



A NORMATIVIDADE DOS DADOS SENSÍVEIS NA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS: ampliação conceitual e proteção da pessoa humana

Sergio Marcos Carvalho de Ávila Negri*

Maria Regina Detoni Cavalcanti Rigolon Korkmaz**

RESUMO: Na era digital, a proteção da pessoa humana perpassa pelos dados pessoais, notadamente os dados sensíveis, caracterizados pela aptidão de gerar discriminação e desigualdade. O artigo examinou a adequação do conceito dos dados sensíveis na Lei Geral de Proteção de Dados, mediante uma análise documental. Concluiu-se pela insuficiência da proteção oferecida ao identificar um rol taxativo dos dados considerados sensíveis. A ampliação do conceito normativo de dados sensíveis a partir de uma cláusula geral configuraria técnica de administração de perigo, ao oferecer um regime jurídico mais rigoroso e contribuir para a construção da cultura de proteção de dados no Brasil.

Palavras-chave: Proteção de dados; Privacidade; Dignidade da pessoa humana; Personalidade; Técnica de administração de perigo.

THE NORMATIVITY OF SENSITIVE DATA IN THE BRAZIL'S GENERAL LAW OF DATA PROTECTION: enlargement of the concept and protection of the person

ABSTRACT: In the digital age, the protection of the person encompasses personal data, notably sensitive data, characterized by the ability to generate discrimination and inequality. The article examined the adequacy of the concept of sensitive data in Brazil's General Law of Data Protection, through a documentary analysis. It was concluded that the protection offered is insufficient due to the identification of a precise list of what constitutes sensitive data. The enlargement of the normative concept of sensitive data through a general clause can represent a technique of hazard management and strengthen the construction of a data protection culture in Brazil.

* Professor Adjunto do Departamento de Direito Privado da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora e membro do corpo docente permanente do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da mesma Instituição. Doutor e Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Especialista em Direito Civil pela *Università degli Studi di Camerino* (Itália). E-mail: sergio.negri@ufjf.edu.br.

** Mestranda em Direito e Inovação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora. E-mail: mariareginadcr@gmail.com.



Keywords: Data protection; Privacy; Human dignity; Personality; Technique of hazard management.

1. INTRODUÇÃO

No ano de 2002, um estudo da King's College de Londres identificou um determinado gene em seres humanos responsável pelo controle da atividade da enzima MAOA. As conclusões da pesquisa indicaram que quanto menor fosse a produção desta enzima, maior a probabilidade de o indivíduo desenvolver comportamentos antissociais, como crimes violentos, caso sofressem abusos (CIENTISTAS..., 2002).

Um dos autores do estudo, o professor Terrie Moffitt, observou, a partir dos resultados, a existência de uma relação de influência da constituição genética de uma pessoa sobre a sua sensibilidade a fatores ambientais, notadamente com relação ao comportamento de agressividade. De acordo com o relato do jornal BBC, à época, em vista do então chamado “gene do crime”, foi manifestado receio pela sociedade civil em vista de potenciais rotulagens dos portadores daquela condição genética, além de temores no sentido de que os governos passassem a apostar em medicamentos para combater o crime, ao invés de enfrentar os problemas sociais ligados à violência (CIENTISTAS..., 2002).

Diante dessa pesquisa, Stephen Post, especialista em bioética, destacou que a pessoa poderia ter a suscetibilidade genética e, no entanto, não manifestar ditos comportamentos antissociais, não se podendo falar em determinismo (CIENTISTAS..., 2002). O potencial de vigilância pelo Estado dos indivíduos com essa condição resvalaria em nítida discriminação da pessoa a partir de um dado sensível.¹

Os dados pessoais sensíveis são aqueles associados às opções e características basilares da *persona* e, portanto, aptos a gerar situações de discriminação e desigualdade (MORAES, 2008). É com fundamento na possibilidade de utilização discriminatória, tanto por parte do mercado, quanto do Estado, que os dados sensíveis se associam a conjunturas em que podem estar presentes potenciais violações de direitos fundamentais, em razão da sua natureza (MULHOLLAND, 2018). Em outro ângulo, proteger dados sensíveis permite a efetivação de

¹ Danilo Doneda (2011, p. 94) apresenta a distinção entre os termos “dado” e “informação”, destacando o primeiro com uma conotação primitiva, como uma informação em estado potencial, antes de ser transmitida, enquanto a informação se refere a algo além da representação contida no dado, chegando ao limiar da cognição. Registra o autor, ainda, que a informação pode se associar a valores distintos, como as liberdades comunicativas.



diversos direitos, como saúde, liberdades comunicativas, religiosa, de associação, entre outros (MULHOLLAND, 2018).

Para além dos dados produzidos com base na constituição biológica da pessoa, a natureza sensível de um dado também pode se configurar a partir de uma associação intrínseca à autodeterminação individual, como é o caso das convicções políticas, religiosas ou filosóficas, filiação sindical, a própria orientação sexual, entre outros, justamente porque incontáveis as situações nas quais a pessoa pode ser objeto dessas práticas incompatíveis com a dignidade da pessoa humana.

Nas sociedades da informação em que vivemos, a proteção integral da pessoa perpassa pelas dimensões do seu corpo que se apresenta em duas perspectivas que se entrecruzam continuamente: o corpo é físico, mas também é eletrônico a partir dos dados pessoais, que se referem a informações relativas a uma pessoa, incluindo-se os dados sensíveis (RODOTÀ, 2004).

A compreensão dessa natureza complexa do corpo da pessoa humana, na era digital, ganha maior relevância diante da consideração de Rodotà (2004, p. 94) no sentido de que as “inovações tecnológicas permitem uma renovada decomposição do corpo mediante a coleta de informações que reduzem a identidade do sujeito a um só detalhe – a um traço do rosto, ao reconhecimento da íris, impressões digitais”, entre outros, de forma que o corpo em si está se tornando uma senha (RODOTÀ, 2004).²

Em vista da conjugação dos avanços tecnológicos, que ostentam uma imprevisibilidade intrínseca e desprezam limites que lhes sejam extrínsecos (DONEDA, 2006), e da necessária proteção da pessoa humana, que se torna um tanto mais patente no caso dos dados sensíveis em razão da potencialidade lesiva de que são objeto, a presente pesquisa tem por fim examinar o regime jurídico especificamente conceitual dos dados sensíveis na nova Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) – Lei n. 13.709 de 2018, ainda em *vacatio legis*,

² Rodotà (2012, p. 252) assevera, nesse sentido, que “È opportuno, tuttavia, sottolineare come l’associazione biologica/vita possa spingere verso un pericoloso riduzionismo, identificando appunto la vita con il suo sostrato biologico, ben al di là dell’attenzione che ormai deve essere continuamente rivolta ai rapporti tra persona e tecnoscienza, che implicano pure una ridefinizione del ruolo del diritto nell’età tecnologica”. Tradução livre: “É aconselhável, no entanto, salientar que a associação biológica/vida pode levar a um reducionismo perigoso, identificando precisamente a vida como seu substrato biológico, muito além da atenção que agora deve ser continuamente voltada para as relações entre pessoa e ‘tecnociência’, que também implicam uma redefinição do papel do direito na era tecnológica”.



considerando que atualmente não está em vigor uma normativa geral de proteção de dados pessoais no Brasil.

