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais sensíveis, ou seja, a “utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis no momento do tratamento, por meio dos quais um dado perde a possibilidade de associação, direta ou indireta, a um indivíduo” (art. 5º, inc. XI da LGPD).

¹⁸² Tradução livre. Redação do art. 9º do RGPD disponível em: <https://RGPD-info.eu/art-9-RGPD/>. Acesso em: 10 de out. 2021.

¹⁸³ Tradução livre. No original: “Processing of personal data relating to criminal convictions and offences or related security measures based on Article 6(1) shall be carried out only under the control of official authority or when the processing is authorised by Union or Member State law providing for appropriate safeguards for the rights and freedoms of data subjects”. Disponível em: <https://RGPD-info.eu/art-10-RGPD/>. Acesso em: 06 de out. 2021.

Entendeu o legislador nacional que a anonimização garantiria maior proteção para o titular dos dados, uma vez que impede a sua identificação¹⁸⁴; pois, ao ser anonimizado, o dado deixa de ser pessoal, segundo o art. 12 da LGPD¹⁸⁵.

Igualmente, o Considerando 26 do RGPD define o dado anônimo como aquele que não diz respeito a uma pessoa singular identificada ou identificável ou a dados pessoais tornados anônimos de tal forma que o seu titular não seja ou deixe de ser identificável¹⁸⁶. Ao discorrer sobre “*privacy by design*”, isto é, a privacidade desde a concepção do *software* para tratamento de dados, a lei europeia concebe o processo de anonimização como medida protetiva¹⁸⁷.

Daí emergiram as técnicas de anonimização e pseudononimização como parte de um conjunto de providências de segurança da informação, como *criptografia*, tecnologias *blockchain*, ferramentas de inteligência artificial, dentre outras, tudo a fim de garantir a privacidade e a intimidade do titular do dado, buscando reduzir ao máximo o risco de sua identificação e exposição indevida¹⁸⁸.

Não se negando os esforços e os avanços para a segurança de dados, faz-se impreterível ressaltar que nem mesmo as técnicas de anonimização oferecidas pelos *sites* para ocultação de nomes, correios eletrônicos, endereços residenciais e números de documentos ou de cartões de crédito são completamente seguras. Isso pois, com o *Big Data*, tornou-se relativamente fácil estabelecer conexões entre dados pessoais e preferências de navegação e de compras na *internet*, elementos no mais das vezes fornecidos pelos próprios cidadãos a cada acesso e uso que fazem de serviços virtuais; o que já é suficiente para que sistemas de recomendação, *experts* ou mesmo criminosos sejam capazes de identificar indivíduos e, assim, torná-los alvos de propagandas dirigidas e de golpes virtuais¹⁸⁹.

¹⁸⁴ “Por exemplo, prática utilizada pelos órgãos de pesquisa com o intuito de anonimizar os dados é quando em uma pesquisa para apuração de intenção de votos em uma eleição as informações são alocadas levando em conta sexo, escolaridade, região geográfica e classe social dos indivíduos de maneira agregada. A partir dessas distinções, verifica-se a proporção de votação para cada candidato. O resultado da pesquisa é resumido a ponto que se torna praticamente impossível saber quem foram as pessoas que expressaram aquelas intenções, devendo a instituição garantir a segurança desses dados e sua anonimização nos bancos de dados” (VIOLA; TEFFÉ, op. cit., p. 148).

¹⁸⁵ Art. 12. Os dados anonimizados não serão considerados dados pessoais para os fins desta Lei, salvo quando o processo de anonimização ao qual foram submetidos for revertido, utilizando exclusivamente meios próprios, ou quando, com esforços razoáveis, puder ser revertido.

¹⁸⁶ No original: “[...] information which does not relate to an identified or identifiable natural person or to personal data rendered anonymous in such a manner that the data subject is not or no longer identifiable. Disponível em: <https://gdpr-info.eu/recitals/no-26/>. Acesso em: 23 de out. 2021.

¹⁸⁷ Disponível em: <https://gdpr-info.eu/issues/privacy-by-design/>

¹⁸⁸ DALLARI, Analluza Bolívar; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. **LGPD na Saúde**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. *E-book*. p. 4.4.

¹⁸⁹ FERREIRA, op. cit., p. 117

Faz-se necessário apontar também, ainda que de forma concisa, algumas diferenças entre as leis de proteção de dados brasileira e europeia.

Em primeiro lugar, no §1º do art. 11 da LGPD, que não guarda correlação com o RGPD, o legislador reconhece que se aplicam as regras relativas ao tratamento de dados sensíveis aos dados pessoais que, posto não serem em si sensíveis, podem revelar informações de natureza sensível. Ao notar esta circunstância, Konder cita que dados de localização geográfica, hábitos de compras, preferências de filmes e histórico de pesquisa, aparentemente “inofensivos”, se tomados de forma isolada, com um rápido tratamento em conjunto podem identificar orientação religiosa, política e sexual¹⁹⁰, tornando-se sensíveis, por conseguinte.

No mesmo sentido, Bioni explica que um dado “trivial” – dado pessoal sem potencial discriminatório – pode se transformar em um dado sensível, particularmente quando se têm disponíveis tecnologias que permitem correlacionar uma série de dados para prever comportamentos e acontecimentos. Depreende, ao final, que é possível identificar individualidades mais sensíveis das pessoas, tais como orientação sexual, raça e estado de saúde a partir de informações triviais¹⁹¹.

Diante dessa conjuntura, Doneda entende que não é possível antecipar os efeitos que um tratamento de dados pessoais possa causar ao seu titular levando em consideração apenas a sua natureza. Isso posto que, com as modernas técnicas estatísticas e de análise de dados, até mesmo informações pessoais que, em si, não são sensíveis, podem causar um tratamento discriminatório ou a dedução ou inferência de dados sensíveis a partir de dados pessoais não-sensíveis¹⁹².

Observa-se que, em ambos os casos, ocorre justamente aquilo que se procura inibir com a criação de um regime especial para os dados sensíveis: a discriminação a partir do tratamento de dados pessoais¹⁹³. Em outros termos, dados pessoais, aparentemente não sensíveis, podem se tornar sensíveis se contribuem para a elaboração de um perfil, de modo que a própria esfera individual pode ser prejudicada quando se pertence a um grupo do qual tenha sido traçado um perfil com conotações negativas¹⁹⁴.

¹⁹⁰ KONDER, op. cit., p. 455.

¹⁹¹ Para exemplificar, Bioni cita um estudo da Universidade de Cambridge, que concluiu que as “curtidas” em uma rede social podem criar um retrato fiel dos gostos e preferências dos usuários por meio do qual poderiam ser extraídos diversos tipos de inferências. A pesquisa identificou com exatidão a porcentagem dos usuários homossexuais e heterossexuais, os usuários brancos e negros e, por fim, quais teriam uma ligação partidária republicana ou democrata (BIONI, op. cit., p. 84).

¹⁹² DONEDA, op. cit., p. 27.

¹⁹³ Ibid., p. 27.

¹⁹⁴ RODOTÀ, op. cit., p. 84.

Thiago Junqueira, debatendo o assunto pela ótica do direito securitário, lança uma crítica no sentido de que aqueles que se ocupam da temática da privacidade e da proteção de dados tendem a valorizar a restrição de acesso aos dados pessoais, ignorando que parte dos dados considerados “suspeitos” não é tida como sensível, citando como exemplo o gênero e a idade, e que dados não sensíveis, especialmente na era da tomada de decisões automatizadas, possuem grande potencial de gerar discriminações indiretas ou por associação¹⁹⁵. Arremata expondo que o tratamento de dados aparentemente “neutros”, de um viés antidiscriminatório, poderá revelar informações sensíveis, gerando resultados semelhantes ao tratamento mediante a utilização de “dados proibidos”¹⁹⁶.

Daí se infere, portanto, que “um dado, em si, não é perigoso ou discriminatório, mas o uso que dele se faz pode sê-lo”¹⁹⁷. As regras sobre a circulação dos dados, então, tendem a ser cada vez mais orientadas para a consideração de contextos, funções, associações¹⁹⁸, diante da possibilidade cada vez mais concreta de que o tratamento discriminatório possa ser realizado pelos meios automatizados sem o recurso a dados sensíveis¹⁹⁹.

Por tais motivos, a previsão contida no §1º do art. 11 da LGPD é de suma importância no contexto atual, podendo-se concluir que o posicionamento do legislador brasileiro está em consonância com o entendimento adotado pela doutrina nacional. Apesar de não ter sido inserida na legislação europeia, é impreterível que se tenha em mente que o RGPD delega aos países da União Europeia a prerrogativa de regulamentar a proteção de dados em âmbito nacional, não havendo como se afirmar, ao menos neste momento, que se trata de omissão do legislador europeu.

Em segundo lugar, o §3º do art. 11 da LGPD, que igualmente não possui equivalência na legislação europeia, preconiza que a comunicação ou o uso compartilhado de dados pessoais sensíveis entre controladores com objetivo de obter vantagem econômica poderá ser objeto de vedação ou de regulamentação por parte da autoridade nacional, ouvidos os órgãos setoriais do Poder Público, no âmbito de suas competências. No que toca aos dados pessoais

¹⁹⁵ JUNQUEIRA, Thiago. **Tratamento de dados pessoais e discriminação algorítmica nos seguros**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. *E-book*. p. 1.6.

¹⁹⁶ *Ibid.*, p. 3.1.

¹⁹⁷ DONEDA, op. cit., p. 2.3

¹⁹⁸ RODOTÁ, op. cit., p. 77.

¹⁹⁹ SOUZA, Allan Rocha de; DONEDA, Danilo; NASCIMENTO, Francisco José Tavares do; GUANAES, Paulo. **Marcos legais nacionais em face da abertura de dados para pesquisa em saúde: dados pessoais, sensíveis ou sigilosos e propriedade intelectual**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2018. p. 06-07. Disponível em: https://www.arca.fiocruz.br/bitstream/icict/28838/4/Guanaes_Paulo_Org_Marcos_Legais_Presid%C3%A0ncia_2018.pdf. Acesso em: 06 de out. 2021.

sensíveis referentes à saúde, há disposição específica vedando, como regra geral, a sua comunicação ou o uso compartilhado entre controladores quando há pretensão de obter vantagem econômica²⁰⁰.

Em terceiro lugar, no rol de exceções também se vislumbram distinções. Quanto à lei brasileira, a alínea “g” traz a garantia da prevenção à fraude e à segurança do titular, nos processos de identificação e autenticação de cadastro em sistemas eletrônicos, o que não se vê no RGPD. Neste, por sua vez, há previsão do tratamento dos dados especiais por fundações, associações ou qualquer outro órgão sem fins lucrativos, desde que respeitadas as ressalvas legais; além de possibilitar que os Estados-Membros imponham limitações a certos tipos de dados especiais.

Finalizando a primeira parte deste estudo, em último lugar, enfatiza-se que o Considerando 66 do RGPD prevê expressamente o direito de ser esquecido, como sinônimo de direito ao apagamento de dados. A LGPD, em contrapartida, não adotou esta expressão, trazendo no inciso IV do seu art. 18 o direito à “eliminação de dados desnecessários, excessivos ou tratados em desconformidade com o disposto nesta Lei”. Ao cotejar tais disposições, Ricardo Villas Bôas Cueva afirma não haver semelhança entre os dois institutos, uma vez que, ao contrário do direito à eliminação, o direito ao esquecimento diz respeito ao apagamento de dados pessoais “necessários, adequados e lícitos”²⁰¹.

Da mesma forma, Guedes e Meireles aduzem que o direito ao esquecimento não se equipara à exclusão dos dados pessoais como efeito do término do seu tratamento, visto que, na jurisprudência, a sua aplicação no âmbito da *internet* é voltada para desindexar determinados termos ou frases para dificultar o acesso a certas informações. Já a previsão de exclusão dos dados estabelecida pelo MCI e pela LGPD é destinada a torná-los total ou parcialmente indisponíveis²⁰².

Em função disso, a eliminação é consequência do término do tratamento dos dados pessoais, admitindo-se a sua conservação somente para alcançar as finalidades previstas na

²⁰⁰ Com exceção hipóteses relativas a prestação de serviços de saúde, de assistência farmacêutica e de assistência à saúde, desde que observado o § 5º deste artigo, incluídos os serviços auxiliares de diagnose e terapia, em benefício dos interesses dos titulares de dados, e para permitir: (i) a portabilidade de dados quando solicitada pelo titular; e (ii) as transações financeiras e administrativas resultantes do uso e da prestação dos serviços de que trata este parágrafo.

²⁰¹ CUEVA. Ricardo Villas Bôas. **Proteção de dados pessoais e direito ao esquecimento** In: BIONI, Bruno (Coord.). Tratado de proteção de dados pessoais. Rio de Janeiro: Forense, 2021. *E-book*. p. 639.

²⁰² GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. MEIRELES. Rose Melo Vencelau. **Término do tratamento de dados**. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (Org.). Lei Geral de Dados Pessoais e suas repercussões no direito brasileiro. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. *E-book*. p. 8.3.

lei²⁰³. Desse modo, nas circunstâncias em que autorizado o processamento de dados sensíveis, o fim do seu tratamento ocorre nas situações enunciadas pelo art. 15 da LGPD: (i) verificação de que a finalidade foi alcançada ou de que os dados deixaram de ser necessários ou pertinentes ao alcance da finalidade específica almejada; (ii) fim do período de tratamento; (iii) comunicação do titular, inclusive no exercício de seu direito de revogação do consentimento conforme disposto no § 5º do art. 8º desta Lei, resguardado o interesse público; e (iv) determinação da autoridade nacional, quando houver violação ao disposto nesta Lei.

SEGUNDA PARTE: ANÁLISE DA (IM)POSSIBILIDADE DE PROTEÇÃO *POST MORTEM* DOS DADOS SENSÍVEIS

5. Aspectos gerais da herança digital

Com o passar dos anos, são depositadas na rede inúmeras informações, manifestações da personalidade e arquivos com conteúdo econômico, os quais formam aquilo que Zampier denomina de “patrimônio digital”, composto principalmente pelos dados depositados em correios eletrônicos, redes sociais, em um *site* de compras ou pagamentos, *blog*, plataforma de compartilhamento de fotos ou vídeos, contas para aquisição de músicas, filmes, livros digitais e jogos *online*²⁰⁴.

Nesse contexto, a informação se tornou verdadeiro bem jurídico, pois cada vez mais são encontradas situações nas quais ela será o próprio objeto da relação jurídica ou o interesse violado por um terceiro. Dessa forma, como acima descrito, em um mundo virtual, onde impera a desmaterialização das atividades humanas, a tutela da informação, seja em caráter individual ou coletivo, é essencial para a proteção da própria pessoa humana²⁰⁵.

A UNESCO já contemplava, na “Carta para a Preservação do Patrimônio Digital”, a necessidade de proteção dos documentos arquivísticos exclusivamente em formato digital, como textos, bases de dados, planilhas, mensagens eletrônicas, imagens fixas ou em movimento, gravações sonoras, material gráfico, sítios da *internet*, dentre muitos outros formatos e apresentações possíveis de um vasto repertório de diversidade crescente²⁰⁶.

²⁰³ Ibid., p. 8.2.

²⁰⁴ ZAMPIER, op. cit., p. 61-63.

²⁰⁵ ZAMPIER, op. cit., p. 56.

²⁰⁶ UNESCO. **Carta para a Preservação do Patrimônio Digital**. Conselho Nacional de Arquivos. 2005. p. 01. Disponível em: https://www.gov.br/conarq/pt-br/centrais-de-conteu-do/publicacoes/conarq_carta_preservacao_patrimonio_arquivistico_digital.pdf. Acesso em: 19 de out. 2021.

Esse agrupamento de informações de caráter pessoal é chamado por Zampier de “bens digitais”²⁰⁷ classificados como (i) patrimoniais, de natureza meramente econômica, como as moedas virtuais (*bitcoins*); e (ii) existenciais, também conhecidos como “bens digitais sensíveis”, de natureza personalíssima, como perfis de redes sociais e mensagens privadas²⁰⁸, e que contemplam o objeto deste estudo. Há também aqueles de natureza híbrida, que são ao mesmo tempo patrimoniais e existenciais, como as postagens monetizadas na plataforma do *Instagram* e do *Youtube*²⁰⁹.

Em função disso, pode-se dizer que a *internet* promoveu a ressignificação das noções tradicionais de espaço e tempo, visto que a representação do indivíduo na rede permanece independentemente da sua localização espacial e da passagem temporal²¹⁰, produzindo “imortalidades no *cyberspace*”. Isso na medida em que o desenvolvimento médico-científico passou a interferir diretamente na questão da morte como fim da vida humana, havendo dúvidas se esta se esgotaria ou não com a morte biológica, uma vez que a “pessoa” continuaria a “viver” na *internet*, em um tempo-espaço indefinido²¹¹.