Pretende-se, a partir de um estudo empírico-qualitativo, realizar uma análise documental da LGPD no tocante ao conceito dos dados sensíveis com o escopo de verificar se a normativa é adequada à tutela que se propõe. O exame igualmente passará por aspectos do regime dos dados sensíveis na LGPD, que não o conceitual, com o fim de apresentar uma investigação mais precisa da sistemática normativa. Como hipótese inicial de pesquisa, aponta-se para uma limitação da proteção oferecida aos dados pessoais sensíveis na lei apurada.

É de se destacar que se a mudança da realidade social em qualquer de seus aspectos implica em transformação da realidade normativa, o processo oposto também se verifica (PERLINGIERI, 2002). Neste sentido, emerge a necessidade de se avaliar essa normatividade na LGPD, enquanto potencial instrumento de funcionalização da tecnologia à proteção da pessoa humana.

Em realidade, a compreensão e o governo das transformações determinadas pelos avanços tecnológicos apenas é viável se guardar sintonia com instrumentos prospectivos aptos a redefinir os princípios fundadores das liberdades individuais e coletivas sob os paradigmas dos novos tempos (RODOTÁ, 2015). A partir do imperativo da constitucionalização da pessoa, parte-se da premissa de que nem tudo que é tecnicamente possível é socialmente desejável, eticamente aceitável e juridicamente admissível (RODOTÁ, 2004).

Diante da presente conjuntura, para se alcançar o objetivo da pesquisa, o estudo será estruturado a partir desta introdução, seguido do referencial teórico acerca dos dados pessoais sensíveis, estratégias metodológicas, investigação da normatividade dos dados sensíveis na LGPD e será finalizado com a conclusão a respeito da análise empreendida.

2. DADOS SENSÍVEIS NO PARADIGMA CONSTITUCIONAL

A partir da relativização da *summa divisio* entre o Direito Público e o Direito Privado, duas circunstâncias históricas remodelaram o eixo de atenção da doutrina nas últimas décadas, a saber, a dignidade da pessoa humana, elevada a imperativo axiológico das relações privadas, consagrada no texto constitucional, e os avanços tecnológicos, os quais reformularam o conteúdo da autonomia privada (TEPEDINO, 2016).



A NORMATIVIDADE DOS DADOS SENSÍVEIS NA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS: ampliação conceitual e proteção da pessoa humana

A Constituição se erige não mais como documento político e direcionado aos legisladores, mas passa a ser considerada como o filtro de legitimidade de toda a ordem jurídica, uma vez verificada a sua força normativa (HESSE, 1991). Por conseguinte, o direito civil, sob a égide da irradiação dos princípios constitucionais nos espaços de liberdade individual, é o que a ordem pública consagrada na Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) permite que possa sê-lo (TEPEDINO, 2009), passando a ser permeado pelos valores constitucionais, quando então é possível falar no direito civil-constitucional.

Com fundamento nessa premissa, impõe-se a funcionalização das situações jurídicas patrimoniais às existenciais de acordo com a axiologia constitucional. Enquanto um dos fundamentos da República, de acordo com o artigo 1º, III, da CRFB, a dignidade da pessoa humana constitui-se como norte desse processo, a qual, compreendida como valor e princípio, compõe-se dos princípios da liberdade privada, da integridade psicofísica, da igualdade substancial e da solidariedade social, como define Moraes (2003).³

A partir desse paradigma, no tecido social cada vez mais tecnológico, o exercício das liberdades individuais, como componente da dignidade da pessoa humana, estabelece relação intrínseca de dependência com a tutela dos dados pessoais, especialmente dos sensíveis, que são associados às opções e características fundamentais da pessoa humana, de forma a se destacarem pela aptidão de gerar situações de discriminação e desigualdade (MORAES, 2008).

O âmbito propício ao pleno desenvolvimento da personalidade⁴ demanda que seja assegurada a maior autonomia possível, conferindo à pessoa a faculdade de rever e construir sua identidade fora de uma lógica cristalizada (BAIÃO E GONÇALVES, 2017), uma vez que

³ Ainda com a lição de Maria Celina Bodin de Moraes (2003, p. 85), é de se ressaltar que “o substrato material da dignidade assim entendida pode ser desdobrado em quatro postulados: i) o sujeito moral (ético) reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele, ii) mercedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular; iii) é dotado de vontade livre, de autodeterminação; iv) é parte do grupo social, em relação ao qual tem a garantia de não vir a ser marginalizado. São corolários desta elaboração os princípios jurídicos da igualdade, da integridade física e moral – psicofísica –, da liberdade e da solidariedade”. É interessante destacar, no tocante ao conceito de dignidade da pessoa humana, a pesquisa desenvolvida por Struchiner e Hannikainen (2016), a partir de uma perspectiva empírica e experimental. Os autores têm tido por resultados discrepâncias no conceito da dignidade tanto em uma perspectiva intersubjetiva como intrasubjetiva, a depender da forma como é apresentado. Não obstante, como sugerem, a dificuldade de se estabelecer um conceito não representa que seja desprovido de significado. A dignidade da pessoa humana, apesar de contar com a conceituação incisivamente controvertida, permanece com o seu valor inalterado. Adotou-se, dentre as diversas construções, pela de Maria Celina Bodin de Moraes (2003) por ser a que mais se coaduna com a compreensão teórica apresentada no presente artigo.

⁴ Segundo Schreiber (2014), a personalidade deve ser considerada em dois aspectos, a saber, subjetivo, entendido como a capacidade de ter direitos e obrigações, e objetivo, compreendido como o conjunto de características e atributos essenciais da pessoa humana. O aspecto objetivo que deve ser aqui considerado, cabendo destacar que é dessa vertente que se depreendem os direitos da personalidade. O livre desenvolvimento da personalidade está previsto como fundamento da LGPD, conforme se depreende do inciso VII, do art. 2º da lei (BRASIL, 2018a).