Logo, os computadores e os sistemas de informação, de codificação e de tratamento de dados passaram a ser entendidos como extensão da pessoa humana²¹² e, assim, de sua identidade digital, tendo em vista a intensa ligação dos dados pessoais com a projeção da personalidade, nos moldes abordados na primeira parte deste estudo. E, considerando a ideia de corpo eletrônico, essa projeção se expande para além da vida do sujeito, pois, mesmo com a morte do corpo físico, continua a figurar como uma representação da personalidade do sujeito no espaço virtual²¹³.

²⁰⁷ O termo usado por Zampier é derivado da expressão “digital assets” utilizada em países que adotam o sistema da common law, como Estados Unidos e Reino Unido, de forma bastante ampla. Beyer e Cahn os classificam em quatro categorias: (i) dados pessoais; (ii) dados de redes sociais; (iii) contas financeiras; e (iv) contas de negócios. (ALMEIDA, Juliana Evangelista de. **Testamento Digital**: como se dá a sucessão dos bens digitais. Porto Alegre: Editora Fi, 2016. *E-book*. p. 35-37).

²⁰⁸ ZAMPIER, op. cit., p. 63-64.

²⁰⁹ ROSA, Conrado Paulino da; BURILLE, Cíntia. **A regulação da herança digital**: uma breve análise das experiências espanhola e alemã. *In*: Herança digital: controvérsias e alternativas. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; LEAL, Livia Teixeira (Coord.). Indaiatuba: Foco. 2021. p. 247.

²¹⁰ LEAL, op. cit., p. 182.

²¹¹ BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. **Tecnologia, morte e direito**: em busca de uma compreensão sistemática da “herança digital”. *In*: Herança digital: controvérsias e alternativas. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; LEAL, Livia Teixeira (Coord.). Indaiatuba: Foco. 2021. p. 02.

²¹² RUARO; SARLET, op. cit., p. 197.

²¹³ COLOMBO, Cristiano. **Direito póstumo à portabilidade de dados pessoais no ciberespaço à luz do direito brasileiro**. *In*: POLIDO; Fabrício; ANJOS, Lucas; BRANDÃO, Luíza. Políticas, Internet e Sociedade. Belo Horizonte: Iris, 2019. p. 61. Disponível em: <https://www.colomboadvocacia.com.br/direito-postumo-a-portabilidade-de-dados-pessoais-no-ciberespaco-a-luz-do-direito-brasileiro/>. Acesso em: 06 de out. 2021.

Dessa maneira, no contexto das redes, a forma de enxergar a morte tem sofrido profundos impactos, assim como a própria experiência do luto, que passa por um processo de mudança de sentido, dado que os amigos e familiares da pessoa morta passam a conviver com o conteúdo inserido ou coletado ao longo de sua vida²¹⁴. Ademais, o uso de redes sociais no contexto da sociedade da informação faz com que os dados ali inseridos continuem sendo objeto de tratamento, divulgação e acesso de terceiros após a morte do seu titular²¹⁵.

De acordo com um estudo realizado por pesquisadores de *Oxford*, se o *Facebook* continuar a crescer no ritmo atual, a rede social pode ter 4,9 bilhões de membros falecidos até 2100. O estudo revelou, ainda, que se a plataforma tivesse parado de crescer em 2018, a perspectiva é de que teria cerca de 1,4 bilhão de membros mortos em 2100. Em 2070, nesse cenário, o número de mortos já ultrapassaria o de vivos²¹⁶.

Tem-se falado até mesmo em “ressureição digital”, a partir do desenvolvimento de aplicativos que possibilitam a interação com pessoas já falecidas, por intermédio da sua representação digital. No final de 2020, foi concedida à *Microsoft* uma patente que detalha o método para criar um “*chatbot*” – um programa que tenta simular uma conversa com uma inteligência artificial que chegue o mais próximo possível de uma pessoa humana – com base em uma pessoa específica do passado, seja ela um amigo, um familiar, uma celebridade ou uma pessoa histórica, a partir da coleta de seus dados²¹⁷.

De modo similar, a *startup* norte-americana *Eternime* desenvolveu uma plataforma que permite a criação dos chamados “avatares imortais”, mediante a reunião de todas as informações de uma pessoa após a sua morte. Isso se dá através da coleta, por um sistema inteligente, dos dados digitais produzidos ao longo da vida, tais como os locais visitados,

²¹⁴ LEAL. Op. cit., p. 182.

²¹⁵ M. ESPERANÇA, Ginebra Molins. **Digital Wills in case of Death**. Cuadernos de Derecho Transnacional, v. 12, n. 1, p. 908-929. 2020. HeinOnline. p. 908-909. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/cudetns12&id=908&collection=journals&index=>>. Acesso em: 10 de nov. 2021.

²¹⁶ Tradução livre. No original: If Facebook continues to grow at its current rate, the site could have 4.9 billion deceased members by 2100, according to a study by Oxford researchers. Even if growth had stopped entirely last year, the study finds, Facebook would be looking at about 1.4 billion dead members by 2100. By 2070, in that scenario, the dead would already outnumber the living. (THE GUARDIAN. **Facebook could have 4.9bn dead users by 2100, study finds**. Publicado em: 30 de abr. 2019. Disponível em: <https://www.theguardian.com/technology/2019/apr/29/facebook-dead-users-2100-oxford> Acesso em: 14 de out. 2021)

²¹⁷ CNN BRASIL. **Black Mirror? Microsoft desenvolveu sistema que permite até ‘falar com mortos’**. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/business/black-mirror-microsoft-desenvolveu-sistema-que-permite-ate-falar-com-mortos/>. Acesso em: 24 de out. 2021.

curtidas, fotos, vídeos e as informações armazenadas pelos *smartphones* e redes sociais²¹⁸ – o que corresponde às pegadas digitais aludidas na primeira parte desta monografia.

Esses rastros deixados pelas pessoas mortas podem conter informações sensíveis, intrinsecamente ligadas à identidade, o que nos faz questionar sobre o tratamento destes dados, na medida em que o seu titular já não pode mais geri-lo²¹⁹, motivo pelo qual essa nova dimensão da morte, como alerta Livia Leal, merece proteção, seja em nome de quem faleceu, seja para preservar os direitos a ele vinculados²²⁰.

Neste momento da exposição, convém esclarecer que ao conjunto de dados deixados pela pessoa falecida, também conhecidos como “ativos digitais”, dá-se o nome de herança digital²²¹, conceituada, no Projeto de Lei nº 8562/2017, já arquivado, como “tudo o que é possível guardar ou acumular – pelo morto – em espaço virtual”²²².

Por este ângulo, a herança digital, por estar interligada aos bens digitais, igualmente envolve dois aspectos, um de natureza patrimonial e outro de natureza existencial. Como a nomenclatura sugere, o aspecto econômico diz respeito a bens e serviços contratados pela pessoa falecida e que compõem o seu patrimônio imaterial (por exemplo, livros e músicas em bibliotecas digitais). Já os elementos existenciais são aqueles relacionados aos direitos da personalidade da pessoa falecida, como a imagem, a privacidade, a honra e o uso de seu nome, os quais não têm valor econômico em si, embora possam ter de modo reflexo, na linha dos bens digitais de natureza mista²²³.

Surge, dessa maneira, uma demanda por novos contornos dos direitos sucessórios e dos direitos da personalidade que abriguem a noção de personalidade virtual e a de herança digital que, na medida do possível, possam oferecer alternativas às possibilidades de violações advindas do uso da tecnologia²²⁴.

São duas as controvérsias basilares: (i) a transmissibilidade ou não do patrimônio digital aos herdeiros, discussão esta que fica a encargo do direito sucessório e cuja

²¹⁸ CNET. **Eternime wants you to live forever as a digital ghost**. Publicado em 17 de abr. 2017. Disponível em: <https://www.cnet.com/news/eternime-wants-you-to-live-forever-as-a-digital-ghost/>. Acesso em: 24 de out. 2021.

²¹⁹ LEAL, op. cit., p. 184

²²⁰ Ibid., p. 08.

²²¹ SARLET, Gabrielle Bezerra Sales. **Notas sobre a identidade digital e o problema da herança digital**: uma análise jurídica acerca dos limites da proteção póstuma dos direitos da personalidade na internet no ordenamento jurídico brasileiro. Revista de Direito Civil Contemporâneo. v. 17, p. 33-59, out/dez 2018. p. 37.

²²² DIONIZIO, Elizeu. **Projeto de Lei nº 8562/2017**: trata da herança digital. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1564285&filename=PL+7742/2017. Acesso em: 07 de out. 2021.

²²³ BRANCO, Sérgio. **Direito ao esquecimento e herança digital**. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; LEAL, Livia Teixeira (Coord.). Herança digital: controvérsias e alternativas. Indaiatuba: Foco. 2021, p. 286.

²²⁴ SARLET, G, op. cit., p. 37.

regulamentação está sendo buscada através da elaboração de projetos de lei²²⁵; e (ii) a possibilidade ou não de proteção póstuma dos dados pessoais, o que será objeto de discussão desta segunda etapa do trabalho, com enfoque nas informações sensíveis.

Como exposto no introito deste estudo, os principais problemas envolvendo os dados sensíveis de pessoas mortas são o acesso indevido às suas informações e o vazamento de seus dados, o que carrega a potencialidade de violar os direitos de personalidade daquele que, em vida, figurava como seu titular.

Assim, haja vista que tal categoria se enquadra no aspecto existencial da herança digital, é por esse viés que o tema será trabalhado no tópico seguinte, por intermédio do estudo da proteção póstuma da dignidade humana e dos direitos de personalidade.

6. Proteção póstuma da dignidade humana e dos direitos de personalidade

6.1. Controvérsias doutrinárias

Conforme já discutido, a tutela jurídica dos direitos da personalidade tem como suporte básico o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, que orienta e legitima o sistema jurídico de defesa da personalidade²²⁶. Nesse enquadramento, a proteção de dados representa, em linhas gerais, a tutela da pessoa humana em sua “versão atualizada às demandas da contemporaneidade”, sobremaneira no que concerne ao livre desenvolvimento de sua personalidade mediante a garantia da sua autodeterminação informacional, o que inclui, na visão de Gabrielle Sarlet, a proteção *post mortem*²²⁷.

Para José Afonso da Silva, a dignidade acompanha o homem tão somente até a sua morte²²⁸. Sob outro ponto de vista, Marta Stoffels, ao fazer alusão ao comentário da Ministra do STF Carmen Lúcia, em Artigo publicado na obra "50 anos da Declaração dos Direitos Humanos: conquistas e desafios", conclui que a dignidade não atinge somente as pessoas vivas,

²²⁵ Os Projeto de Lei nº 4.099/2012 e nº 4.847/2012 apresentaram como proposta a transmissão de todo o conteúdo da *internet* aos herdeiros, que ficariam responsáveis por sua administração.

²²⁶ AMARAL, op. cit., p. 353.

²²⁷ SARLET, G, op. cit., p. 37.

²²⁸ SILVA, José Afonso da. **A dignidade da pessoa humana com valor supremo da democracia**. Revista De Direito Administrativo, v. 212, p. 89–94. 1998. p. 93. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47169/45637>. Acesso em: 19 de out. 2021.

mas também aquelas que já morreram, mediante a preservação da imagem, da intimidade e da privacidade do corpo do morto²²⁹.

Dedicando-se à personalidade propriamente dita, cabe esclarecer que, segundo o art. 2º do CC/02, tem-se o nascimento com vida como o seu marco inicial, respeitados os direitos do nascituro desde a sua concepção; e, como marco final, a morte encefálica, conclusão que se extrai do art. 6º do CC/02, combinado com o art. 3º da Lei dos Transplantes²³⁰.

A despeito desta previsão legislativa, há controvérsias na doutrina no que toca ao reconhecimento ou não de direitos da personalidade da pessoa morta e, em sendo positiva a resposta, se a tutela desses direitos se daria pelos legitimados em nome próprio ou em nome da pessoa falecida. Em vista disso, reserva-se esse espaço para apresentar as posições doutrinárias clássica e contemporânea.

Nas tradicionais lições de Pontes de Miranda – seguido por Sílvio de Salvo Venosa, Cristiano Chaves e Silvio Romero Beltrão²³¹ – com a morte cessam os direitos de personalidade, ao afirmar categoricamente que “morto não tem direitos, nem deveres²³². Assim, o jurista entendia que o que poderia ser ferido era o direito à verdade, cujo titular seria o Estado ou outra pessoa²³³.

Por outro lado, Washington de Barros Monteiro entende que não há um completo aniquilamento do *de cuius* com a morte, visto que sua vontade sobrevive por meio do testamento, de modo que há direitos de personalidade que lhe sobrevivem após a morte²³⁴.

Na mesma linha, Farias e Rosenvald se orientam no sentido de que, apesar de a morte importar no término da personalidade, o ordenamento jurídico confere tutela aos direitos

²²⁹ STOFFELS, Marta. **Os esqueletos humanos são dignos de proteção**. Caderno Ibero Americano de Direito Sanitário. Publicado em: 1º de abr. de 2020. p. 206. Disponível em: <https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/599>. Acesso em: 19 de out. 2021.

²³⁰ Art. 3º A retirada post mortem de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina.

²³¹ Conforme síntese de Ney Rodrigo Lima Ribeiro, no seu artigo intitulado “Direito à proteção de pessoas falecidas. Enfoque luso-brasileiro”, na obra *Direitos da Personalidade*, coordenada pelos Professores Jorge Miranda, Otávio Luiz Rodrigues Junior e Gustavo Bonato Fruet, utilizada como fundamento no REsp 1209474/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/09/2013, DJe 23/09/2013.

²³² MIRANDA, Pontes. **Tratado de Direito Privado**: parte especial. Tomo VII: direito de personalidade, direito de família. Atualizado por: NERY, Rosa Maria de Andrade. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. p. 100.

²³³ *Ibid.*, p. 121.

²³⁴ “No Código Penal há dispositivos que reprimem crimes contra os mortos (arts. 209 a 212). militares e servidores públicos podem ser promovidos post mortem e aquinhoados com medalhas e condecorações, a falência pode ser decretada, embora morto o empresário (lei n. 11.101/2005, arts. 97, n. ii, e 125)” (MONTEIRO, Washington de Barros; PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. **Curso de direito civil**: parte geral Pinto. 45. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, v. 1. p. 98).

da personalidade do falecido – “honra, imagem, nome...” – mesmo depois do óbito do titular, legitimando o cônjuge ou o companheiro sobrevivente, além dos parentes em linha reta ou colateral até o quarto grau, para requerer medidas protetivas, em juízo, para a defesa dos direitos da personalidade da pessoa morta²³⁵.

Orlando Gomes adota o posicionamento supra, ao assegurar que, embora os direitos de personalidade não se transmitam *mortis causa*, gozam de proteção depois da morte do titular, sendo legitimados a requerê-la o cônjuge sobrevivente ou qualquer parente próximo, e não os herdeiros chamados à sucessão²³⁶.

Igualmente, Francisco Amaral leciona que a personalidade humana se extingue com a morte, mas que isso não impede que sejam reconhecidas manifestações da personalidade *post mortem*, como ocorre nos casos do direito ao corpo, à imagem, ao direito moral do autor, e o direito à honra. Neste caso, caberia aos herdeiros a sua defesa contra terceiros²³⁷. Bittar entende que, embora os direitos da personalidade terminem com a morte do titular, tal constatação não se aplica a alguns direitos dessa categoria, como os direitos ao corpo, à parte do corpo e à imagem, em que subsistem efeitos *post mortem*²³⁸.

Maria Helena Diniz aponta que os direitos de personalidade nascem e se extinguem *ope legis* (por força de lei, automaticamente) com o seu titular, por serem dele inseparáveis. Ou seja, em regra, terminariam com o óbito do seu titular. Todavia, a autora observa que o aniquilamento não é completo, visto que certos direitos sobrevivem, sendo devido ao morto respeito à sua imagem, à sua honra e ao seu direito moral de autor²³⁹.

Seguindo a mesma orientação, Tartuce discorre que, inobstante a morte decreta o fim da personalidade, alguns direitos do morto permanecem, apresentando resquícios de personalidade civil. Diante disso, na visão do autor, não se aplicaria o já mencionado art. 6º do CC/02 aos direitos da personalidade, em decorrência da possibilidade de os lesados indiretos pleitearem indenização por lesão à honra ou imagem do *de cujus*²⁴⁰.

Explorando as produções mais recentes, nas palavras de Terra, Oliva e Medon, “o decesso, com efeito, não conduz a pessoa humana, a quem é dirigida a proteção máxima do

²³⁵ FARIAS; ROSENVALD, op. cit., p. 216.

²³⁶ GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. Coordenado e atualizado por Edvaldo Brito; atualizado por Reginalda Paranhos de Brito. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. *E-book*. p. 109.

²³⁷ AMARAL, op. cit., p. 357.