“a autonomia é elemento ético da dignidade”, como destaca Luís Roberto Barroso (2010, p. 24), envolvendo “o direito do indivíduo de decidir os rumos da própria vida”. Certo é que os contornos da autonomia da pessoa ganham ainda maior relevo quando tratamos dos elementos fundamentais da sua personalidade que passam a ser veiculadas na forma de dados sensíveis.

Nesse ponto, é imprescindível adentrarmos ao conceito de privacidade. Como uma noção cultural induzida no tempo e dependente de bases sociais, culturais e políticas (DONEDA, 2006), a privacidade progrediu para além da concepção utilizada por Warren e Brandeis (1890, p. 195) como “direito a ser deixado só”⁵, então relacionada a uma lógica burguesa e proprietária, para inserir em seu conteúdo a autodeterminação informativa, entendida como o “direito de manter controle sobre as suas informações e de determinar a maneira de construir sua esfera particular” (RODOTÀ, 2008, p. 15).

Supera-se, assim, a clássica sequência “pessoa-informação-sigilo” para alcançar a noção de “pessoa-informação-circulação-controle”, na qual o imperativo é a “circulação controlada” de dados (RODOTÀ, 2008, p. 93). A proteção de dados pessoais desdobra-se da privacidade, permanece compartilhando o mesmo fundamento ontológico que é a dignidade da pessoa humana (DONEDA, 2006), no entanto, passa a ostentar uma dimensão que também é coletiva e essencialmente dinâmica (RODOTÀ, 2008).

A conjuntura tecnológica se associa a um processo de fragmentação da pessoa, que passa a ser reduzida a dados pessoais (RODOTÀ, 2004). Como considera Rodotà (2004), são diversas as contradições decorrentes desse processo, na medida em que o mecanismo é utilizado tanto para atividades ilegais e para tendências de padronização, quanto para a proteção e realização da pessoa, a exemplo do emprego de dados biométricos e genéticos para a promoção da saúde.

As relações sociais e econômicas, cada vez mais subjugadas à massificação, acabam por dificultar uma análise particular das informações. A complexidade do ser humano resta reduzida a certo perfil comportamental gerada por meio de tratamento de dados⁶ (SCHREIBER,

⁵ Apesar de Warren e Brandeis (1890, p. 195) utilizarem a definição do “right to be let alone” cunhada pelo Judge Thomas Cooley, não chegaram a afirmar categoricamente que esse seria o conteúdo preciso do direito à privacidade.

⁶ Tratamento de dados é considerado nesse artigo de acordo com os termos da LGPD, ou seja, de forma ampla. O artigo 5º, inciso X, dispõe que 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, 2018a).



2014), inclusive valendo-se de dados sensíveis, através de atividades como *data mining*, entendida por operação de extrair padrões de um certo conjunto de dados. Ao se verificar a evolução histórica da privacidade, como assevera Doneda (2006) a partir de Stuart Mill, no século XX passou a ser desenvolvida a concepção de *privacy* como forma de resistência da pessoa diante da tendência de massificação própria da sociedade industrial.

Em face do contexto de hiperconectividade⁷ e de cessão ostensiva de dados pessoais, principalmente na rede, bem como do avanço da internet das coisas (em inglês, *internet of things*, sigla IoT)⁸, outras questões devem ser apontadas. A título de exemplo, na lógica do mercado, a fragmentação em dados potencializa uma nova versão da abstração da pessoa, que passa a constituir matéria prima, na forma de dados, em produto, porque comercializável, e em destinatários da cadeia de consumo, diante da paradoxal “hiperpersonalização” do serviço com base nos dados pessoais (SCHULMAN, 2016, p. 356).

Com relação aos dados genéticos, que são essencialmente sensíveis, por outro lado, os avanços da ciência e o crescente espectro de possibilidades de utilização explicam os motivos pelos quais vêm se multiplicando as propostas de tratamento desses dados para diversas finalidades (RODOTÀ, 2004). Assim como verificado na citada pesquisa do King’s College de Londres, são várias as preocupações relacionadas ao risco de discriminações e de limitações das liberdades civis e políticas que a constituição de bancos de dados neste sentido poderia promover.

É importante ressaltar que a proteção do fluxo de dados, principalmente os de natureza sensível, deve abarcar não apenas aquelas informações destinadas do titular para fora, como usualmente costuma se conceber, mas igualmente as destinadas de fora para dentro, melhor dizendo, aquelas informações que o seu titular talvez queira exercer o direito de não saber (RODOTÀ, 2008).

⁷ Na definição de Magrani (2018, p. 21): “O termo *hiperconectividade* foi cunhado inicialmente para descrever o estado de disponibilidade dos indivíduos para se comunicar a qualquer momento e tem desdobramentos importantes. Podemos citar alguns: o estado em que as pessoas estão conectadas a todo momento (*always-on*); a possibilidade de estar prontamente acessível (*readily accessible*); a riqueza de informações; a interatividade; o armazenamento ininterrupto de dados (*always recording*). O termo *hiperconectividade* está hoje atrelado às comunicações entre indivíduos (*person-to-person*, P2P), indivíduos e máquina (*human-to-machine*, H2M) e entre máquinas (*machine-to-machine*, M2M) valendo-se, para tanto, de diferentes meios de comunicação. Há, nesse contexto, um fluxo contínuo de informações e massiva produção de dados.”

⁸ Apesar de fortes divergências conceituais acerca da internet das coisas, pode ser entendida como “um ambiente de objetos físicos interconectados com a internet por meio de sensores pequenos e embutidos, criando um ecossistema de computação onipresente (ubíqua), voltado para a facilitação do cotidiano das pessoas, introduzindo soluções funcionais nos processos do dia a dia” (MAGRANI, 2018, p. 20), restando, portanto, diretamente associado ao contexto de hiperconectividade.



Diante desse panorama, é possível identificar as três circunstâncias que caracterizam o paradigma pós-moderno: a impossibilidade de dominar os efeitos da tecnologia em termos autopoiéticos, a monumental disponibilidade de informações forjadas no ambiente virtual e que a acumulação profunda de conhecimentos sobre o mundo não aumentou a sabedoria do mundo, notoriamente na convivência social (MORAES, 2003).⁹ É com relação ao primeiro fator que esse trabalho busca se debruçar.

A ciência, ao se basear no princípio do possível/impossível, é incapaz de limitar a si mesma (MORAES, 2003). Emerge, portanto, o papel do direito de responder aos reflexos da dinâmica tecnológica com a reafirmação do seu valor fundamental, que é a pessoa humana, devendo fornecer segurança e previsibilidade para que as estruturas econômicas se façam viáveis de acordo com a axiologia constitucional (DONEDA, 2006). Enquanto uma das estruturas responsáveis por disciplinar as escolhas relacionadas à técnica, compete ao direito normatizar as decisões ético-político-jurídicas da sociedade (MORAES, 2003).