²³⁸ BITTAR, op. cit., p. 45.

²³⁹ Sobre a posição adotada por esta doutrinadora, faz-se imperioso tecer um breve comentário: ao longo de sua exposição, muito se falou na possibilidade de os lesados indiretos pleitearem reparação por violação dos direitos de personalidade, contudo, não houve menção à defesa póstuma do próprio falecido (DINIZ, op. cit., p. 135-136).

²⁴⁰ TARTUCE, op. cit., p. 237.

ordenamento, ao limbo jurídico, ao vazio normativo, retirando-lhe qualquer relevância e negando-lhe qualquer tipo de respeito ou tutela”²⁴¹. O que se protege é a condição da pessoa humana e suas múltiplas manifestações, inclusive aquelas que continuam se projetando mesmo após a morte do titular²⁴².

Na visão de Maici Colombo, a tutela póstuma dos direitos da personalidade não se justifica pelo seu tradicional conceito amparado pela sua subjetividade, isto é, na qualidade de titular de direitos e deveres na ordem civil ou sua aptidão para figurar nas relações jurídicas, que coincide com a capacidade de direito. Pelo contrário: demanda o reconhecimento da personalidade em sentido objetivo, isto é, na condição de “bem socialmente relevante” e “intrinsecamente associado à dignidade humana”²⁴³. Consta que os meios de tutela, nestes casos, a despeito de afetar reflexamente a personalidade da vítima indireta, isto é, dos legitimados, fundam-se em direito próprio, eis que há coincidência entre a titularidade do interesse juridicamente tutelado e a legitimação para agir²⁴⁴.

Burille, Honorato e Leal tomam partido para o lado daqueles que defendem que caberia aos sucessores a tutela da personalidade do ente familiar, a fim de proteger a sua imagem, a honra, a privacidade e a dignidade da pessoa humana²⁴⁵. Observam que, embora a existência da pessoa se encerre com a morte, a tutela póstuma da personalidade se posterga para além do evento fúnebre, consoante cláusula geral extraída do art. 12, parágrafo único, do CC/02²⁴⁶.

²⁴¹ TERRA, Aline de Miranda Valverde; OLIVA, Milena Donato; MEDON, Filipe. **Acervo digital: controvérsias quanto à sucessão causa mortis**. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; LEAL, Livia Teixeira (Coord.). *Herança digital: controvérsias e alternativas*. Indaiatuba: Foco. 2021. p. 57.

²⁴² COLOMBO, Maici Barboza dos Santos. **Tutela póstuma dos direitos da personalidade e herança digital**. In: **Tecnologia, morte e direito: em busca de uma compreensão sistemática da “herança digital”**. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; LEAL, Livia Teixeira (Coord.). *Herança digital: controvérsias e alternativas*. Indaiatuba: Foco. 2021. p. 107.

²⁴³ COLOMBO, M. op. cit., p. 107.

²⁴⁴ A autora, embora entenda que se trata de defesa de direito próprio, defende ser desnecessária a disposição do parágrafo único do art. 12 do CC/02, na medida em que a potencialidade lesiva por ricochete já conferiria aos familiares o direito de perseguir os meios para tutela de sua própria personalidade. (Ibid., p. 109).

²⁴⁵ BURRILLE, Cíntia. HONORATO, Gabriel. LEAL, Livia Teixeira. **Danos morais por exclusão de perfil de pessoa falecida**: Comentários ao acórdão proferido na Apelação Cível nº 1119688-66.2019.8.26.0100 (TJSP). *Revista Brasileira de Direito Civil*. Belo Horizonte, v. 28, p. 207-227, abr./jun. 2021. p. 217. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/737>. Acesso em: 14 de nov. 2021.

²⁴⁶ Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei. Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.

Ratificando este último posicionamento, o Enunciado nº 400 da V Jornada de Direito Civil²⁴⁷, ao interpretar o aludido preceito, declara que a legitimidade para buscar a cessação da ameaça ou a lesão a direito da personalidade é assegurada aos parentes, ao cônjuge ou ao companheiro, por direito próprio, para a tutela contra lesão perpetrada *post mortem*.

De igual modo, Burille, Honorato e Leal afirmam ser pacífico na doutrina e na jurisprudência que o rol previsto no dispositivo em esboço é exemplificativo e não taxativo, exatamente para permitir que não apenas os herdeiros, mas de igual modo terceiros, possam tutelar a personalidade do finado, a fim de inibir, sanar e/ou reparar danos à personalidade póstuma²⁴⁸.

Como percebe Sérgio Branco, “qualquer que seja a justificativa encontrada, certo é que os direitos da personalidade sobrevivem à morte e são legalmente protegidos” e complementa dizendo que “na herança digital são tutelados, em seu aspecto existencial, os direitos de personalidade da pessoa morta, ainda que a justificativa para essa tutela não seja unânime”²⁴⁹.

Diante dos apontamentos supra, ainda que não haja unanimidade, conclui-se que tem prevalecido na doutrina brasileira o posicionamento que justifica a tutela *post mortem* dos direitos de personalidade a partir do direito próprio dos familiares.

6.2. A proteção *post mortem* do corpo eletrônico e da identidade digital

Chegando-se à conclusão de que os legitimados para a proteção póstuma dos direitos de personalidade o fariam em direito próprio, passa-se a refletir sobre as possíveis limitações dessa tutela.

Segundo Colombo, “enquanto a tutela dos direitos da personalidade em vida permite ao seu titular uma ampla gama de atuação no sentido do livre desenvolvimento da personalidade – como emanção da sua autonomia existencial, que é intransmissível – tanto em um aspecto positivo (possibilidade de agir), quanto em um aspecto negativo (defender-se de interferências alheias), a situação jurídica subjetiva que surge aos familiares quando do falecimento do titular dos direitos da personalidade se investe de função protetiva e, por isso,

²⁴⁷ Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/vjornadadireitocivil2012.pdf>. Acesso em: 08 de out. 2021.

²⁴⁸ BURRILLE; HONORATO; LEAL, Livia Teixeira. op. cit., p. 217.

²⁴⁹ BRANCO, op. cit., p. 269.

são limitados por eventuais manifestações em vida do falecido ou, não as tendo deixado, pela reconstrução de sua memória biográfica”²⁵⁰.

Isso sob o argumento de que “o objetivo da tutela póstuma é proteger, e não desenvolver uma personalidade ou sua emanção”²⁵¹, impondo-se um dever geral de abstenção de atos que agridam a projeção da pessoa morta, razão pela qual “o surgimento *iure proprio* de direitos relacionados à tutela da personalidade de pessoa falecida revela que o exercício dessa situação jurídica subjetiva não deve ocorrer nos mesmos termos possibilitados pelo ordenamento jurídico à pessoa que titulariza os próprios direitos da personalidade”²⁵².

Logo, pode-se dizer que a peculiaridade desse dever jurídico é que a sua exigibilidade é conferida não a quem seja o titular da personalidade e, conseqüentemente, de todas as prerrogativas a ela inerentes, mas aos terceiros legitimados, limitados, porém, a uma atuação exclusivamente protetiva²⁵³, no intuito de defender as projeções da personalidade que foi desenvolvida em vida pelo finado e não de construir uma identidade divergente daquela que ostentava a pessoa falecida²⁵⁴.

Negri e Korkmaz alertam que o exercício indiscriminado das prerrogativas conferidas aos legitimados para a tutela póstuma pode representar, em concreto, uma ruptura com a identidade da pessoa falecida e, em casos extremos, uma anulação da sua identidade digital mediante o exercício indiscriminado do direito ao apagamento de dados pessoais²⁵⁵.

Com alicerce no risco da desconstituição da identidade construída em vida, Zampier é categórico em sustentar a impossibilidade de acesso *post mortem* dos dados das pessoas falecidas²⁵⁶. Nessa linha, é essencial que se tenha em mente que a identidade está intimamente relacionada com o direito à memória, visto que “lembrar do passado é um elemento essencial da conformação da identidade”, pois sem ela não há referências, nem experiências²⁵⁷, motivo pelo qual a exclusão arbitrária e irrestrita de informações deixadas pelo falecido – caso não seja essa a vontade explicitamente manifestada em vida – poderia violar o direito à memória, o que justificaria a sua limitação.

²⁵⁰ COLOMBO, M, op. cit., p. 114.

²⁵¹ Ibid., p. 114.

²⁵² Ibid., p. 114.

²⁵³ Ibid., p. 113.

²⁵⁴ Ibid., p. 114-115.

²⁵⁵ NEGRI; KORKMAZ, op. cit., p. 221.

²⁵⁶ ZAMPIER, op. cit., p. 142.

²⁵⁷ PADRÓS, Enrique Serra. **Usos da Memória e do Esquecimento na História**. Revista Letras: Santa Maria, n. 22, p. 79-95. Jan/Jun 2001. p. 82-83. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/letras/%20article/view/11826>. Acesso em: 24 de out. 2021.

Aliás, recentemente, em 31/08/2021, a 10ª Câmara de Direito Privado do TJSP julgou demanda²⁵⁸ proposta pelo marido e pela filha de uma usuária falecida do *Facebook*, seus únicos herdeiros, com a pretensão de recuperar os dados pessoais constantes da conta da finada, os quais foram alterados por terceiros após uma invasão. O Tribunal embasou a legitimidade dos requerentes para buscar a preservação do conteúdo no direito à memória, ao não esquecimento e à fidelidade das informações que existiam nos aplicativos e foram modificadas.

Depreende-se, então, que a identidade digital, como singularização do corpo eletrônico, que sobrevive à morte daqueles que ela representa, ao mesmo tempo em que traz a possibilidade de uma permanência *post mortem*, por meio dos dados e páginas digitais, que redimensionam a memória e o esquecimento humano²⁵⁹, afigura-se como limitadora da tutela póstuma pelos legitimados.

6.3. O direito à privacidade da pessoa falecida

Tendo sido constatada, no tópico anterior, as limitações da tutela pelos legitimados, é preciso que se analisem algumas questões específicas do direito de privacidade da pessoa falecida, por ser um dos fundamentos da proteção de dados sensíveis das pessoas naturais.

Farias e Rosenvald não deixam explícito se a privacidade estaria englobada pela proteção *post mortem*²⁶⁰. Amaral exclui implicitamente a privacidade, ao dizer que o morto teria proteção ao corpo, à imagem, ao direito moral do autor e ao direito à honra²⁶¹. Igualmente, Diniz limita a tutela à imagem, à honra e ao direito moral de autor²⁶².

Tartuce, restringindo ainda mais, entende que os lesados indiretos poderiam pleitear indenização por lesão à honra ou à imagem²⁶³. Entretanto, em publicação mais recente, opina que os dados digitais que dizem respeito à privacidade e à intimidade da pessoa, que parecem ser a regra, devem desaparecer com ela. Dito de outra forma, a herança digital deve morrer com a pessoa²⁶⁴.

²⁵⁸ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível 1074848-34.2020.8.26.0100**. Apelantes: Paula Neves e outro; e Facebook Serviços Online do Brasil Ltda. Apelados: os mesmos. Relator: Ronnie Herbert Barros Soares. Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível. 8ª Vara Cível. São Paulo, 31 de ago. 2021.

²⁵⁹ LEAL. op. cit., p. 182.

²⁶⁰ FARIAS; ROSENVALD, op. cit., p. 216.

²⁶¹ AMARAL, op. cit., p. 357.

²⁶² DINIZ, op. cit., p. 135-136.

²⁶³ TARTUCE, op. cit., p. 237.

²⁶⁴ Id. **Herança digital e sucessão legítima**: primeiras reflexões. Centro de Investigação de Direito Privado, ano 5, n 1, p. 871-878, 2019. p. 878. Disponível em: http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/1/2019_01_0871_0878.pdf. Acesso em: 21 de out. 2021.

De outra banda, Burille, Honorato e Leal a incluem expressamente na listagem dos direitos passíveis de proteção, sob o fundamento de que permitir que a privacidade da pessoa falecida seja devassada – seja pelos familiares ou por terceiros – por meio do acesso irrestrito às suas contas digitais e aos seus dados ali contidos, por exemplo, não parece ser uma solução compatível com o sistema jurídico vigente²⁶⁵.

Émilien Reis e Bruno Naves sustentam que a proteção jurídica da intimidade e da privacidade deve abranger todo ser humano, seja ele nascido ou por nascer; podendo, principalmente no meio ambiente digital, prolongar-se para além da morte. Consequentemente, percebem um ofuscamento das antigas fronteiras da privacidade, que agora se mostram mais fluidas e heterogêneas, caminhando para a ampliação do acesso à informação, ao mesmo tempo que se busca restringi-la²⁶⁶, mormente quando possuem natureza sensível.

Rosa e Burille afirmam que o acesso às informações de caráter personalíssimo viola o direito à privacidade e à intimidade do finado²⁶⁷. Na mesma acepção, Gustavo Pereira defende que eventual obtenção do direito de acesso aos segredos do falecido – que podem ser traduzidos em informações relacionadas aos seus hábitos sexuais, saúde, convicções religiosas, filosóficas, políticas, dentre outras, classificadas pela LGPD como dados sensíveis, especialmente protegidos em razão da sua importância – daria causa à violação da privacidade de suas comunicações, com a invasão de sua privacidade²⁶⁸.

Nevarés é enfática em aduzir que os princípios do respeito à privacidade e à inviolabilidade da intimidade devem informar a proteção dos dados digitais de pessoas falecidas, uma vez que, na sua visão, aquele que ingressa no mundo virtual tem a expectativa de privacidade de seus dados e informações²⁶⁹. À vista disso, a autora assinala que o acesso aos dados de cunho existencial somente pode ser concedido caso haja uma justificativa no caso concreto, que seria mais merecedora de tutela do que a privacidade e a vida íntima da pessoa falecida²⁷⁰.

²⁶⁵ BURILLE; HONORATO; LEAL, op. cit., p. 194.

²⁶⁶ REIS, Émilien Vilas Boas; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **O meio ambiente digital e o direito à privacidade diante do Big Data**. Veredas do Direito. v. 17, n. 37, p. 145-167, 2020, p. 161. Disponível em: https://heinonline.org/HOL/Page?collection=journals&handle=hein.journals/rveredire17&id=146&men_tab=srchresults. Acesso em: 10 de out. 2021.

²⁶⁷ ROSA; BURILLE, op. cit., p. 256.

²⁶⁸ PEREIRA, Gustavo Santos Gome. **Herança digital no Brasil: os impactos de sua proposta de tutela sobre a defesa póstuma dos direitos de personalidade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 117-118.

²⁶⁹ NEVARES, Ana Luíza Maia. **Testamento Virtual: ponderações sobre a herança digital e o futuro do testamento**. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; LEAL, Livia Teixeira (Coord.). *Herança digital: controvérsias e alternativas*. Indaiatuba: Foco. 2021. p. 183-184.

²⁷⁰ *Ibid.*, p. 185.

Edwards e Harbinja conceituam a privacidade *post mortem* como o direito de uma pessoa de preservar e controlar o que acontece com sua reputação, dignidade, integridade, segredos ou memória após a morte²⁷¹ - diretamente relacionada, portanto, à autodeterminação informacional, que será abordada no tópico seguinte.

Partindo-se para um rápido exame jurisprudencial, nota-se que há poucos casos judicializados no Brasil, sendo que um dos mais citados na doutrina é o processo nº 0023375-92.2017.8.13.0520, de Minas Gerais, no qual, em 08/06/2018, o Juiz Manoel Jorge de Matos Junior julgou improcedente o pedido de acesso aos dados contidos no celular da filha falecida da autora, sob o fundamento de que “a intimidade de outrem, inclusive da falecida Helena, não pode ser invadida para satisfação pessoal. A falecida não está mais entre nós para manifestar sua opinião, motivo pela qual a sua intimidade deve ser preservada”²⁷².

Sob outra perspectiva, no *leading case* alemão na seara da herança digital, conhecido como “Garota de Berlim”, foram adotados fundamentos que colidem com o decidido no referido julgado brasileiro e ao que se tem defendido na doutrina pátria, o que gerou inúmeras críticas, eis que o Tribunal Federal Alemão, ao que parece, priorizou os interesses patrimoniais dos conglomerados digitais em face dos interesses existenciais do ser humano²⁷³.

Em breve resumo, os pais de uma usuária do *Facebook* morta por ocasião de um acidente de metrô, em 2012, ajuizaram uma ação contra a plataforma digital tentando acessar a conta da filha que havia sido transformada em “memorial”, para compreender as causas da sua morte. Em primeira instância, o pedido foi concedido. Todavia, em grau recursal, o *Kammergericht*, mais alto tribunal de Berlim, reformou a decisão, negando o acesso com fundamento no sigilo das telecomunicações.