Com o alicerce axiológico na dignidade da pessoa humana depreende-se a existência de uma cláusula geral de tutela, que deve ser aplicada em todas as situações que tenham a personalidade como elemento objetivo. Não obstante, essa cláusula tem o condão de irradiar o valor da pessoa do alto da hierarquia constitucional, com o propósito de unificar a sua proteção (DONEDA, 2006), a partir da compreensão de que não existe dualidade entre sujeito e objeto, porque ambos representam a pessoa humana.

Como acentua Moraes (2010) a partir de Perlingieri, a personalidade humana não se realiza através de um esquema taxativo de situações jurídicas objetivas, mas sim de uma complexidade de situações subjetivas que podem ostentar formas distintas. Em realidade, a recorrente existência de novas instâncias relativas à personalidade, não previstas e nem previsíveis pelo legislador, indica para uma necessária normatização aberta, a ser limitada apenas quando em colisão com outras personalidades (MORAES, 2010).

Fator que deve ser destacado é que a difusão da teoria da *fattispecie*, segundo a qual os fenômenos jurídicos seriam compostos por um elemento material, referente à situação de fato externa, e outro formal, configurado a partir das regras que determinam a qualificação

⁹ Partindo da consideração de que o indivíduo enquanto tal não existe, mas sim coexiste, sua relação com os seus semelhantes passa a ser constitutiva da sua existência, em dissonância com a proposta liberal-individualista, baseada em Rousseau, que apresenta o homem como uma pequena “totalidade”. A partir desta perspectiva, a estruturação nas sociedades contemporâneas não mais teria como ponto central a “pessoa”, mas o espaço comum entre elas, a constituir a noção de intersubjetividade (MORAES, 2010, p. 19).



jurídica daquele fato com as implicações correlatas, representa verdadeiro filtro, na lição Negri (2016), na medida em que seleciona as situações que têm aptidão para ingressar no “sistema dos fenômenos jurídicos” (NEGRI, 2016, p. 6).

No caso do regime normativo dos dados sensíveis, a determinação de eixos específicos de qualificação jurídica acabaria por “filtrar” variadas situações nas quais a dilatada potencialidade lesiva que a tecnologia apresenta no tocante ao tratamento de certos dados restaria desconsiderada, entregando-se à proteção ao regime comum da LGPD, apesar da aptidão de gerar práticas preconceituosas, notadamente em face do mercado.

Com efeito, a partir da consideração da precariedade de uma normativa fechada em núcleos de *fattispecie*, uma vez verificada a complexidade das manifestações da personalidade que podem ensejar situações de discriminação e desigualdade, aponta-se para uma tutela dos dados sensíveis que se estruture de forma análoga a uma cláusula geral, sob pena da disciplina jurídica, *per se*, não se dar de forma isonômica. É essa natureza do tratamento normativo que se pretende avaliar na LGPD.

Como sintetiza Rodotà (2012, p. 252), “*l’autodeterminazione nella vita e nel corpo rappresenta il punto più intenso e estremo della libertà esistenziale, che si declina pure come libertà giuridica*”.¹⁰ É pela defesa da pessoa e do seu corpo, físico e eletrônico, que se defendem valores fundamentais dos sistemas democráticos, não podendo ser limitados ou sacrificados sem gerar consequências próximas de sistemas totalitários (RODOTÁ, 2004), incompatíveis com o pleno desenvolvimento da personalidade.

3. ESTRATÉGIAS METODOLÓGICAS

A presente análise tem como base uma metodologia empírica com avaliação predominantemente qualitativa dos dados coletados. De acordo com Epstein e King (2013), uma pesquisa empírica se assenta em observação ou experimentação de dados, os quais são definidos como sendo quaisquer fatos sobre o mundo. Assim, ao se basear na observação de dados advindos da realidade a fim de se traçar inferências, é possível considerar o estudo como empírico. A pesquisa também se caracteriza como exploratória, uma vez que tem por finalidade

¹⁰ Tradução livre: “A autodeterminação na vida e no corpo representa o ponto mais intenso e extremo da liberdade existencial, que também se expressa como liberdade jurídica”.



o desenvolvimento, esclarecimento ou modificação de conceitos e ideias, em vista da formulação de problemas mais precisos (GIL, 2008).

Em consonância com as técnicas de análise documental apresentadas por Cellard (2014), o artigo tem por objetivo analisar o conceito normativo dos dados pessoais sensíveis na LGPD. De plano, é relevante ressaltar que a autenticidade é verificada em se tratando de documento normativo e de domínio público, acessível nos sítios eletrônicos oficiais. Lado outro, a representatividade do documento a ser avaliada, na proposta de Cellard (2014), é configurada na medida em que se trata da única norma geral de proteção de dados do Brasil, tendo, portanto, a aptidão de representar o tratamento normativo da matéria no país.

Como delineamentos, foi utilizada a pesquisa bibliográfica para construir uma plataforma teórica do estudo (MARTINS E TEÓFILO, 2016) sobre proteção de dados pessoais por meio de fontes secundárias. Igualmente será adotado o delineamento da pesquisa documental, como dito, valendo-se de fontes primárias, notadamente o teor da Lei n. 13.709 de 2018 (BRASIL, 2018a). Cabe destacar que apesar do objetivo geral ser apreciar o conceito normativo dos dados sensíveis na LGPD, determinados institutos de proteção desses dados na lei devem ser avaliados para uma melhor compreensão da sistemática normativa.

Com o fim de compor a análise com outras fontes documentais (CELLARD, 2014) e, portanto, contribuir para uma melhor compreensão do documento, o estudo também passará por uma comparação com o *General Regulation Data Protection* (GDPR), especificamente sobre a proteção de dados sensíveis, o que ganha maior relevo em face da ostensiva influência do regulamento europeu de proteção de dados sobre a LGPD.

É válido registrar que o objeto da pesquisa é um documento institucional, o que repercute em contornos institucionais presentes nos dados, na medida em que, como aponta Pires (2014, p. 179), “a instituição não só recorta o enredo primário (antes do analista), como o transforma, ao mesmo tempo, no sentido pleno do termo, em alguma outra coisa: ela participa do enredo”.

Por fim, os dados reunidos serão confrontados com base no paradigma teórico de Stefano Rodotà (2004, 2008) e Maria Celina Bodin de Moraes (2003, 2008, 2010), através de um processo de dedução, valendo-se da estrutura teórica apresentada para examinar o tratamento normativo dos dados sensíveis na LGPD, com o fim de traçar inferências sobre a adequação da tutela legal.



4. A NORMATIVIDADE CONCEITUAL DE DADOS SENSÍVEIS

Com o escopo de verificar a existência da adequação do conceito de dados pessoais sensíveis na LGPD e, por conseguinte, a capacidade de promover a proteção da pessoa no cenário cada vez mais tecnológico, é metodologicamente relevante proceder à divisão deste capítulo em duas partes: primeiro serão apresentadas as considerações a respeito da disciplina jurídica específica dos dados sensíveis na norma, ao passo que na segunda parte será abordada a ampliação conceitual dos dados sensíveis na LGPD, inclusive como técnica de administração de perigo.

4.1 O regime jurídico dos dados sensíveis na LGPD

A partir da compreensão dos riscos associados à circulação e ao tratamento dos dados pessoais sensíveis, nomeadamente pela sua aptidão de gerar situações discriminatórias e de desigualdade, é possível se justificar o estabelecimento de um regime jurídico diferenciado com institutos próprios, voltado a essa categoria específica de dados.

É de se registrar que dentre as premissas necessárias para um ambiente jurídico favorável a uma disciplina da circulação das informações,¹¹ Rodotà (2008) identifica a necessidade de normas voltadas a casos particulares, referentes a atividades de determinados sujeitos ou com a disciplina de categorias específicas de informações.

Nesse sentido, a LGPD estabeleceu em seu artigo 5º a distinção entre dado pessoal, entendido como “informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável”, do dado pessoal sensível que, através de hipóteses específicas, foi definido como sendo aquele “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” (BRASIL,

¹¹ Rodotà (2008) apresenta cinco premissas para atender à citada finalidade, que, além da mencionada no corpo do texto, são: (i) uma disciplina legislativa de base que se constitua essencialmente por cláusulas gerais e normas processuais; (ii) uma autoridade administrativa independente, que eventualmente titularize poderes para adaptar a situações particulares os princípios previstos nas cláusulas gerais; (iii) previsão de uma disciplina de recurso à autoridade judiciária, não apenas nos sistemas nos quais tal se depreende de exigência constitucional, mas de modo geral, com o fim de enraizar nesta seara princípios análogos aos de um *Bill of Rights* ou do *Due Process*, no caminho de uma linha tendente a aproximar a matéria estudada dos direitos civis; (iv) previsão de um controle difuso pela iniciativa de grupos e cidadãos.



A NORMATIVIDADE DOS DADOS SENSÍVEIS NA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS: ampliação conceitual e proteção da pessoa humana

2018a, sem paginação). Ao se proceder a uma comparação com o GDPR, constata-se uma identidade de hipóteses de caracterização com os dados sensíveis na LGPD.¹²

De plano, verifica-se que dado pessoal é considerado como todo e qualquer dado que possa ser associado a uma pessoa humana, identificada ou identificável, constituindo-se como uma previsão marcadamente ampla e, por consequência, que estabelece vasto campo de incidência para a LGPD em diversos setores da realidade socioeconômica.

Noutra vertente, o dado pessoal sensível é delimitado por intermédio de eixos de *fattispecie*, ou seja, através de um esquema taxativo e, portanto, limitado de situações jurídicas objetivas. Ao se atribuir a natureza de sensível a um determinado dado, por conseguinte, aplica-se um regime jurídico próprio, notadamente mais protetivo em vista dos riscos que envolvem o seu tratamento.

A título de exemplo, é observado um rol mais restrito de hipóteses autorizativas de tratamento de dados sensíveis, nos termos do artigo 11, da LGPD (BRASIL, 2018a), ganhando destaque a necessidade de que o consentimento, além de livre, informado, específico e destinado a finalidade igualmente específica, deverá ser destacado, ou como se tem usualmente dito, apurado de forma “granular”. Não obstante, a existência de interesse legítimo do controlador ou de terceiro (artigo 7º, IX e 10, da LGPD) e a proteção ao crédito não constam das hipóteses que autorizam o tratamento de dados sensíveis, mas tão somente de dados pessoais (BRASIL, 2018a).

Como destaca Mulholland (2018, p. 163) sobre os dados sensíveis, “deve-se visar a um tratamento limitado desses dados, para evitar o seu eventual uso para propósitos que não atendam aos fundamentos republicanos do Estado Democrático de Direito”. Ganha relevo, nesta perspectiva, o princípio da finalidade¹³, previsto no art. 6º, I, da LGPD, segundo o qual a utilização dos dados pessoais se restringe “propósitos legítimos, específicos, explícitos e

¹² O artigo 9º, item 1, do GDPR dispõe que “É proibido o tratamento de dados pessoais que revelem a origem racial ou étnica, as opiniões políticas, as convicções religiosas ou filosóficas, ou a filiação sindical, bem como o tratamento de dados genéticos, dados biométricos para identificar uma pessoa de forma inequívoca, dados relativos à saúde ou dados relativos à vida sexual ou orientação sexual de uma pessoa” (UNIÃO EUROPEIA, 2016, sem paginação). Diante dessa previsão é possível identificar, no entanto, que o regime jurídico do GDPR é de vedação ao tratamento, salvo as hipóteses disciplinadas no regulamento, que, no caso do consentimento do titular, por exemplo, pode vir a ser excluído enquanto hipótese autorizativa de tratamento pelo direito da União ou de Estado-Membro (UNIÃO EUROPEIA, 2016).

¹³ Doneda (2011, p. 100) aponta que “este princípio possui grande relevância prática: com base nele fundamenta-se a restrição da transferência de dados pessoais a terceiros, além do que se pode, a partir dele, estruturar-se um critério para valorar a razoabilidade da utilização de determinados dados para certa finalidade (fora da qual haveria abusividade)”.



informados ao titular” (BRASIL, 2018a, sem paginação), que, no caso dos dados sensíveis, demandaria hipóteses de tratamento objetivas e limitadas (MORAES, 2008).

A medida utilizada para objetivar e limitar as hipóteses que permitiriam o tratamento dependem da “comunicação preventiva ao interessado sobre como serão usadas as informações coletadas; e para algumas categorias de dados especialmente sensíveis estabelece que a única finalidade admissível é o interesse da pessoa considerada” (RODOTÀ, 2008, p. 87).

Aliás, de acordo com o parágrafo 1º do artigo 11 (BRASIL, 2018a), se qualquer tratamento realizado a partir de dados pessoais não sensíveis tiver a aptidão de revelar dados sensíveis e potencialmente causar danos ao titular, o regime jurídico específico será atraído, salvo se outra norma dispuser de modo diverso.

Uma questão que merece destaque é a possibilidade de vedação ou de regulamentação por parte da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD)¹⁴ da comunicação ou uso compartilhado de dados sensíveis entre controladores com o escopo econômico, de acordo com o parágrafo 3º do artigo 11, da LGPD (BRASIL, 2018a).