A família recorreu ao *Bundesgerichtshof*, mais alta corte da Alemanha, que reconheceu o direito sucessório dos pais de acesso à conta da filha falecida, bem como a todo o conteúdo nela armazenado, o que não se oporia aos direitos de personalidade da falecida, tampouco ao direito geral de personalidade do *de cuius* ou dos terceiros interlocutores e ao sigilo das comunicações, nem às regras sobre proteção de dados pessoais²⁷⁴.

²⁷¹ EDWARDS, Lilian; HARBINJA, Edina. **Protecting post-mortem privacy**: Reconsidering the privacy interests of the deceased in a digital world. *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*. v. 32. maio/2013. p. 103. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2267388. Acesso em: 09 de nov. 2021.

²⁷² NEVARES, op. cit., p. 185.

²⁷³ FRITZ, Karina Nunes. **A garota de Berlim e a herança digital** In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; LEAL, Livia Teixeira (Coord.). *Herança digital: controvérsias e alternativas*. Indaiatuba: Foco, 2021. p. 235.

²⁷⁴ MENDES; FRITZ, Karina Nunes. **Case Report**: Corte alemã reconhece a transmissibilidade da herança digital. *RDU*, Porto Alegre, v. 15, n. 85, p. 188-211, 2019. p. 208. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/3383/pdf>. Acesso em: 20 de set. 2021.

Quanto a este último, caminhando em sentido contrário à orientação da doutrina nacional, a Corte alemã salientou que o art. 6º, inciso I, letra “b” do RGPD (equivalente ao art. 7º, inciso V, da LGPD), permite o tratamento dos dados quando necessário à execução de contrato. Com fulcro nesta disposição, entendeu-se que a transmissão e o acesso de mensagens ou outros conteúdos seriam realizados pelo *Facebook* para a execução de seus deveres de prestação principais, sendo legítimo o tratamento dos dados pessoais nessas hipóteses, que não se alterariam com a morte. Além disso, o *Bundesgerichtshof* assentou que a ordem de transmissão de uma mensagem enviada pelo usuário emissor ao provedor não teria eficácia temporal limitada, valendo mesmo após a morte do destinatário, podendo ser acessada por todos aqueles que tiverem os dados de identificação²⁷⁵.

Dito isso, inobstante as divergências doutrinárias e jurisprudenciais, é viável concluir pela existência de um direito de privacidade do morto. Surge, então, a seguinte questão: e quando são os próprios legitimados que violam os direitos de personalidade do falecido, acessando e veiculando informações confidenciais da pessoa morta, que ela, em vida, mantinha sob sigilo? Ou seja, quando a atuação dos familiares parece conflitante com os interesses emanados da personalidade do *de cuius*, qual seria a solução?²⁷⁶

Nesse sentido, apontam Negri e Korkmaz que não são raros os casos em que familiares, contrariando a própria vontade do falecido, conferem uma destinação *post mortem* das informações pessoais diversa dos interesses manifestados em vida. Nessa direção, Leal enfatiza que não é incomum que a tutela póstuma dos direitos da personalidade se opere em face dos próprios familiares²⁷⁷.

Como solução para o entrave, Schreiber extrai do art. 21 do CC/02²⁷⁸ que o termo “interessado” tem sido entendido como uma referência ao titular da privacidade ameaçada, podendo ser conferida uma interpretação extensiva a abranger qualquer pessoa legitimamente interessada na defesa da privacidade daquele que já não pode mais fazê-lo, ampliando-se o rol de legitimados à proteção póstuma daquele atributo da personalidade²⁷⁹.

²⁷⁵ MENDES; FRITZ, op. cit., p. 203-204.

²⁷⁶ COLOMBO, M. op. cit., p. 110.

²⁷⁷ LEAL, op. cit., p. 193.

²⁷⁸ Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

²⁷⁹ SCHREIBER, op. cit., p. 156-157.

6.4. Autodeterminação informativa e destino dos dados

Ainda sobre o *leading case* alemão, o *Bundesgerichtshof* decidiu que, em respeito aos princípios da autonomia privada e da autodeterminação, caberia ao titular decidir o destino da herança digital²⁸⁰. Muito embora tal argumento tenha sido lançado quando da análise da transmissibilidade ou não do patrimônio digital, debate que não é central a este trabalho, tal consideração sobre a autodeterminação, sobretudo informacional, tem grande relevo para o presente estudo, como se passa a demonstrar.

Como reflexo da permanência do conteúdo em meio digital, também podem ser observadas algumas alternativas de manifestação de vontade do indivíduo em vida em relação aos seus dados após sua morte. Importa salientar que, com visto, uma das bases legais para o tratamento de dados sensíveis é o consentimento, que permanece como um dos ícones nessa era digital, essência da dignidade da pessoa humana²⁸¹.

Zampier argumenta que, para evitar o risco da perda de intimidade e da posse do eu, há que se estabelecer limites baseados no consentimento do interessado e nas normas que regulamentam e permitem a interconexão dos dados, as quais devem se atentar para a supranacionalidade do corpo eletrônico, bem como para as políticas de segurança e dos interesses dos provedores de serviços virtuais²⁸².

Barboza e Almeida sustentam que as plataformas deveriam facilitar e incentivar por meio de mecanismos seguros e transparentes a manifestação de vontade do titular a respeito da manutenção da privacidade do conteúdo ou quem poderia ter acesso após a sua morte²⁸³.

Na mesma linha, Terra, Oliva e Medon aduzem que a vontade do falecido há de ser protegida, preservando-se sua pregressa autodeterminação, ou seja, eventual manifestação em vida quanto ao destino de seus bens, de seu corpo e de outros aspectos relacionados à sua personalidade²⁸⁴.

²⁸⁰ Haja vista que neste caso a principal discussão girava em torno da transmissibilidade do conteúdo digital, entendeu o Tribunal Federal Alemão que se o herdeiro não vedasse a sua transmissão ou indicasse um responsável para ter acesso e dar destino ao conteúdo digital, incidiria a regra geral vigente no ordenamento jurídico que confere aos herdeiros o poder de tomar essa decisão. Dessa forma, na ausência de disposição em contrário do falecido, impõe-se a transmissibilidade do conteúdo digital aos herdeiros, tal como ocorre com o conteúdo analógico. (MENDES; FRITZ. op. cit., p. 188).

²⁸¹ RUARO; SARLET, op. cit., p. 204.

²⁸² ZAMPIER, op. cit., p. 113.

²⁸³ BARBOZA; ALMEIDA, op. cit., p. 15.

²⁸⁴ TERRA; OLIVA; MEDON, op. cit., p. 57.

Colombo igualmente refere que, uma vez que a autonomia existencial compõe o núcleo afirmativo da personalidade, pode o titular, em vida, estabelecer o destino desejado para os seus dados e contas digitais, inclusive nomeando quem desejar para a defesa de seus objetivos²⁸⁵, sendo que a declaração de vontade pode ser feita por disposição testamentária²⁸⁶ ou codicilar²⁸⁷, com fundamento na “liberdade de testar” diretamente relacionada à autonomia da vontade²⁸⁸.

Da mesma forma, Negri e Korkmaz, atestam que a importância dos dados pessoais para a construção da identidade, considerando a ampla gama de prerrogativas passíveis de serem exercidas sobre os dados da pessoa falecida, valoriza significativamente essa manifestação em vida, fomentando o instituto do planejamento sucessório²⁸⁹.

Gabrielle Sarlet declara que, atualmente, as entidades privadas são o alvo principal das modalidades de regulamentação para a concretização da plena democracia digital, cujo núcleo essencial é o fortalecimento do protagonismo da pessoa humana por meio da expressão do livre consentimento informado de seus partícipes. Nota que, a rigor, o testamento virtual seria a melhor opção, em particular em razão das lacunas legais, apesar de não ser frequentemente utilizado, sobretudo no Brasil²⁹⁰

Nesse cenário, Leal garante ser possível a contratação de empresas especializadas, para que as contas digitais da pessoa falecida tenham uma destinação e administração específica, seja para sua exclusão, seja para sua manutenção²⁹¹.

O “*Back Up Your Life*”²⁹², por exemplo, permite que se faça uma cópia de segurança de dados como senhas e passaporte, além de ser possível delegar à empresa a gestão de mídias sociais após a morte. De modo similar, o CLORC²⁹³, abreviação de “*Cloud Locker*”, é um cofre “ultra seguro”, na forma de nuvem, para armazenamento de documentos, contas e ativos

²⁸⁵ COLOMBO, M, op. cit., p. 117.

²⁸⁶ O CC/02 admite que o testamento tenha um conteúdo extrapatrimonial, pela regra constante do seu art. 1.857, §2º (“São válidas as disposições testamentárias de caráter não patrimonial, ainda que o testador somente a elas se tenha limitado”).

²⁸⁷ “O codicilo é ato de última vontade (rectius, com eficácia causa mortis), que se configura a partir de escrito particular datado e assinado, sendo restrito a disposições de pequeno valor, a estipulações especiais sobre o enterro do declarante e a nomeação ou substituição de testamentários. A capacidade para lavrar o codicilo é a mesma exigida para o testamento, não admitindo a lei que uma pessoa escreva o ato a rogo do autor da herança. Por essa razão, o codicilo só poderá ser realizado por aqueles que saibam e possam escrever no momento de sua lavratura. (NEVARES, Ana Luiza Maia. **Direito das sucessões**. Rio de Janeiro: Forense, 2020. *E-book*. p. 149).

²⁸⁸ EDWARDS; HARBINJA, op. cit., p. 133.

²⁸⁹ NEGRI; KORKMAZ. op. cit., p. 222.

²⁹⁰ SARLET, G, op. cit., p. 37.

²⁹¹ LEAL, op. cit., p. 183.

²⁹² Disponível em: <https://letsbackupyourlife.com/>

²⁹³ Disponível em: <https://clocr.com/>

digitais. Dentre seus serviços estão incluídos o gerenciamento de informações e o planejamento de legado.

Tem-se, ainda, o “*Secure Safe*”²⁹⁴, que busca facilitar o acesso dos familiares ou terceiros autorizados aos dados da pessoa falecida, armazenando-os em nuvem de forma segura. Deduz-se, portanto, que o foco da empresa está mais voltado aos interesses dos sobreviventes, na medida em que intenta auxiliá-los no gerenciamento das informações após a morte do titular, principalmente na desativação de suas contas, transferências de e-mails e mensagens, cancelamento de assinaturas em plataformas de *streaming* e compartilhamento de fotos.

Por fim, sublinha-se que Negri e Korkmaz, apesar de sinalizarem para a necessidade de se conferir autonomia informativa ao titular dos dados em vida, entendem que os remédios previstos na regulação de proteção de dados pessoais não têm correspondência direta com a tutela póstuma que a atribuição desses remédios pretenderia garantir²⁹⁵. Isso ocorre porque, como será mais bem dissertado a seguir, a LGPD não prevê mecanismos protetivos voltados às pessoas falecidas.

7. Exclusão (tácita) das pessoas falecidas do âmbito de proteção da LGPD

Pouco tem se discutido, no Brasil, sobre a proteção de dados após a morte do usuário²⁹⁶. Ao se voltar para a regulação do direito à proteção de dados pessoais, garantindo a dignidade humana através da privacidade e da intimidade dos sujeitos, a LGPD ganha contornos relevantes no ordenamento jurídico pátrio, particularmente quando se tem em mente a superprodução de dados sensíveis na realidade atual e as possibilidades de danos advindos da sua manipulação²⁹⁷.

Para isso, a lei brasileira, em seu art. 1º, define o âmbito de abrangência da tutela protetiva ao preconizar que o seu objetivo é “proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural”. Na mesma lógica, como visto, define “dado pessoal” como sendo toda “informação relacionada à pessoa natural identificada ou identificável”.

Fica claro, portanto, que a proteção conferida pela LGPD se destina às pessoas naturais, definidas por Carlos Roberto Gonçalves, ao citar Maria Helena Diniz, como “o ser

²⁹⁴ Disponível em: <https://www.securesafe.com/en/business/overview>

²⁹⁵ NEGRI; KORKMAZ, op. cit., p. 221.

²⁹⁶ ALMEIDA, op. cit., p. 97.

²⁹⁷ RUARO; SARLET, op. cit., p. 203.

humano considerado como sujeito de direitos e obrigações”, explicando que, para qualquer pessoa ser assim designada, basta nascer com vida e, desse modo, adquirir personalidade²⁹⁸.

De outra banda, extrai-se do art. 6º do CC/02, que “a existência da pessoa natural termina com a morte”. Com isso se quer dizer que a LGPD, ao optar pelo termo “pessoa natural”, excluiu tacitamente de seu alcance as pessoas mortas, o que evidencia a ausência de previsão legal, no Brasil, que verse sobre o tratamento das informações titularizadas por pessoas falecidas, em que pese a quantidade de dados fornecidos ou coletados em vida, acerca dos quais não há certeza de sua exclusão ou destinação *post mortem*.

Confirmou-se, anteriormente, a possibilidade de tutela póstuma dos direitos de personalidade e, como corolário, dos dados sensíveis, por estarem intrinsecamente ligados. Todavia, verifica-se que a tutela prevista pelo diploma civilista e mencionada pela doutrina busca tão somente a reparação de um dano já concretizado, aplicável quando já violado algum direito de personalidade do morto.

Em razão disso, não trazem respostas satisfatórias para os problemas que compõem o objeto deste trabalho, que também demandam uma tutela preventiva para impedir o vazamento de dados sensíveis e o seu tratamento indevido quando se está diante de titulares já falecidos. É exatamente por isso que Almeida defende que, na sociedade atual, a preocupação não deve ser direcionada unicamente à violação, por exemplo, da imagem de uma pessoa que já morreu, mas também da destinação de seus dados após a morte²⁹⁹.

Diante disso, passa-se a averiguar a possibilidade de se estender o regime protetivo da LGPD que recai sobre as informações sensíveis de pessoas naturais, para abranger também as pessoas falecidas. Em virtude da lacuna legislativa, surgem posicionamentos doutrinários divergentes quanto à aplicabilidade ou não da LGPD às pessoas mortas.

Mendes e Fritz entendem que a lei de proteção de dados brasileira, por não ter regulado o tema de forma explícita, não abrange os dados de pessoas falecidas, seja por seus fundamentos, seja por seus objetivos. Como motivos, explanam que o marco normativo de proteção de dados parte do pressuposto de que o seu tratamento pode acarretar riscos às liberdades fundamentais da pessoa e prejudicar seu livre desenvolvimento, em razão de uma representação não consentida, equivocada ou mesmo discriminatória.

Asseveram que a pessoa falecida não corre o risco de discriminação, tampouco de ter o seu livre desenvolvimento prejudicado e, portanto, não faria sentido submeter seus dados

²⁹⁸ GONÇALVES. op. cit., p. 38.

²⁹⁹ Ibid., p. 95.

ao mesmo sistema de proteção forte e preventivo estabelecido pela LGPD para as pessoas vivas³⁰⁰. Da mesma forma, Chizzotti e Kramel adotam o posicionamento de que a proteção da LGPD não recai sobre dados pessoais titularizados por mortos, diante da ausência de disposição expressa a esse respeito³⁰¹.

Entretanto, Nevares defende que esta não parece ser a melhor interpretação da LGPD, sob o argumento de que a personalidade do indivíduo se projeta para além da morte³⁰². Nesta mesma perspectiva, Colombo, citando Leal, afirma que o fato de não haver no diploma menção expressa ao tratamento de dados pessoais do finado não se traduz em impedimento para que haja a proteção *post mortem*³⁰³. Negri e Korkmaz sinalizam que não é possível identificar uma previsão na LGPD que taxativamente exclua da sua abrangência a proteção de dados de pessoas falecidas, embora o escopo de aplicação da legislação seja limitado às pessoas naturais³⁰⁴.

Terra, Oliva e Medon ponderam que, no que diz respeito aos dados pessoais, a LGPD foi silente sobre a proteção póstuma. Porém, tendo em vista a tutela da personalidade *post mortem*, os herdeiros também devem poder exercer os direitos relativos ao tratamento dos dados pessoais previstos na lei, como o acesso, a retificação e a exclusão³⁰⁵.

Infere-se, então, que paira uma incerteza sobre o tratamento normativo da matéria no Brasil e que, em virtude disso, as plataformas digitais, que funcionam como intermediadoras de grande parte dos dados deixados na rede, têm inserido, em seus contratos eletrônicos, cláusulas para disciplinar o destino dos dados após a morte do seu titular.

A *Microsoft*, que oferece como produtos, por exemplo, correios eletrônicos (*Hotmail*, *Outlook*), plataforma de vídeo (*Teams*) e de armazenamento de arquivos (*OneDrive*), possui em seus termos de uso, na seção “Usando os Serviços e o Suporte”, previsão expressa de que, caso não haja atividade pelo período de 2 anos, a conta será desativada:

ii. Uso da Conta. Você deve usar sua conta da Microsoft para mantê-la ativa. Isso significa que você deve entrar pelo menos uma vez em um período de dois anos para manter sua conta da Microsoft e os Serviços associados ativos, a menos que um período mais longo seja fornecido na política de atividade da

³⁰⁰ MENDES; FRITZ, op. cit., p. 208.

³⁰¹ CHIZZOTTI, Camila; KRAMEL, Karim. **A proteção dos dados pessoais das pessoas falecidas**. Conjur. Publicado em: 27 de jul. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-27/chizzotti-kramel-protECAo-dados-pessoas-falecidas>. Acesso em: 21 de out. 2021.

³⁰² NEVARES. op. cit., p. 183.

³⁰³ COLOMBO, M. op. cit., p. 117.

³⁰⁴ NEGRI, Sergio Marcos Carvalho de Ávila; KORKMAZ, Maria Regina Detoni Cavalcanti Rigolon. **Inteligência artificial e a tutela póstuma de dados pessoais**: notas sobre as decisões automatizadas. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; LEAL, Livia Teixeira (Coord.). Herança digital: controvérsias e alternativas. Indaiatuba: Foco. 2021. p. 211.

³⁰⁵ TERRA; OLIVA; MEDON. op. cit., p. 70

conta da Microsoft em <https://go.microsoft.com/fwlink/p/?linkid=2086738> ou em uma oferta de uma parte paga dos Serviços. Se você não entrar durante este período, nós assumiremos que sua conta da Microsoft está inativa e nós a fecharemos. Consulte a seção 4.a.iv.2 para saber as consequências de uma conta da Microsoft encerrada. Você deve entrar em sua caixa de entrada do Outlook.com e em seu OneDrive (separadamente) pelo menos uma vez por ano, caso contrário nós encerraremos sua caixa de entrada do Outlook.com e seu OneDrive. Você deve entrar nos Serviços Xbox pelo menos uma vez em um período de cinco anos para manter o gamertag associado à sua conta da Microsoft. Se nós suspeitarmos que sua conta da Microsoft está em risco de ser usada por um terceiro de maneira fraudulenta (por exemplo, como resultado de um compromisso da conta), a Microsoft poderá suspender sua conta até que você reivindique a propriedade. Com base na natureza do compromisso, podemos ter que desativar o acesso a parte ou todo o Seu Conteúdo. Se você estiver tendo problemas para acessar sua conta da Microsoft, visite este site: <https://go.microsoft.com/fwlink/?LinkId=238656>³⁰⁶.

Com o encerramento da conta, os dados ali armazenados e o consentimento do titular serão automaticamente excluídos:

iv. Encerrando Sua Conta. [...] 2. Se sua conta da Microsoft for encerrada (por você ou por nós), algumas coisas acontecerão. Primeiro, seu direito de usar a conta da Microsoft para acessar os Serviços cessará imediatamente. Depois, nós excluiremos os Dados e Seu Consentimento associado à sua conta da Microsoft ou, de outra forma, a dissociaremos de você e da sua conta da Microsoft (a menos que nós sejamos exigidos por lei para mantê-la, devolvê-la ou transferi-la para você ou para um terceiro identificado por você). Você deve ter um plano de backup regular uma vez que a Microsoft não poderá recuperar Seu Conteúdo ou os Dados assim que sua conta for fechada. Terceiro, você poderá perder acesso a produtos que você adquiriu³⁰⁷.

O *Facebook*, por sua vez, concede ao usuário a prerrogativa de escolher, em vida, o destino de suas informações após o falecimento, podendo optar entre³⁰⁸: (i) a transformação do perfil em “memorial”, hipótese em que a conta passa a ser um local em que amigos e familiares se reúnem para compartilhar lembranças após o falecimento de uma pessoa, o que impede que terceiros acessem a conta, protegendo os dados ali inseridos; ou (ii) a exclusão do perfil, ocasião em que todos os dados serão removidos da rede social, pois o *Facebook* armazena informações até que elas não sejam mais necessárias para o fornecimento de produtos e serviços ou até que a conta seja excluída³⁰⁹.

³⁰⁶ MICROSOFT. **Contrato de Serviços da Microsoft**. Publicado em: 1 de abr. de 2021. Disponível em: <https://www.microsoft.com/pt-br/servicesagreement/>. Acesso em: 21 de out. 2021.

³⁰⁷ *Ibid.*,

³⁰⁸ FACEBOOK. **Central de Ajuda**. Disponível em: <https://pt-br.facebook.com/help/103897939701143>. Acesso em: 21 de out. 2021

³⁰⁹ **Id. Política de Dados**. Disponível em: <https://www.facebook.com/about/privacy/update>. Acesso em: 21 de out. 2021

O *Twitter*, mediante o preenchimento de um formulário, permite que um membro da família, guardião legal ou representante autorizado do usuário falecido exclua a conta da rede social, o que resultará na remoção dos conteúdos:

Podemos ajudar você a desativar uma conta.
Caso o proprietário da conta tenha falecido ou esteja incapacitado, podemos ajudar a pessoa autorizada a agir em nome dele a encerrar uma conta do Twitter. Preencha este formulário. Entraremos em contato o quanto antes³¹⁰.

Por fim, o aplicativo de mensagens *WhatsApp*, no intuito de manter a segurança, limitar a retenção de dados e proteger a privacidade dos usuários, remove as contas que permanecem inativas por mais de 120 dias³¹¹.

Nota-se que, apesar dos esforços das plataformas digitais em disciplinar a temática, não há um consenso quanto à destinação dos dados, à possibilidade de tratamento ou de exclusão, assim como à proibição de acesso e coleta; tampouco há harmonia na doutrina quanto à pertinência dessa regulação por empresas digitais.

Almeida reconhece que a questão da privacidade dos dados após a morte do titular é mais bem resolvida através da própria relação contratual estabelecida em vida, visto que os provedores de *internet* já possuem ferramentas de gerenciamento da privacidade de seus usuários, motivo pelo qual seria viável que se permitisse selecionar como se daria o controle das informações em caso de morte ou incapacidade³¹².

De outra banda, Lara critica a regulamentação dos dados de pessoas mortas pelas plataformas digitais, por visarem ao lucro, de modo que esse papel deveria ser desempenhado pelo Estado, como responsável pela organização da vida em sociedade³¹³. Igualmente, Edwards e Harbinja alertam que o reconhecimento formal de proteção dos dados pessoais dos mortos certamente exigiria uma abordagem mais rigorosa a ser tomada³¹⁴ – não limitada às disposições contratuais de plataformas eletrônicas, não havendo dúvidas da insegurança jurídica derivada falta de parâmetros normativos específicos³¹⁵.

Dito isso, Zampier afirma que, hipoteticamente, poderia se sustentar que o ordenamento processual constitucional já forneceria elementos para que houvesse a proteção

³¹⁰ TWITTER. **Estou com dificuldade de acessar a conta.** Central de Ajuda. Disponível em: <https://help.twitter.com/pt/forms/account-access/deactivate-or-close-account/deactivate-account-for-deceased>. Acesso em: 21 de out. 2021.

³¹¹ WHATSAPP. **Por que o WhatsApp apaga contas inativas?** Conta e perfil. Disponível em: https://faq.whatsapp.com/general/account-and-profile/about-inactive-account-deletion/?lang=pt_br. Acesso em: 21 de out. 2021.

³¹² ALMEIDA, op. cit., p. 99.

³¹³ LARA, Moisés Fagundes. **Herança Digital**. 1. ed. Porto Alegre. 2016. *E-book*. p. 24.

³¹⁴ EDWARDS, HARBINJA. op. cit., p. 142.

³¹⁵ SARLET, G. op. cit., p. 35.

dos ativos digitais, em particular se lembrada a existência da cláusula geral de proteção da pessoa humana; e, como decorrência, defender-se a desnecessidade de uma lei específica para regular a temática, sob o argumento de que tal norma “geraria mais inflação legislativa, tendo os juízes a possibilidade clara de extrair a melhor decisão, a partir da leitura, interpretação e aplicação dos princípios constitucionais, especialmente aqueles que buscam concretizar os direitos fundamentais”³¹⁶.

Complementa expondo que, apesar da importância do ativismo judicial, especialmente a partir da casuística aplicação de cláusulas gerais já existentes no ordenamento, em uma sociedade da informação, é de se questionar se a simples abertura semântica da legislação é suficiente para prevenir e dirimir os litígios que serão inerentes a esta nova forma de se viver e de ser comportar³¹⁷.

Desse modo, o jurista deduz que a eficácia normativa da Constituição não parece ser a melhor solução em termos de ativos digitais, “já que inúmeros problemas podem advir da falta de regulamentação, ensejando, inclusive, farta contrariedade de decisões judiciais num primeiro plano, bem como desproteção aos direitos fundamentais numa perspectiva mais avançada”³¹⁸, de sorte que a insegurança produzida poderia ser tão ofensiva quanto os próprios conflitos em si³¹⁹. Assim, o referido autor assegura que a existência de um regramento específico poderia evitar a inflação do poder judiciário com o legislativo cumprindo seu papel de estabelecer diretrizes gerais e preventivas em temática tão nova e sensível³²⁰.

Seguindo a mesma lógica, Caldas afirma que a simples existência de casos concretos relacionados ao tema já constitui razão suficiente para que esteja codificado, visto que, na falta de uma norma geral, os juízes acabam por não ter uniformidade em suas decisões, havendo necessidade de previsão legislativa sobre o tema³²¹.

Muitos países têm se posicionado dessa forma.

É justamente pela conveniência de uma legislação própria que o tópico seguinte se destina à busca de inspiração nas leis de proteção de alguns Estados-Membros da União

³¹⁶ ZAMPIER. op. cit., p. 192.

³¹⁷ Ibid., p. 45.

³¹⁸ Ibid., p. 192.

³¹⁹ Ibid., p. 45.

³²⁰ Ibid., p. 193.

³²¹ Ainda que a autora tenha analisado o tema sob a ótica da (in)transmissibilidade da herança digital, suas considerações são pertinentes para o exame dos dados pessoais, por integrarem-na (CALDAS, Luana Maria Figueiredo de Lima; MORAIS, Rosângela Maria Rodrigues Medeiros Mitchell de. **Herança digital**: bens virtuais como patrimônio sucessório. Revista de Estudos Jurídicos do UNI-RN, n.3, p. 140. 28 nov. 2019. Disponível em: <http://revistas.unirn.edu.br/index.php/revistajuridica/article/view/657/478>. Acesso em: 13 de nov. 2021).

Europeia, que trazem disposição expressa sobre os dados de pessoas falecidas, no intuito de encontrar possíveis soluções para a lacuna legislativa brasileira, a partir do exame dos institutos ali empregados, tais como o direito de acesso e de exclusão.

8. O RGPD como possível solução para a lacuna legislativa

O Considerando 27³²² do RGPD deixou expresso que o regulamento não se aplica aos dados de pessoas falecidas, delegando aos Estados-Membros a tarefa de estabelecer regras a este respeito, em atenção às suas próprias contingências culturais. Ou seja, a lei europeia dá a cada Estado-Membro o poder de escolher entre estender ou não a proteção às pessoas mortas³²³. Ao contrário do que pode parecer à primeira vista, não se trata de negativa de proteção *post mortem*, mas de “incentivo” aos Estados-Membros para que adotem medidas específicas para tal finalidade³²⁴.

Fica evidente, portanto, que a estrutura normativa de proteção de dados adotada pela União Europeia é diferente daquela utilizada pelo Brasil, na medida em que no contexto europeu a regulação se dá em dois níveis (supranacional e nacional) e no brasileiro concentra-se no plano nacional, dialogando com disciplinas especiais na matéria³²⁵.

Ao analisar a temática da proteção póstuma de dados pessoais à luz da Diretiva 95/46/CE, que antecedeu o RGPD, Harbinja, com fundamento nos direitos humanos, apontou como solução viável a inclusão dos dados do falecido no âmbito da definição de dados pessoais, concedendo uma proteção limitada no tempo, com salvaguardas adequadas em relação aos outros interesses relevantes, como liberdade de expressão, arquivos e registros históricos³²⁶.

³²² Tradução livre. No original: “This Regulation does not apply to the personal data of deceased persons. Member States may provide for rules regarding the processing of personal data of deceased persons”. Disponível em: <https://gdpr-info.eu/recitals/no-27/>. Acesso em: 14 de nov. 2021.

³²³ TUBAITE-STALAUŠKIENE, Asta. **Data Protection Post-Mortem**. Luxemburgo: International Comparative Jurisprudence, v. 4. n. 2. p. 97-104. 2018. p. 99. Hein Online. Disponível em: https://heinonline.org/HOL/Page?public=true&handle=hein.journals/icjuris4&div=13&start_page=97&collection=journals&set_as_cursor=0&men_tab=srchresults. Acesso em: 09 de nov. 2021.

³²⁴ PATTI, Francesco Paolo. BARTOLINI, Francesca. **Digital Inheritance and Post Mortem Data Protection: The Italian Reform**. European Review of Private Law. 3 de jan. 2019. Forthcoming, Bocconi Legal Studies Research Paper No. 3397974, p. 1181–1194. Publicado em jun/2019. p. 1181. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3397974>. Acesso em: 14 de nov. 2021.

³²⁵ NEGRI; KORKMAZ, op. cit., p. 211.

³²⁶ HARBINJA, Edina. **Does the EU Data Protection Regime Protect post-mortem privacy and what could be the potential alternatives?** Aston University. Hein Online. 2013. p. 38. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2252483 Acesso em: 14 de nov. 2021.

Para adaptar as leis nacionais ao RGPD, a Itália promulgou o Decreto Legislativo nº 101/2018³²⁷, que dedicou o seu art. 2º às pessoas falecidas, determinando, em seu parágrafo 1º que os direitos previstos nos arts. 15-22 do RGPD (como acesso, retificação, exclusão e portabilidade), quando referentes aos dados pessoais de titularidade de mortos podem ser exercidos em interesse próprio, para proteger o falecido, como “agente” ou por razões familiares dignas de tutela.

As exceções estão previstas nos parágrafos subsequentes, que dispõem que o exercício de tais direitos não é permitido quando há proibição legal ou, quando se tratar de oferta direta de serviços da sociedade da informação, o interessado tenha declarado, de forma inequívoca, livre e informada, a proibição do exercício de determinados direitos. No entanto, em qualquer dos casos, essa vedação não pode ser prejudicial ao exercício, por terceiros, de direitos patrimoniais decorrentes da morte do titular dos dados, tampouco de defender seus interesses perante o Tribunal³²⁸.

Do termo “agente” empregado no parágrafo 1º do art. 2º, é possível depreender que o referido decreto incluiu na lista de pessoas legitimadas aquele nomeado pelo falecido para o exercício de tais direitos. Patti e Bartolini indicam que essa escolha legislativa endossou a prática das plataformas digitais de nomear um “contato legado” em caso de morte, adequando-se aos seus termos de uso; além de ter aumentado a proteção da liberdade testamentária ao permitir que o testador amplie sua gama de ferramentas de gerenciamento de dados após a sua morte³²⁹.

Em Portugal, a entrada em vigor da Lei de Execução do RGPD (Lei n.º 58/2019) deixou claro que o falecimento do titular dos dados não implica em qualquer alteração na forma de tratamento dos dados pessoais, visto que traz previsão expressa, no seu art. 17³³⁰, sobre os

³²⁷ Tradução livre. Disponível em: https://www.gazzettaufficiale.it/atto/stampa/serie_generale/originario. Acesso em: 10 de out. 2021.

³²⁸ Tradução livre. Disponível em: https://www.gazzettaufficiale.it/atto/stampa/serie_generale/originario. Acesso em: 10 de out. 2021.

³²⁹ PATTI, BARTOLINI. op. cit, p. 1185 -1186.

³³⁰ Artigo 17.º Proteção de dados pessoais de pessoas falecidas: 1 - Os dados pessoais de pessoas falecidas são protegidos nos termos do RGPD e da presente lei quando se integrem nas categorias especiais de dados pessoais a que se refere o n.º 1 do artigo 9.º do RGPD, ou quando se reportem à intimidade da vida privada, à imagem ou aos dados relativos às comunicações, ressalvados os casos previstos no n.º 2 do mesmo artigo. 2 - Os direitos previstos no RGPD relativos a dados pessoais de pessoas falecidas, abrangidos pelo número anterior, nomeadamente os direitos de acesso, retificação e apagamento, são exercidos por quem a pessoa falecida haja designado para o efeito ou, na sua falta, pelos respetivos herdeiros. 3 - Os titulares dos dados podem igualmente, nos termos legais aplicáveis, deixar determinada a impossibilidade de exercício dos direitos referidos no número anterior após a sua morte. (PORTUGAL. Lei n.º 58/2019. Assembleia da República. Assegura a execução, na ordem jurídica nacional, do Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação

dados de pessoas falecidas, os quais serão protegidos quando se enquadrarem na categoria especial de dados ou quando se reportarem, por exemplo, à intimidade e à vida privada. Outrossim, a legislação atribuiu ao titular a prerrogativa de nomear alguém para exercer os direitos de acesso, retificação e apagamento, os quais serão exercidos por quem a pessoa falecida haja designado para tanto ou, na sua falta, pelos respetivos herdeiros; assim como de vedar o exercício de tais direitos.