Novamente, em face da nítida potencialidade lesiva da personalidade, no parágrafo 1º do artigo 46, da LGPD, é previsto o estabelecimento de padrões técnicos especiais para a proteção dos dados sensíveis, no sentido de se adotar medidas de segurança, técnicas e administrativas, para prevenir acessos não autorizados e situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou qualquer outra forma de tratamento inadequado ou ilícito dos dados (BRASIL, 2018a).

Em síntese, é possível identificar um *standard* de proteção mais rigoroso para os dados pessoais sensíveis em razão da sua natureza. É relevante considerar que a normatividade das regras jurídicas, enquanto geradoras de práticas protetivas, pode avançar para outras esferas, inclusive a interna dos controladores e operadores de tratamento de dados, como é caso, por exemplo, das práticas de *compliance* e dos conceitos de *privacy by design* e *privacy by default*,

¹⁴ A ANPD foi vetada pelo então Presidente da República Michel Temer quando da sanção da LGPD, em 14 de agosto de 2018, sob o argumento de inconstitucionalidade por vício de iniciativa na criação da autoridade por lei que não havia sido proposta pelo Executivo federal. Apesar das várias discussões a respeito das reais justificativas do veto, que também abarcou outros aspectos da legislação, em 27 de dezembro de 2018, ao final do seu mandato, Michel Temer instituiu e regulamentou a ANPD através da Medida Provisória (MP) 869/18 e alterou a *vacatio legis* da LGPD para 24 meses, com exceção dos dispositivos que tratam da ANPD, instituída como órgão integrante da Presidência da República (BRASIL, 2018b). Com a tramitação da MP 869/18, em 09 de julho de 2019, foi publicada a Lei n. 13.853 que ratificou a criação da ANPD, porém com alterações da redação original, devendo ser destacada a natureza de órgão com a possibilidade de ser transformada em autarquia, após dois anos da sua operação, bem como a previsão de sabatina pelo Senado dos membros da Autoridade. Para mais comentários a respeito das alterações legislativas v. LEMOS *et. al.* (2019).



em que a proteção de dados é pensada desde a concepção das operações, de forma estrutural, bem como estabelecendo-se um padrão de alto nível de proteção.¹⁵

4.2 Da ampliação conceitual normativa dos dados sensíveis enquanto cláusula geral

Considerados os impactos da realidade normativa na realidade social (PERLINGIERI, 2002), é possível inferir que no processo de construção de uma cultura de proteção de dados no Brasil, principalmente através dos imperativos da LGPD, as determinações desta legislação com relação a um regime mais protetivo para os dados sensíveis implicarão em uma aperfeiçoada cautela em razão da potencialidade lesiva do seu tratamento. Em outras palavras, determinar o que são dados sensíveis e normatizar que estes ostentam um maior patamar protetivo repercutirá nas práticas de tratamento destes dados.

A instituição de deveres de comportamentos prévios, majoritariamente através de normas legais e regulamentares, constitui-se no principal instrumento para a eliminação prévia dos riscos de lesão e, por consequência, do dano (SCHREIBER, 2015). Em caráter complementar, a fiscalização efetiva por parte do poder público asseguraria o *enforcement* das normas protetivas que, no caso da LGPD, se daria principalmente por intermédio da ANPD.

A precaução, a prevenção¹⁶ e quaisquer técnicas de administração de perigo¹⁷ partem do pressuposto de que a potencial lesão a um interesse objeto de tutela deve ser controlada,

¹⁵ A Comissão Europeia trata do tema, a partir do artigo 25, do GDPR, como “Companies/organisations are encouraged to implement technical and organisational measures, at the earliest stages of the design of the processing operations, in such a way that safeguards privacy and data protection principles right from the start (‘data protection by design’). By default, companies/organisations should ensure that personal data is processed with the highest privacy protection (for example only the data necessary should be processed, short storage period, limited accessibility) so that by default personal data isn’t made accessible to an indefinite number of persons (‘data protection by default’)” (EUROPEAN COMISSION, 2019, sem paginação).

¹⁶ Schreiber (2015, p. 228) realiza a seguinte distinção entre os termos precaução e prevenção: “Por prevenção entende a doutrina toda e qualquer medida destinada a evitar ou reduzir os prejuízos causados por uma atividade conhecidamente perigosa, produtora de risco atual, enquanto o conceito de precaução estaria ligado à incerteza sobre a periculosidade mesma da coisa ou atividade, ou seja, ao evitar ou controlar um risco meramente potencial”.

¹⁷ É relevante diferenciar os conceitos de risco e perigo. Risco é o “fenômeno subjetivizado”, referente à valoração essencialmente econômica da álea assumida em uma empresa ou negócio por um sujeito, ao passo que perigo é compreendido como um “fenômeno objetivizado” relativo a uma ameaça notável de dano a terceiro, com uma alta potencialidade de lesão decorrente de uma determinada atividade, comportamento ou situação (COMPORTI apud SALLES, 2011, p. 131). Assim, verificado que perigo corresponde a uma projeção externa de dano, isto é, a terceiros, é a atividade perigosa que se identifica como fundamento da cláusula geral da responsabilidade civil objetiva inserta no artigo 927, parágrafo único, do Código Civil, apesar de o legislador ter utilizado o termo risco, não existindo divergências doutrinárias neste aspecto (SALLES, 2011). Com efeito, o próprio juízo que permite afirmar que uma atividade é perigosa deve ser averiguado *ex ante*, a partir das circunstâncias de fato existentes no exercício da atividade, e não com base em um evento danoso já verificado, sob pena de todas as atividades serem consideradas perigosas (PERLINGIERI apud SALLES, 2011, p. 147).



tanto quando eventual lesão que se concretize. Em termos de direito-civil constitucional, nessa perspectiva, parte-se da premissa de que a tutela dos interesses fundados em valores constitucionais não se restringe à repressão da lesão, em um tipo negativo clássico, mas abarca uma tutela negativa preventiva ou inibitória, com o fim de evitar situações potencialmente lesivas, assim como uma tutela positiva, com o fim de proteger aquele interesse e viabilizar a sua máxima realização (SCHREIBER, 2015).

É possível ponderar que a LGPD se estrutura sobre a premissa de circulação controlada de dados pessoais, tal como sustentada por Rodotà (2008), em que a perspectiva de controle tem por escopo assegurar instrumentos para o seu exercício pelo titular dos dados, bem como se estende a um âmbito coletivo, principalmente através da ANPD. Neste sentido, é razoável considerar que o estabelecimento de uma normativa, acompanhada de instrumentos de controle, pode ser caracterizado como técnica de administração de perigo (SCHREIBER, 2015), com o fim de evitar a existência da lesão.

Ratifica nessa direção a principiologia que informa a LGPD. Pelo rol de princípios consagrados no artigo 6º da norma, é possível depreender o princípio da prevenção, segundo o qual devem ser adotadas “medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais”, bem como o princípio da não discriminação que determina a “impossibilidade de realização do tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos” (BRASIL, 2018, sem paginação).

A partir de L. M. Friedman e J. Rosen, Rodotà (2008, p. 15) reconhece que a coleta de dados sensíveis e a aptidão de gerar perfis sociais e individuais capazes de ocasionar práticas discriminatórias indicam para a privacidade como “a proteção de escolhas de vida contra qualquer forma de controle público e estigma social”, a implicar na indispensável “reivindicação de limites que protegem o indivíduo do direito de não ser simplificado, objetivado e avaliado fora de contexto”.

O *standard* protetivo dos dados pessoais sensíveis na LGPD, como apresentado, é mais rigoroso, todavia, o artigo 5º, inciso II, da citada lei (BRASIL, 2018a) não exaure todas as situações nas quais a pessoa pode ser submetida a situações de discriminação e desigualdade, porque baseado em um modelo de *fattispecie*. Assim sendo, a isonomia restaria injustificadamente mitigada ao se negar esse regime jurídico específico de proteção a dados que em sua natureza ostentassem essa configuração, sem estar, contudo, taxativamente previsto



A NORMATIVIDADE DOS DADOS SENSÍVEIS NA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS: ampliação conceitual e proteção da pessoa humana

naquele rol. Com essa perspectiva, a proteção integral da pessoa nas sociedades de informação, notadamente com relação aos dados sensíveis, perpassa por um conceito normativo amplo.

Em caráter elucidativo, os dados referentes a condenações criminais não constam no rol de dados sensíveis na LGPD. É cediço que o ordenamento jurídico é permeado de institutos que têm por fim assegurar ao indivíduo que, após cumprida a sua penalidade imposta através do devido processo legal, se reabilite para a vida em sociedade, podendo nela se reintegrar. É inquestionável que essas informações afetas a condenações criminais revelam nítida potencialidade de gerar situações de discriminação e desigualdade e que, se tratadas, por exemplo, com uma finalidade econômica e atendendo a esta lógica, poderiam cristalizar o indivíduo na condição de condenado, impedindo que reiniciasse sua vida na concretização da sua dignidade e do exercício de sua autonomia.

Nessa vertente, o GDPR disciplinou separadamente o tratamento de dados pessoais relativos a condenações criminais, estabelecendo requisitos como o controle da autoridade pública e o estabelecimento de garantias adequadas para os direitos dos titulares dos dados, sem, no entanto, enquadrá-los expressamente como dados sensíveis.¹⁸ Na LGPD, por outro lado, não há qualquer previsão de proteção específica desses dados.

É também possível cogitar no tratamento de informações relacionadas às capacidades cognitivas das pessoas ou ao seu desempenho profissional, que coletadas em situações específicas, podem circular e serem utilizadas, no regime comum de proteção de dados pessoais da LGPD, para atender a um interesse legítimo ou a uma finalidade puramente econômica do controlador de dados e resvalar em danos à pessoa, por lesão à personalidade diante de situações discriminatórias.

Partindo do pressuposto de que o direito deve responder aos reflexos da dinâmica tecnológica com a reafirmação da pessoa humana, enquanto valor fundamental (DONEDA, 2006), a ampliação do conceito normativo de dados pessoais sensíveis para abarcar todas as situações que podem conduzir a pessoa humana a práticas de discriminação e desigualdade

¹⁸ O artigo 10, do GDPR prescreve que “O tratamento de dados pessoais relacionados com condenações penais e infrações ou com medidas de segurança conexas com base no artigo 6.o, n.o 1, só é efetuado sob o controle de uma autoridade pública ou se o tratamento for autorizado por disposições do direito da União ou de um Estado-Membro que prevejam garantias adequadas para os direitos e liberdades dos titulares dos dados. Os registos completos das condenações penais só são conservados sob o controlo das autoridades públicas” (UNIÃO EUROPEIA, 2016, sem paginação).





consolidará um maior *standard* de proteção desses dados, como técnica de administração de perigo, através da sistemática da LGPD.

Certo é que a proteção integral da pessoa se faz, na atualidade do ordenamento jurídico brasileiro, por intermédio da cláusula geral de tutela da pessoa humana, que situa o seu fundamento ontológico na dignidade. Eventual lesão à personalidade (MORAES, 2003), entendida como constituída pelos atributos essenciais da pessoa humana (SCHREIBER, 2014), tem aptidão de configurar danos morais.

De igual modo, a cláusula geral da responsabilidade civil objetiva prevista no artigo 927, parágrafo único, do Código Civil, por si só, teria o condão de resguardar a pessoa humana com relação aos seus dados pessoais sensíveis, em vista da nítida existência de perigo na atividade de tratamento pela potencialidade lesiva.¹⁹ A configuração da responsabilidade civil também poderia, eventualmente, ser invocada a partir do artigo 42 da LGPD (BRASIL, 2018a), muito embora o regime aplicável vem sendo objeto de debates.

Ocorre que quando falamos em reparação de danos, a lesão à personalidade já aconteceu, ou seja, de forma mais ou menos incisiva a dignidade da pessoa humana foi violada, que não será integralmente reestabelecida através de recorrentes indenizações pecuniárias, a fazer emergir a insuficiência da lógica pós-dano.

Com este panorama, é razoável conceber a atribuição da natureza de cláusula geral à norma que protege os dados sensíveis enquanto fator de oxigenação do ordenamento jurídico, através do ingresso de princípios valorativos e elementos extrajurídicos, permitindo uma adaptação do Direito à dinâmica social pela construção de modelos hermenêuticos flexíveis (SALLES, 2011). No âmbito de uma disciplina normativa para a circulação de informações, a existência de cláusulas gerais é uma das premissas indicadas por Rodotà (2008) para evitar a obsolescência da norma e permitir uma adequada proteção dos dados.

Proteger os dados pessoais sensíveis por intermédio de uma norma com natureza de cláusula geral implica em asseverar que ela não exaure em si, de modo preciso, todas as condições e consequências da sua aplicação (SALLES, 2011), e que, por conseguinte, demanda uma postura ativa do responsável pela sua concretização. É possível aventar que essa

¹⁹ Salles (2011) aponta como critérios fundamentais para apuração da existência de periculosidade em uma atividade a quantidade de danos habitualmente causados através do seu exercício e a gravidade desses danos, os quais restam verificados na atividade de tratamento de dados suscetíveis a gerar situações discriminatórias e anti-isonômicas, que se verifica de forma massiva na era digital.



proatividade, portanto em caráter preventivo, com o fim de se delimitar, em termos fáticos, quais dados que se caracterizariam como sensíveis poderia ser desempenhada pela ANPD.