Da mesma forma, a Ley Orgánica 3/2018 da Espanha, que regulamenta a proteção de dados em âmbito nacional, dedica o seu art. 3^o³³¹ à disciplina da proteção *post mortem* de dados pessoais. Preconiza que as pessoas ligadas ao finado por motivos familiares ou de fato, bem como seus herdeiros e pessoas ou instituições designadas para tanto, podem contactar o controlador solicitando acesso aos dados pessoais do titular e, se for o caso, a sua retificação ou supressão; exceto se o falecido deixar, em vida, expressa proibição de acesso ou se houver vedação legal, sem que isso impeça os herdeiros de acessar os dados de carácter patrimonial.

Com isso, pode-se dizer que a lei espanhola faz uma abordagem que engloba tanto aspectos pessoal (“proteção de dados”) quanto patrimonial (“testamento digital”), tendo como regra a possibilidade de acesso às informações pessoais e conteúdos digitais. Ginebra Molins faz uma crítica a este regime, por estabelecer uma “legitimação muito ampla em termos de poderes e muito extensa em termos de pessoas legitimadas”, sem estabelecer qualquer relação de prioridade entre elas, o que pode gerar problemas práticos³³².

Ao final, traz previsão sobre a morte de menor, com relação aos quais os direitos podem ser exercidos pelos representantes legais, pelo Ministério Público, que pode agir de ofício ou a requerimento do interessado; e de pessoa com deficiência, cujos poderes podem ser exercidos também por pessoas que exercem a função de apoio³³³.

A lei de proteção de dados da Bulgária – “*Personal Data Protection Act*” – foi alterada em 21/02/2019 para implementar o RGPD, e preconiza, em suas disposições gerais

desses dados. Publicada em: 08 de ago. 2018. Disponível em: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/123815982/details/maximized>. Acesso em: 01 de out. 2021)

³³¹ Redação completa disponível em: <https://www.boe.es/eli/es/lo/2018/12/05/3/dof/spa/pdf>. Acesso em: 04 de out. 2021

³³² Tradução livre. No original: “En la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, confluyen tanto el enfoque personal de la protección de datos de las personas fallecidas-, como el patrimonial -relativo a los "contenidos digitales"- (en el mal llamado "testamento digital"). Esta ley parte de la regla de acceso por defecto a los contenidos digitales o a los datos personales del fallecido, y establece una legitimación muy amplia en cuanto a facultades y demasiado extensa en cuanto a personas legitimadas, sin establecer prelación alguna entre ellas. Esto, que puede generar problemas en la practica [...]” (M. ESPERANÇA, op. cit., p. 908-909).

³³³ Disponível em: <https://www.boe.es/boe/dias/2018/12/06/pdfs/BOE-A-2018-16673.pdf>

(art. 1º), que a lei não se aplica ao tratamento de dados pessoais de pessoas falecidas, exceto nos casos referidos no art. 25, alínea “f”. Este, ao seu turno, dispõe que o controlador somente poderá tratar os dados pessoais de falecidos se houver base legal para tanto, devendo adotar as medidas adequadas para que os direitos e liberdades de terceiros não sejam afetados; sendo que, mediante pedido, o controlador deve facultar o acesso aos dados de pessoas mortas, nomeadamente através do fornecimento de cópia aos herdeiros ou outras pessoas com interesse legítimo³³⁴.

Já a legislação da Estônia, quando trata do processamento de dados pessoais após a morte do titular, em seu §9º³³⁵, realça o papel do consentimento. O §9º (1) do Capítulo 3 expõe, como regra geral, que o consentimento do titular dos dados permanece válido durante a sua vida e por 10 anos após a sua morte, salvo se decidido em vida em sentido contrário. Se o titular dos dados faleceu quando ainda era menor, seu consentimento será válido por 20 anos após a sua morte.

O §9º (2) do mesmo capítulo expende que após a morte do titular, o processamento dos seus dados pessoais só é permitido com o consentimento dos seus sucessores, exceto se (i) 10 anos se passaram desde a morte do titular; (ii) 20 anos se passaram desde a morte do titular menor de idade; ou (iii) os dados pessoais são tratados sob quaisquer outras bases jurídicas. No caso de vários sucessores, o tratamento dos dados pessoais dos titulares é permitido com o consentimento de qualquer deles – §9º (3). Ainda, o consentimento é dispensado se os dados pessoais processados contiverem apenas o nome do titular dos dados, sexo, data de nascimento e da morte, causa da morte ou a hora e local do sepultamento – §9º (4).

De modo bastante similar, a Dinamarca estabeleceu, no art. 2º (5) da sua lei protetiva de dados – “*The Danish Data Protection Act*”, de maio de 2018 – que as suas disposições, assim como o RGPD, aplicam-se aos dados de pessoas falecidas pelo período de 10 anos após a morte, sendo que o Ministro da Justiça pode estabelecer regras para determinar

³³⁴ Tradução livre. No original: “Article 25f. (New, SG No 17 of 2019) (1) A data controller or processor may process personal data of deceased persons only if there is a legal basis for this. In such cases, the data controller or processor shall take the appropriate measures so that the rights and freedoms of others or a public interest would not be adversely affected. (2) Upon request, the controller shall provide access to personal data of a deceased person, including by providing a copy, to the heirs of the person or to other persons with a legitimate interest”. (Disponível em: <https://www.cdpd.bg/en/index.php?p=element&aid=1194>. Acesso em: 14 de nov. 2021).

³³⁵ Redação completa disponível em: <https://www.dataguidance.com/legal-research/personal-data-protection-act-2018>. Acesso em: 09 de out. 2021.

o aumento ou a diminuição desse intervalo de tempo, de acordo com o art. 2º (6) da mesma lei³³⁶.

A Lei nº 78-17, da França, conhecida como “*Informatique et Libertés*” também foi alterada para se adequar ao RGPD. A referida legislação dedicou o seu Capítulo V para o processamento de dados pessoais relativos às pessoas falecidas, dispondo em seu art. 84 que os direitos mencionados no Capítulo II – retificação e exclusão de dados, limitação do tratamento, por exemplo – expiram com a morte do titular, podendo ser mantidos provisoriamente nas condições estabelecidas no art. 85³³⁷.

O art. 85³³⁸, em linhas gerais, assenta a possibilidade de qualquer pessoa definir, em vida, as diretrizes relativas ao armazenamento, exclusão e comunicação de seus dados pessoais após a sua morte, o que deve ser certificado pela Comissão Nacional de Informática e Liberdades, autoridade administrativa independente que fiscaliza a implementação do RGPD em âmbito nacional, conforme o art. 8º (I) da Lei nº 78-17; ou pelos controladores de dados em questão, os quais estão sujeitos ao consentimento específico do interessado.

Ainda, o mencionado dispositivo ressalva que as diretrizes podem ser revogadas ou alteradas a qualquer momento e que o seu cumprimento não prejudica as disposições aplicáveis aos arquivos públicos que contenham informações pessoais. Outrossim, é possível que se designe um terceiro responsável pela execução das diretrizes, o qual passará a ter, após o falecimento do titular, legitimidade para solicitar a sua aplicação aos responsáveis pelo tratamento dos dados; sendo que, na falta de nomeação, os herdeiros desempenharão esse papel.

Na segunda parte do mencionado art. 85, consta expressamente que, na ausência de elaboração de diretrizes pelo interessado em vida, os seus herdeiros poderão exercer, após a morte do titular, os direitos garantidos pela lei de proteção de dados francesa, sendo que eventuais conflitos quanto ao exercício desses direitos devem ser submetidos ao tribunal competente. Os herdeiros podem, ainda, ter acesso às informações necessária para a liquidação

³³⁶ Tradução livre. No original: “(5) This Act and the General Data Protection Regulation shall apply to the data of deceased persons for a period of 10 years following the death of the deceased. (6) In consultation with the competent minister, the Minister of Justice may lay down rules to the effect that the provisions of this Act and the General Data Protection Regulation shall apply, in full or in part, to the data of deceased persons for a period longer or shorter than that specified in subsection (Disponível em: <https://www.datatilsynet.dk/media/7753/danish-data-protection-act.pdf>. Acesso em: : 09 de nov. 2021)

³³⁷ Tradução livre. No original: “Les droits mentionnés au chapitre II s'éteignent au décès de la personne concernée. Toutefois, ils peuvent être provisoirement maintenus dans les conditions fixées à l'article 85”. Disponível em: <https://www.cnil.fr/fr/la-loi-informatique-et-libertes#article8>. Acesso em: 14 de nov. 2021.

³³⁸ Redação completa disponível em: <https://www.cnil.fr/fr/la-loi-informatique-et-libertes#article85>. Acesso em: 14 de nov. 2021.

e divisão do patrimônio ou que lembrem memórias de família, assim como encerrar as contas digitais do falecido, opor-se ao tratamento de dados e solicitar a sua atualização.

Ao final, a terceira parte do aludido preceito disciplina que as informações relativas às pessoas falecidas, incluindo aquelas que figuram nas certidões de óbito, podem ser tratadas para efeitos de investigação, estudo ou avaliação no domínio da saúde, salvo se o interessado manifestar por escrito a sua recusa durante a vida.

No Brasil, está pronto para pauta na Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática (CCTCI) o Projeto de Lei nº 1689/2021³³⁹, de autoria da Deputada Federal Alê Silva, do Partido Social Liberal de Minas Gerais, que altera o CC/02, especialmente no tocante aos dados pessoais de pessoa falecida. Para o presente trabalho, interessa-nos a inclusão do art. 1.791-A e do §3º ao art. 1.857, que insere na herança digital os dados pessoais, garantindo o acesso do sucessor aos dados do falecido, salvo disposição em contrário no testamento, deixando explícito que os dados pessoais podem ser objeto de testamento³⁴⁰.

Comentando o referido projeto, Patrícia Corrêa Sanches, presidente da Comissão de Família e Tecnologia do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), opinou que os direitos da personalidade como o nome e a privacidade, por exemplo, são intransmissíveis; e que, uma vez que o direito à privacidade abrange a proteção aos dados pessoais, criar uma exceção quanto à transmissibilidade desses direitos geraria uma insegurança jurídica e social³⁴¹.

Com alicerce no que foi exposto ao longo deste trabalho, pode-se dizer que, na linha do que foi constatado por Sanches, o Projeto de Lei nº 1689/2021, ao permitir o acesso e eventuais alterações nos dados pessoais deixados pela pessoa falecida violaria os seus direitos de privacidade, assim como a identidade que foi construída ao longo de sua existência, o que não se coaduna com o ordenamento jurídico pátrio.

³³⁹ SILVA, Alê. **Projeto de Lei nº 1689/2021**. Altera a Lei 10.406/02, para dispor sobre perfis, páginas, contas, publicações e os dados pessoais de pessoa falecida, incluindo seu tratamento por testamentos e codicilos. Apresentação em: 04 de maio, 2021. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2003683&filename=PL+1689/2021. Acesso em: em 09 de nov. 2021.

³⁴⁰ Art. 1.791-A Incluem-se na herança os direitos autorais, dados pessoais e demais publicações e interações do falecido em provedores de aplicações de internet. § 1º O direito de acesso do sucessor à página pessoal do falecido deve ser assegurado pelo provedor de aplicações de internet, mediante apresentação de atestado de óbito, a não ser por disposição contrária do falecido em testamento. § 2º Será garantido ao sucessor o direito de, alternativamente, manter e editar as informações digitais do falecido ou de transformar o perfil ou página da internet em memorial. Art. 1.857 [...] § 3º A disposição por testamento de pessoa capaz inclui os direitos autorais, dados pessoais e demais publicações e interações do testador em provedores de aplicações de internet.

³⁴¹ IBDFAM. **Herança digital é tema de projeto de lei que trata do destino de perfis em redes sociais após a morte**. Assessoria de Comunicação do IBDFAM (com informações da Agência Câmara de Notícias). Publicado em: 05 de ago. 2021. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/8765/Heran%C3%A7a+digital+%C3%A9+tema+de+projeto+de+lei+que+trata+do+destino+de+perfis+em+redes+sociais+ap%C3%B3s+a+morte>. Acesso em: 14 de nov. 2021.

Fica evidente, por conseguinte, que, não se mostrando adequado o referido projeto de lei, subsiste a insegurança jurídica provocada pela ausência de disposição expressa na LGPD acerca da incidência do seu regime protetivo sobre os dados titularizados por pessoas falecidas, assim como de regramento próprio sobre a temática.

Dito isso, examinando as leis dos Estados-Membros da União Europeia supracitados, verifica-se que regras baseadas precipuamente no consentimento, como aquelas concebidas pela Estônia e pela Dinamarca, não se mostram compatíveis com a necessidade de proteção dos dados de caráter sensível, por serem irrenunciáveis e estarem intimamente ligados, no caso de pessoas falecidas, à privacidade e à preservação da personalidade e da identidade que foi construída em vida. Da mesma forma, permitir que os herdeiros, via de regra, exerçam os direitos de acesso e exclusão dos dados deixados pelos finados, como dispõem as leis da Itália e da Espanha, poderia representar afronta aos direitos de personalidade amplamente abordados, razão pela qual igualmente não se mostram apropriadas à luz deste estudo.

Por tais motivos, a lei portuguesa é aquela que melhor se coaduna com o que foi exposto ao longo desta monografia, visto que traz expressa proteção aos dados de pessoas falecidas quando se está diante da categoria especial de dados ou quando se reportarem, por exemplo, à intimidade e à vida privada; ao mesmo tempo em que permite ao titular, quando em vida, exercer a sua autodeterminação informacional, estipulando o destino dos dados.

9. CONCLUSÃO

Ante o exposto, não restam dúvidas de que, como já vinham alertando Ruaro e Sarlet, a atual conjectura demanda uma reformulação dos direitos e garantias individuais, a fim de que, além de corresponderem à proteção da personalidade no âmbito da sociedade informacional, atentem para os aspectos referentes ao uso dos dados pessoais, aos bens digitais e aos inauditos sucessórios³⁴².

É notória a imprescindibilidade de um regime mais protetivo aos dados pessoais de caráter sensível, cujo tratamento é exceção, com base no consentimento e nas hipóteses legalmente previstas para as informações titularizadas por pessoas naturais. Isso sob o fundamento substancial da proteção da dignidade da pessoa humana que se desdobra, no que tange à categoria especial de dados, como é chamada pela legislação europeia, no direito à privacidade, à autodeterminação informativa, à identidade digital e no princípio da não discriminação.

Confirmou-se a possibilidade – e necessidade – de proteção póstuma dos direitos da personalidade, que sobrevivem à morte do seu titular e são protegidos, com suporte no direito à privacidade, à autodeterminação informativa e à identidade digital. Quanto ao princípio da não discriminação, dentre as pesquisas realizadas, constatou-se que apenas Negri e Korkmaz o empregam como alicerce da tutela *post mortem*, ao consignarem que “os riscos de graves discriminações à personalidade em se tratando das práticas de *profiling*, ainda que após a morte, não parecem dispensar a tutela jurídica”³⁴³.

Todavia, haja vista a insuficiência de embasamento doutrinário, não é possível afirmar, indene de dúvidas, que tal preceito se traduz em sustentáculo para a tutela póstuma, em particular porque os exemplos de práticas discriminatórias trazidos ao longo da monografia se relacionam com ocupações exclusivas da pessoa viva, como entraves para conseguir uma vaga de emprego, a concessão de um empréstimo bancário ou de um seguro de saúde.

Superada essa questão, concluiu-se que, ainda que não haja unanimidade, tem prevalecido na doutrina brasileira o posicionamento que justifica a tutela *post mortem* dos direitos de personalidade a partir do direito próprio dos familiares e de terceiros interessados, com a ressalva de que, em virtude do direito à identidade pessoal e digital, essa tutela sofre limitações.

³⁴² RUARO; SARLET. op. cit., p. 198.

³⁴³ NEGRI; KORKMAZ, op. cit, p. 222.

Como consequência, certificou-se igualmente a possibilidade – e necessidade – de proteção dos dados sensíveis, por estarem intrinsecamente ligados aos direitos de personalidade. Porém, verificou-se que a tutela prevista no diploma civilista e mencionada pela doutrina busca tão somente a reparação de um dano já concretizado, aplicável quando já violado algum direito de personalidade do morto, não trazendo respostas satisfatórias para os problemas que compõem o objeto deste trabalho, que também demandam uma tutela preventiva para impedir o vazamento de dados sensíveis e o seu tratamento indevido quando se está diante de titulares falecidos.

Além disso, averiguou-se a viabilidade de manifestação de vontade do indivíduo com relação ao destino de seus dados, como expressão do direito à autodeterminação informativa, o que poderia ser feito por meio de testamentos e codicilos – até mesmo digitais – ou através de plataformas que oferecem tal serviço. Desse modo, ainda que seja necessário que se tenha de cautela quanto à disposição de dados sensíveis, o consentimento continua tendo relevância, podendo ser exercido em sentido positivo, autorizando eventual tratamento e acesso de dados, como negativo, proibindo o uso de informações pessoais – especialmente aquelas dotadas de sensibilidade - e até mesmo optando pela sua eliminação.

Apesar disso, constatou-se que não há na LGPD nenhuma previsão a respeito da proteção de dados de pessoas falecidas, tampouco acerca de alternativas para o destino dos dados após a morte do seu titular. À vista disso, plataformas digitais que tratam elevado número de dados, como a *Microsoft*, *Facebook*, *Twitter* e *WhatsApp*, incluíram preceitos sobre o tema nas cláusulas dos seus contratos eletrônicos, as quais, contudo, não estão em perfeita harmonia.

Neves, Colombo, Leal, Negri, Korkmaz, Terra, Oliva e Medon sustentam que seria possível aplicar a LGPD para proteger postumamente os dados, de modo que os familiares poderiam exercer os direitos previstos na lei, como o acesso, a retificação e a exclusão. Entretanto, em termos práticos, além de poder existir interesses conflitantes entre os direitos de personalidade do finado e os interesses dos legitimados, com eventual violação da privacidade, a lacuna normativa traz insegurança jurídica, questionando-se se realmente seria suficiente valer-se de um princípio constitucional – sem ignorar a sua importância – para estender o âmbito de incidência da lei brasileira às pessoas mortas, o que acabaria por desencadear o ajuizamento de inúmeras ações para tal finalidade.

Por tais motivos, concluiu-se pela necessidade de criação de um regramento próprio, sendo viável utilizar como inspiração a lei portuguesa para eventual alteração na LGPD, por estar em consonância com o fundamento da dignidade da pessoa humana,

protegendo explicitamente dados de pessoas falecidas quando se tratar da categoria especial de dados ou quando se reportarem, por exemplo, à intimidade e à vida privada. Mas, insiste-se: no tocante aos dados sensíveis, é preciso se ter cautela quanto ao exercício dos direitos de acesso e exclusão de informações por terceiros.

Por oportuno, salienta-se que, por se tratar de um tema recente, com poucos litígios judicializados, ainda há muito o que se estudar e discutir, principalmente com a rápida evolução tecnológica que cada vez mais traz desafios para a seara do direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALIMONTI, Veridiana. **Autodeterminação informacional na LGPD**: antecedentes, influências e desafios. In: Lei geral de proteção de dados (Lei nº 13.709/2018): a caminho da efetividade: contribuições para a implementação da LGPD. CUEVA, Ricardo Villas Bôas; DONEDA, Danilo; MENDES, Laura Schertel (Org.). 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. *E-book*.

ALMEIDA, Juliana Evangelista de. **Testamento Digital**: como se dá a sucessão dos bens digitais. Porto Alegre: Editora Fi, 2016. *E-book*.

AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. *E-book*

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana**. Revista Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo. v. 97. p. 107-125. jan/2002. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67536>. Acesso em: 18 de out. 2021.

BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. **Tecnologia, morte e direito**: em busca de uma compreensão sistemática da “herança digital”. In: Herança digital: controvérsias e alternativas. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; LEAL, Livia Teixeira (Coord.). Indaiatuba: Foco. 2021.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Tradução: Humberto Laport de Mello. 3. reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BAUMAN. Zygmunt. **Vigilância Líquida**: Diálogos com David Lyon. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

BENTHAM, Jeremy. **O Panóptico**. TADEU, Tomaz (Org.). 3. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2019. Disponível em: <https://pt.scribd.com/read/405789280/O-panoptico>. Acesso em: 02 de out. 2021.

BIONI, Bruno Ricardo **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. *E-book*.

BITTAR, Carlos Alberto **Os direitos da personalidade**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. *E-book*.

BOYD, Danah; CRAWFORD, Kate. **Critical questions for Big Data**. Information, Communication & Society, p. 662-679, maio. 2012. p. 623. Disponível em: <https://www.dhi.ac.uk/san/waysofbeing/data/communication-zangana-boyd-2012.pdf>. Acesso em: 10 de out. 2021.

BRAGATO, Fernanda Frizzo; ADAMATTI, Bianca. **Igualdade, não discriminação e direitos humanos: são legítimos os tratamentos diferenciados?** Revista de Informação Legislativa. Senado Federal: ano 51. n. 204. out/dez. 2014. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/51/204/ril_v51_n204_p91.pdf. Acesso em: 30 de set. 2021.

BRANCO, Sérgio. **Direito ao esquecimento e herança digital**. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; LEAL, Livia Teixeira (Coord.). Herança digital: controvérsias e alternativas. Indaiatuba: Foco. 2021.

BRASIL. **Código Civil**. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 03 de out. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 03 de out. 2021.

BRASIL. **Lei do Cadastro Positivo** (Lei nº 12.414/2011). Brasília, DF: Presidência da República, 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112414.htm. Acesso em: 01 de out. 2021.

BRASIL. **Lei do Racismo**. Lei nº 7.716/1989. Brasília, DF: Presidência da República, 1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17716.htm Acesso em: 04 de out. 2021.

BRASIL. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)**:. Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm . Acesso em: 04 de out. 2021.

BRASIL. **Marco Civil da Internet**. Brasília, DF: Presidência da República, 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm#art32. Acesso em: 22 de out. 2021.

BRUNO, Fernanda. **Dispositivos de vigilância no ciberespaço**: duplos digitais e identidades simuladas. Revista Fronteiras: 2006. p. 152-159, maio/agosto 2006. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/fronteiras/article/view/6129/3304>. Acesso em: 02 de out. 2021.

BURRILLE, Cíntia. HONORATO, Gabriel. LEAL, Livia Teixeira. **Danos morais por exclusão de perfil de pessoa falecida**: Comentários ao acórdão proferido na Apelação Cível nº 1119688-66.2019.8.26.0100 (TJSP). Revista Brasileira de Direito Civil. Belo Horizonte, v. 28, p. 207-227, abr./jun. 2021. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/737>. Acesso em: 14 de nov. 2021.

CALDAS, Luana Maria Figueiredo de Lima; MORAIS, Rosângela Maria Rodrigues Medeiros Mitchell de. **Herança digital**: bens virtuais como patrimônio sucessório. Revista de Estudos Jurídicos do UNI-RN, n.3, p. 140. 28 de nov. 2019. Disponível em: <http://revistas.unirn.edu.br/index.php/revistajuridica/article/view/657/478>. Acesso em: 13 de nov. 2021.

CANTALI, Fernanda Borghetti. **A dignidade da pessoa humana e a tutela geral da personalidade**: tutela promocional para além da protetiva e o direito à privacidade em épocas de reality shows. *Direitos Fundamentais e Justiça*. n. 12. jul/set 2010. p. 132. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/direfnj12&i=115/> Acesso em: 05 de out. 2021.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**: a era da informação: economia, sociedade e cultura. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2002. v. 1.

CHIZZOTTI, Camila; KRAMEL, Karim. **A proteção dos dados pessoais das pessoas falecidas**. *Conjur*. Publicado em: 27 de jul. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-27/chizzotti-kramel-protecao-dados-pessoas-falecidas>. Acesso em: 21 de out. 2021.

CNET. **Eternime wants you to live forever as a digital ghost**. Publicado em 17 de abr. 2017. Disponível em: <https://www.cnet.com/news/eternime-wants-you-to-live-forever-as-a-digital-ghost/>. Acesso em: 24 de out. 2021.

CNN BRASIL. **Black Mirror? Microsoft desenvolveu sistema que permite até ‘falar com mortos’**. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/business/black-mirror-microsoft-desenvolveu-sistema-que-permite-ate-falar-com-mortos/>. Acesso em: 24 de out. 2021.

COLOMBO, Cristiano. **Da privacidade como direito de personalidade no mundo virtual e sua posituação no ordenamento jurídico brasileiro**. Porto Alegre: Direito & TI, 2015. p. 03. Disponível em: <https://www.colomboadvocacia.com.br/da-privacidade-como-direito-de-personalidade-no-mundo-virtual/#page-content>. Acesso em: 13 de out. 2021.

COLOMBO, Cristiano. **Direito póstumo à portabilidade de dados pessoais no ciberespaço à luz do direito brasileiro**. In: POLIDO; Fabrício; ANJOS, Lucas; BRANDÃO, Luíza. Políticas, Internet e Sociedade. Belo Horizonte: Iris, 2019. p. 61. Disponível em: <https://www.colomboadvocacia.com.br/direito-postumo-a-portabilidade-de-dados-pessoais-no-ciberespaco-a-luz-do-direito-brasileiro/> Acesso em: 06 de out. 2021.

COLOMBO, Maici Barboza dos Santos. **Tutela póstuma dos direitos da personalidade e herança digital**. In: **Tecnologia, morte e direito**: em busca de uma compreensão sistemática da “herança digital”. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; LEAL, Livia Teixeira (Coord.). Herança digital: controvérsias e alternativas. Indaiatuba: Foco. 2021.

CORRÊA, Ivo; PAULA, Felipe de; BELLINTANI, Beatriz. **COVID-19**: a necessidade de disciplina adequada à proteção de dados sensíveis no Brasil. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, n. especial, p. 179-206, nov. 2020. Disponível em: <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/1007>. Acesso em: 03 de out. 2021.

COUNCIL OF EUROPE. **European Treaty Series nº 108**, Estrasburgo: 1981. Disponível em: <https://rm.coe.int/1680078b37>. Acesso em: 03 de out. 2021.

CUEVA, Ricardo Villas Bôas. **Proteção de dados pessoais e direito ao esquecimento** In: BIONI, Bruno (Coord.). *Tratado de proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Forense, 2021. *E-book*.

CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. São Paulo: Quórum, 2008.

DALLARI, Analluza Bolivar; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. **LGPD na Saúde**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. *E-book*.

DEBORD, Guy. **A Sociedade do Espetáculo**: comentários sobre a sociedade do espetáculo. 8ª reimpressão. Rio de Janeiro: Contraponto, 1999.

DINIZ, Maria Helena de; **Curso de direito civil brasileiro**: teoria geral do direito civil. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DIONIZIO, Elizeu. **Projeto de Lei nº 8562/2017**: trata da herança digital. Disponível em: https://www.cama-ra.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1564285&filename=PL+7742/2017. Acesso em: 07 de out. 2021.

DONEDA, Danilo. **A proteção de dados pessoais nas relações de consumo**: para além da informação creditícia. Escola Nacional de Defesa do Consumidor, Brasília: 2010. p. 27. Disponível em: https://www.defesadoconsumidor.gov.br/images/manuais/vol_2_protecao_de_dados_pessoais.pdf. Acesso em: 03 de out. 2021.

DONEDA, Danilo. **Da Privacidade à Proteção de Dados Pessoais**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. *E-book*.

DRESH, Rafael de Freitas Valle; STEIN Lílian Brandt. **Direito Fundamental à Proteção de Dados como Garantia da Capacidade Humana Básica**. *In*: DRESCH, Rafael de Freitas Valle; MENKE, Fabiano. Lei geral de proteção de dados: aspectos relevantes. São Paulo: Foco, 2021.

EDWARDS. Lilian; HARBINJA, Edina. **Protecting post-mortem privacy**: Reconsidering the privacy interests of the deceased in a digital world. *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*. v. 32. maio/2013. p. 103. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2267388. Acesso em: 09 de nov. 2021.

EUROPA. **General Data Protection Regulation**. Bruxelas: 2018. Disponível em: <https://RGPD-info.eu/art-4-RGPD/> Acesso em: 10 de out. 2021.

EUROPEAN UNION LAW. **Directive 95/46/EC** of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data. Luxemburgo: 1995. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/1995/46/oj>. Acesso em: 03 de out. 2021.

FACCHINI NETO, Eugênio; DEMOLINER, Karine Silva. **Direito à privacidade na era digital**: uma releitura do art. XII da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) na sociedade do espetáculo. *Revista Internacional CONSINTER de Direito*, Vila Nova de Gaia, n. 9, p. 119-140, dez. 2019. Disponível em: <http://www.scielo.pt/pdf/consinter/n9/2183-6396-consinter-09-119.pdf>. Aceso em 14 de nov. 2021.

FARIAS, Cristiano Chave. ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB**, 13. ed. São Paulo: Atlas, 2015. v. 1.

FERREIRA, Rubens da Silva. **A sociedade da informação como sociedade de disciplina, vigilância e controle**. *Información, cultura y sociedad*. n. 31, p. 109-120, dez. 2014. Disponível em: <http://revistascientificas.filo.uba.ar/index.php/ICS/article/view/1060/1070>. Acesso em: 01 de out. 2021.

FRANCE 24. **France investigates leak of almost 500,000 medical records, including HIV and fertility status**. França, 25 de fev. 2021. Disponível em: <https://www.france24.com/en/europe/20210225-france-investigates-massive-leak-of-medical-records>. Acesso em: 07 de out. 2021.

FRAZÃO, Ana. **Objetivos e alcance da Lei Geral de Proteção de Dados**. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (Org.). *Lei Geral de Dados Pessoais e suas repercussões no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. *E-book*.

FRITZ, Karina Nunes. **A garota de Berlim e a herança digital** In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; LEAL, Livia Teixeira (Coord.). *Herança digital: controvérsias e alternativas*. Indaiatuba: Foco. 2021.

GABA, John Paul M; ESTREMADURA, Joan Janneth M. **Data Protection of Biometric Data and Genetic Data Cybersecurity, Telecommunications, High Technology and the Law**. *Ateneo Law Journal*. p. 952. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/ateno64&i=957>. Acesso em: 10 de out. 2021

GAZOLLA, Frederico. **Direito à privacidade na sociedade da informação e o pós-panoptismo: uma análise sobre privacidade e regulação da proteção de dados pessoais**. São Paulo: Dialética, 2021. Disponível em: <https://pt.scribd.com/read/522351413/Direito-a-privacidade-na-sociedade-da-informacao-e-o-pos-panoptismo-uma-analise-sobre-privacidade-e-regulacao-da-protecao-de-dados-pessoais>. Acesso em: 01 de out. 2021.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. Coordenado e atualizado por Edvaldo Brito; atualizado por Reginalda Paranhos de Brito. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. *E-book*.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: parte geral**. 19. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. v. 01 *E-book*.

GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Término do tratamento de dados**. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (Org.). Lei Geral de Dados Pessoais e suas repercussões no direito brasileiro. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. *E-book*.

HAN, Byung-Chul. **Sociedade da transparência**. Tradução: Enio Paulo Giachini. Rio de Janeiro: Vozes, 2017. Disponível em: <https://pt.scribd.com/read/405835836/Sociedade-da-transparencia>. Acesso em: 03 de out. 2021.

HARBINJA, Edina. **Does the EU Data Protection Regime Protect post-mortem privacy and what could be the potential alternatives?** Aston University. Hein Online. 2013. p. 38. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2252483 Acesso em: 14 de nov. 2021.

HELVESLEY, José. **Isonomia constitucional: igualdade formal versus igualdade material**. Revista da ESMAFE. n. 07. 2004. Disponível em: <https://revista.trf5.jus.br/index.php/esmafe/article/view/260/251>. Acesso em: 01 de out. 2021.

HENRIKS, Aart. C; **Genetics, Data Protection and Non-Discrimination: Some Reflections from an International Human Rights Law Perspective Patients' Rights**. Medicine and law: 2001. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/mlv20&i=41>. Acesso em: 04 de out. 2021.

IBDFAM. **Herança digital é tema de projeto de lei que trata do destino de perfis em redes sociais após a morte**. Assessoria de Comunicação do IBDFAM (com informações da Agência Câmara de Notícias). Publicado em: 05 de ago. 2021. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/8765/Heran%C3%A7a+digi->

tal+%C3%A9+tema+de+projeto+de+lei+que+trata+do+destino+de+perfis+em+redes+sociais
+ap%C3%B3s+a+morte. Acesso em: 14 de nov. 2021.

ITS RIO. **Transparência e Governança nos algoritmos**: um estudo de caso sobre o setor de
birôs de crédito. Publicado em 25 de maio. 2017. Disponível em:
[https://itsrio.org/pt/publicacoes/transparencia-e-governanca-nos-algoritmos-um-estudo-de-
caso/](https://itsrio.org/pt/publicacoes/transparencia-e-governanca-nos-algoritmos-um-estudo-de-caso/). Acesso em: 25 de set. 2021

JUNQUEIRA, Thiago. **Tratamento de dados pessoais e discriminação algorítmica nos
seguros**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. *E-book*.

KONDER, Carlos Nelson. **O tratamento de dados sensíveis à luz da Lei 13.709/2018**. In:
TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (Org.). Lei Geral de Proteção
de Dados Pessoais e suas repercussões no direito brasileiro. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters
Brasil, 2019. Disponível em: [http://konder.adv.br/wp-content/uploads/2019/09/O-tratamento-
de-dados-sensiveis-a-luz-da-Lei-13709-de-2018.pdf](http://konder.adv.br/wp-content/uploads/2019/09/O-tratamento-de-dados-sensiveis-a-luz-da-Lei-13709-de-2018.pdf) . Acesso em: 02 de out. 2021.

LARA, Moisés Fagundes. **Herança Digital**. 1. ed. Porto Alegre. 2016. *E-book*.

LEAL, Livia Teixeira. **Internet e Morte do Usuário**: A Necessária Superação do Paradigma
da Herança Digital. Revista Brasileira de Direito Civil: Belo Horizonte, v. 16, p. 181-197,
abr./jun. 2018. Disponível em: [https://heinonli-
ne.org/HOL/P?h=hein.journals/rvbsdirec16&i=175](https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/rvbsdirec16&i=175). Acesso em: 01 de out. 2021.

LEONARDI, Marcel. **Transferência internacional de dados pessoais**. In: BIONI, Bruno
(Coord.). Tratado de proteção de dados pessoais. Rio de Janeiro: Forense, 2021. *E-book*.

LIMBERGER, Têmis. **Da evolução do direito a ser deixado em paz à proteção dos dados
pessoais**. Novos Estudos Jurídicos. v. 14, n. 2, p. 27-53, 2009. Disponível em:
<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/1767/1407>>. Acesso em: 01 de out.
2021.

MACIEJEWSKI, Mariusz. **Proteção de Dados Pessoais**. Parlamento Europeu: 2021. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/pt/FTU_4.2.8.pdf. Acesso em: 09 de out. 2021.

MALDONADO, Viviane Nóbrega; BLUM, Renato Opice. **Comentários ao RGPD: Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. *E-book*.

MANUAL DO USUÁRIO DO IPHONE. **Colete dados automaticamente no app Saúde do iPhone**. Disponível em: <https://support.apple.com/pt-br/guide/iphone/iphbb8259c61/ios>. Acesso em: 29 de set. de 2021

MARINELLI, Marcelo Romão. **Privacidade e Redes Sociais Virtuais: sob a égide da Lei 12.965/2014 – Marco Civil da Internet e da Lei 13.709/2018 – Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. *E-book*.

MARX. Gary T. **Windows into the Soul: Surveillance and Society in an Age of High Technology**. London: The University of Chicago Press, 2016.

M. ESPERANÇA, Ginebra Molins. **Digital Wills in case of Death**. Cuadernos de Derecho Transnacional, v. 12, n. 1, p. 908-929. 2020. HeinOnline. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/cudetns12&id=908&collection=journals&index=>>. Acesso em: 10 de nov. 2021.

MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Aroldo; MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de Segurança e Ações Constitucionais**. 32. ed., São Paulo: Malheiros, 2009.

MENDES, Laura Schertel Ferreira; FRITZ, Karina Nunes. **Case Report: Corte alemã reconhece a transmissibilidade da herança digital**. RDU, Porto Alegre, v. 15, n. 85, p. 188-211, 2019. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/3383/pdf> Acesso em: 20 de set. 2021.

MENDES, Laura Schertel; JÚNIOR, Otávio Luiz Rodrigues; FONSECA, Gabriel Campo Soares da. **O Supremo Tribunal Federal e a proteção constitucional dos dados pessoais: rumo à um direito fundamental autônomo.** *In:* BIONI, Bruno (Coord.). Tratado de proteção de dados pessoais. Rio de Janeiro: Forense, 2021. *E-book*.

MENKE, Fabiano. **A possibilidade de cumulação de bases legais nas operações de tratamento de dados pessoais.** Migalhas de Proteção de Dados. Publicado em: 26 de fev. 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-protecao-de-dados/340890/cumulacao-de-bases-legais-nas-operacoes-de-tratamento-de-dados>. Acesso em: 12 de out. 2021.

MENKE, Fabiano. **As origens alemãs e o significado da autodeterminação informativa.** *In:* DRESCH, Rafael de Freitas Valle; MENKE, Fabiano. Lei geral de proteção de dados: aspectos relevantes. São Paulo: Foco, 2021. *E-book*.

MIRAGEM, Bruno. **A Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018) e o direito do consumidor.** São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 1009. nov. 2019. Disponível em: <https://brunomiragem.com.br/wp-content/uploads/2020/06/002-LGPD-e-o-direito-do-consumidor.pdf>. Acesso em: 01 de out. 2021.

MIRANDA, Pontes. **Tratado de Direito Privado: parte especial.** Tomo VII: direito de personalidade, direito de família. Atualizado por: NERY, Rosa Maria de Andrade. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

MONCAU, Luiz Fernando Marrey. **Direito ao esquecimento: entre a liberdade de expressão, a privacidade e a proteção de dados pessoais.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. *E-book*.

MONTEIRO, Washington de Barros; PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. **Curso de direito civil: parte geral** Pinto. 45. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, v. 1.

MONTI, Milton. **Projeto de Lei nº 4060/12**. Brasil: 2018. p. 68. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=548066>. Acesso em: 02 de out. 2021.

MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. **Dados pessoais sensíveis e a tutela de direitos fundamentais**: uma análise à luz da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/18). *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*. v. 19, n. 3, p. 159-180, set./dez. 2018. Disponível em: <https://sis-bib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/1603/pdf>. Acesso em: 02 de out. 2021.

NEGRI, Sergio Marcos Carvalho de Ávila; KORKMAZ, Maria Regina Detoni Cavalcanti Rigolon. **A normatividade dos dados sensíveis na Lei Geral de Proteção de Dados**: Ampliação conceitual e proteção da pessoa humana. *Revista de Direito, Governança e Novas Tecnologias*. v. 5, n. 1, p. 63-85, 2019. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/revistadgnt/article/view/5479/pdf>. Acesso. Em 01 de out. 2021.

NEGRI, Sergio Marcos Carvalho de Ávila; KORKMAZ, Maria Regina Detoni Cavalcanti Rigolon. **Inteligência artificial e a tutela póstuma de dados pessoais**: notas sobre as decisões automatizadas. *In*: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; LEAL, Livia Teixeira (Coord.). *Herança digital: controvérsias e alternativas*. Indaiatuba: Foco. 2021.

NEVARES, Ana Luiza Maia. **Direito das sucessões**. Rio de Janeiro: Forense, 2020. *E-book*.

NEVARES. Ana Luiza Maia. **Testamento Virtual**: ponderações sobre a herança digital e o futuro do testamento. *In*: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; LEAL, Livia Teixeira (Coord.). *Herança digital: controvérsias e alternativas*. Indaiatuba: Foco. 2021.

PADRÓS, Enrique Serra. **Usos da Memória e do Esquecimento na História**. *Revista Letras*: Santa Maria, n. 22, p. 79-95. Jan/Jun 2001. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/letras/%20article/view/11826>. Acesso em: 24 de out. 2021.

PATTI, Francesco Paolo. BARTOLINI, Francesca. **Digital Inheritance and Post Mortem Data Protection**: The Italian Reform. *European Review of Private Law*. 3 de jan. 2019.

Forthcoming, Bocconi Legal Studies Research Paper No. 3397974, p. 1181–1194. Publicado em jun/2019. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3397974>. Acesso em: 14 de nov. 2021.

PORTUGAL. **Lei n.º 58/2019**. Assembleia da República. Assegura a execução, na ordem jurídica nacional, do Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados. Publicada em: 08 de ago. 2018. Disponível em: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/123815982/details/maximized>. Acesso em: 01 de out. 2021

PROCON-SP. **Instituição deverá explicar sobre vazamento de lista que expôs dados pessoais e médicos de pacientes testados, diagnosticados e internados por covid-19**. São Paulo, 30 de set. 2020. Disponível em: <https://www.procon.sp.gov.br/procon-sp-notificacao-hospital-albert-einstein/>. Acesso em: 07 de out. 2021.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 25. ed. Saraiva: São Paulo, 2011.

REIS, Émilien Vilas Boas; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **O meio ambiente digital e o direito à privacidade diante do Big Data**. v. 17, n. 37, p. 145-167, 2020. p. 161. Disponível em: https://heinonline.org/HOL/Page?collection=journals&handle=hein.journals/rveredire17&id=146&men_tab=srchresults. Acesso em: 10 de out. 2021.

RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade de vigilância: a privacidade hoje**. MORAES, Maria Celina Bodin de (Org.). Tradução: Danilo Doneda e Luciana Cabral de Doneda. Renovar: Rio de Janeiro, 2008.

ROHR. Altieres. **Megavazamentos de dados expõem informações de 223 milhões de números de CPF**. G1 Economia. São Paulo, 25 de jan. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2021/01/28/vazamento-de-dados-de-223-milhoes-de-brasileiros-o-que-se-sabe-e-o-que-falta-saber.ghtml>. Acesso em: 07 de out. 2021.

ROSA, Conrado Paulino da; BURILLE, Cíntia. **A regulação da herança digital**: uma breve análise das experiências espanhola e alemã. *In*: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; LEAL, Livia Teixeira (Coord.). Herança digital: controvérsias e alternativas. Indaiatuba: Foco. 2021.

RUARO, Regina Linden. RODRIGUEZ, Daniel Piñeiro. **O direito à proteção dos dados pessoais**: uma leitura do sistema europeu e a necessária tutela dos dados sensíveis como paradigma para o sistema brasileiro. *Direitos Fundamentais e Justiça*. n. 11, 163-180. 2021. Disponível em: <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/438>. Acesso em: 01 de out. 2021.

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 13.709/2018. *In*: BIONI, Bruno (Coord.). Tratado de proteção de dados pessoais. Rio de Janeiro: Forense, 2021. *E-book*.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível 1074848-34.2020.8.26.0100**. Apelantes: Paula Neves e outro; e Facebook Serviços Online do Brasil Ltda. Apelados: os mesmos. Relator: Ronnie Herbert Barros Soares. Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível. 8ª Vara Cível. São Paulo, 31 de ago. 2021.

SARLET, Gabrielle Bezerra Sales. **Notas sobre a identidade digital e o problema da herança digital**: uma análise jurídica acerca dos limites da proteção póstuma dos direitos da personalidade na internet no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. v. 17, p. 33-59, out/dez 2018.

SARLET. Gabrielle Bezerra Sales. **Notas sobre a Proteção dos Dados Pessoais na Sociedade Informacional na Perspectiva do Atual Sistema Normativo**. *In*: LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Coord.). Comentários à lei geral de proteção de dados: Lei n.13.709/2018, com alteração da lei n. 13.853/2019. São Paulo: Almedina, 2020. *E-book*.

SARLET. Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Fundamentos constitucionais: o direito fundamental à proteção de dados.** In: BIONI, Bruno (Coord.). Tratado de proteção de dados pessoais. Rio de Janeiro: Forense, 2021. *E-book*. p. 73.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Proteção de dados pessoais como fundamento na constituição federal brasileira de 1988:** contributo para a construção de uma dogmática constitucionalmente adequada. *Direitos Fundamentais e Justiça*: Belo Horizonte, ano 14, n. 42, p. 179-218, jan./jun. 2020. p. 189. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/direfnj42&i=160>. Acesso em: 08 de out. 2021.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia.** Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade.** 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014. *E-book*.

SERASA. **Score de crédito: as respostas das principais dúvidas.** Disponível em: <https://www.serasa.com.br/ensina/aumentar-score/score-de-credito/>. Acesso em: 10 de out. 2021.

SHAPIRO, Andrew L. **The Control Revolution New York:** how the Internet is putting individuals in charge and changing the world we know. New York: Public Affairs, 1999.

SILVA, Alê. **Projeto de Lei nº 1689/2021.** Altera a Lei 10.406/02, para dispor sobre perfis, páginas contas, publicações e os dados pessoais de pessoa falecida, incluindo seu tratamento por testamentos e codicilos. Apresentação em: 04 de maio, 2021. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2003683&filename=PL+1689/2021. Acesso em: em 09 de nov. 2021.

SILVA, José Afonso da. **A dignidade da pessoa humana com valor supremo da democracia.** *Revista De Direito Administrativo*, v. 212, p. 89–94. 1998. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47169/45637>. Acesso em: 19 de out. 2021.

SOLOVE, Daniel J. **Understanding Privacy**. Cambridge: Harvard University Press, 2008.

SOUSA, Fernando. **O que é smart home?** Conheça aparelhos que deixam sua casa conectada. Tecmundo, 2019. Disponível em: <https://www.techtudo.com.br/noticias/2019/01/o-que-e-smart-home-conheca-aparelhos-que-deixam-sua-casa-conectada.ghtml>. Acesso em: 03 de out. 2021.

SOUZA, Allan Rocha de; DONEDA, Danilo; NASCIMENTO, Francisco José Tavares do; GUANAES, Paulo. **Marcos legais nacionais em face da abertura de dados para pesquisa em saúde: dados pessoais, sensíveis ou sigilosos e propriedade intelectual**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2018. Disponível em: https://www.arca.fiocruz.br/bitstream/icict/28838/4/Guanaes_Paulo_Org_Marcos_Legais_Presid%C3%Aancia_2018.pdf. Acesso em: 06 de out. 2021.

STALLINGS, William. **Network security essentials: applications and standards**. 4. ed. Londres: Pearson, 2007.

STOFFELS, Marta. **Os esqueletos humanos são dignos de proteção**. Caderno Ibero Americano de Direito Sanitário. Publicado em: 1º de abr. de 2020. Disponível em: <https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/599>. Acesso em: 19 de out. 2021.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: lei de introdução e parte geral**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. *E-book*.

TARTUCE, Flávio. **Herança digital e sucessão legítima: primeiras reflexões**. Centro de Investigação de Direito Privado, ano 5, n 1, p. 871-878, 2019. Disponível em: http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/1/2019_01_0871_0878.pdf. Acesso em: 21 de out. 2021.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; KONDER, Carlos Nelson. **O enquadramento dos bens digitais sob o perfil funcional das situações jurídicas**. In: TEIXEIRA, Ana Carolina

Brochado; LEAL, Livia Teixeira (Coord.). *Herança digital: controvérsias e alternativas*. Indaiatuba: Foco. 2021.

TEPEDINO, Gustavo; DE TEFFÉ, Chiara Spadaccini. **O Consentimento na Circulação de Dados Pessoais**. *Revista Brasileira de Direito Civil: Belo Horizonte*, v. 25, p. 83-116, jul./set. 2020. p. 108. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/521>. Acesso em: 05 de out. 2021.

TERRA, Aline de Miranda Valverde; OLIVA, Milena Donato; MEDON, Filipe. **Acervo digital: controvérsias quanto à sucessão causa mortis**. *In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; LEAL, Livia Teixeira (Coord.). Herança digital: controvérsias e alternativas*. Indaiatuba: Foco. 2021

THE GUARDIAN. **Facebook could have 4.9bn dead users by 2100, study finds**. Publicado em: 30 de abr. 2019. Disponível em: <https://www.theguardian.com/technology/2019/apr/29/facebook-dead-users-2100-oxford>. Acesso em: 14 de out. 2021

TUBAITE-STALAUŠKIENE, Asta. **Data Protection Post-Mortem**. Luxemburgo: *International Comparative Jurisprudence*, v. 4. n. 2. p. 97-104. 2018.. Hein Online. Disponível em: https://heinonline.org/HOL/Page?public=true&handle=hein.journals/icj juris4&div=13&start_page=97&collection=journals&set_as_cursor=0&men_tab=srchresults>. Acesso em: 09 de nov. 2021.

UNESCO. **Carta para a Preservação do Patrimônio Digital**. Conselho Nacional de Arquivos. 2005. p. 01. Disponível em: https://www.gov.br/conarq/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/conarq_carta_preservacao_patrimonio_arquivistico_digital.pdf. Acesso em: 19 de out. 2021.

VIOLA, Mário; TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. **Tratamento de dados pessoais na LGPD: estudo sobre as bases legais dos artigos 7º e 11**. *In: BIONI, Bruno (Coord.). Tratado de proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Forense, 2021. *E-book*.

WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis. **The right to privacy**. Harvard Law Review, v. IV, n. 5, 1890, p. 195. Disponível em: <https://www.cs.cornell.edu/~shmat/courses/cs5436/warren-brandeis.pdf>. Acesso em: 01 de out. 2021.

ZAMPIER, Bruno. **Bens digitais**: Redes Sociais; E-mails; Músicas; Livros; Milhas; Aéreas; Moedas Virtuais 2. ed. Indaiatuba: Foco Jurídico, 2021.

ZUBOFF, Shoshana. **A Era do Capitalismo de Vigilância**: a luta por um futuro humano na nova fronteira do poder. Tradução: George Schlesinger. 1. ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2021. *E-book Kindle*.