O papel dessa autoridade, de acordo com a Medida Provisória 869/18, abarca a determinação de clareza e uniformidade das regras para os tratadores, com o fim de atender a uma lógica de *compliance*, uma vez verificada a insuficiência da autorregulação (MULHOLLAND, 2019). Não obstante, a ANPD tem incumbência de exercer um papel de alinhamento nas práticas de proteção de dados, além de buscar uma abordagem coletiva das questões com o escopo de desjudicialização de demandas e de oferecimento de respostas mais rápidas (MULHOLLAND, 2019). Eventualmente, caberia ao Judiciário, na hipótese da ocorrência de dano que não fosse solucionada pela ANPD, verificar a violação específica de dados sensíveis.

A cultura de proteção de dados está em fase de franca construção no Brasil, sendo factível asseverar que o âmbito normativo exerce influência neste processo. Como aduz Rodotà (2008), a garantia da tutela da privacidade e da proteção de dados perpassa pelo respeito recíproco, o qual se faz ainda mais necessário quando o tratamento envolve dados sensíveis. É pela construção da cultura do respeito ao corpo eletrônico da pessoa humana, nas práticas sociais e econômicas, que a circulação de dados pode conciliar o progresso com a proteção integral da pessoa e de sua dignidade.

5. CONCLUSÃO

Em termos de pós-modernidade e da crescente presença tecnológica na vida social, a proteção integral da pessoa humana incorpora os dados pessoais, constitutivos do seu corpo eletrônico, a partir da privacidade enquanto autodeterminação informativa. O próprio corpo físico também repercute nessa dinâmica, na medida em que seus elementos guardam a aptidão de serem utilizados como verdadeiras senhas, na forma de informações que passam a circular carregando aspectos essenciais da *persona*.

Dentre os diversos dados que a pessoa humana pode titularizar, é na categoria dos dados pessoais sensíveis que se identifica a capacidade de gerar situações de discriminação e desigualdade por intermédio do seu tratamento. A partir desse paradigma, necessária se faz a previsão de um *standard* protetivo mais rigoroso, notadamente em face da potencialidade lesiva de eventual utilização indevida, em sentido amplo, dessa categoria específica de informações.



A NORMATIVIDADE DOS DADOS SENSÍVEIS NA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS: ampliação conceitual e proteção da pessoa humana

No cenário brasileiro, a proteção da pessoa tem sua referência na dignidade, que se constitui como um dos pilares da República, dela emergindo a cláusula geral de tutela da pessoa humana. Toda a ordem constitucional passa a ser permeada por essa axiologia, inclusive o direito civil, a resultar no imperativo de proteção dos valores existenciais, que se sobrepõem à lógica puramente proprietária. Com efeito, a baliza é o direito civil-constitucional.

Na medida em que a tecnologia não ostenta limites intrínsecos e não se submete *per se* a condicionamentos extrínsecos, emerge o papel do direito em assegurar a conciliação das diversas estruturas sociais, econômicas e políticas em vista do valor fundamental da pessoa humana. Isso porque, constituindo-se em funcionalidade para os mais diversos setores da vida social, a tecnologia está igualmente permeada de potencialidade danosa.

A LGPD é apresentada com o imperativo da circulação controlada de dados pessoais, o que além das suas implicações normativas, se desenvolve como instrumento para a construção de uma cultura de proteção de dados no Brasil, em vista do processo de repercussão recíproca das realidades normativa e social. Todavia, ao desenvolver uma disciplina jurídica para a categoria específica de dados sensíveis, circunscreve as hipóteses da sua configuração a um rol taxativo, naturalmente incompatível com as variadas situações nas quais a pessoa humana pode ser submetida a situações discriminatórias. Restou, portanto, confirmada a hipótese inicial da pesquisa, uma vez verificada a insuficiência da tutela ofertada.

A partir da consideração da função de um *standard* protetivo mais elevado para proteção dos dados sensíveis, com repercussão nas práticas de tratamento, *compliance*, entre outros, notadamente como técnicas de administração de perigo para evitar a ocorrência de lesão à personalidade, o artigo sustenta a normatização dos dados pessoais sensíveis a partir de uma cláusula geral, que se fundamenta na dignidade da pessoa.

Por não exaurir em si todas as condições e consequências da sua aplicação, permitindo justamente uma maleabilidade para a efetivação da tutela almejada, a cláusula geral demandaria uma postura ativa do responsável pela sua concretização, podendo se apontar uma preponderância do papel da ANPD no sentido de delimitar a natureza sensível de um dado a partir das circunstâncias fáticas, principalmente em caráter consultivo. Na eventualidade de um processo judicial, competiria ao Judiciário fazê-lo.

Conciliar os contínuos avanços da tecnologia e viabilizar o desenvolvimento da pessoa humana em todas as suas potencialidades, no ideal kantiano, demanda que sejam tomadas decisões éticas, políticas e sociais. Os imperativos do progresso tecnológico não são um fim em



si. Natureza diversa tem a pessoa humana que, enquanto valor fundamental da ordem jurídica, convida o direito a fornecer estruturas para que não seja subjugada às imposições da técnica e, mais adiante, do mercado.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Gustavo Piva de. *O GDPR e a proteção dos dados sensíveis*. 2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI280651,71043-O+GDPR+e+a+protecao+dos+dados+sensiveis>. Acesso em: 02 fev. 2019.

BAIÃO, Kelly Sampaio; GONÇALVES, Kalline Carvalho. A garantia da privacidade na sociedade tecnológica: um imperativo à concretização do princípio da dignidade da pessoa humana. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul.-dez./2014. Disponível em: <http://civilistica.com/a-garantia-da-privacidade-na-sociedade-tecnologica-um-imperativo-a-concretizacao-do-principio-da-dignidade-da-pessoa-humana/>. Acesso em: 15 ago. 2017.

BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação*. Versão provisória para debate público. Mimeo., dezembro de 2010, p. 1-39. Disponível em: https://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf. Acesso em: 10 set. de 2017.

BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018a. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais*. Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm. Acesso em: 05 set. 2018.

_____. *Medida Provisória nº 869*, de 27 de dezembro de 2018b. Altera a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, para dispor sobre a proteção de dados pessoais e para criar a Autoridade Nacional de Proteção de Dados, e dá outras providências. Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Mpv/mpv869.htm. Acesso em: 06 fev. 2019.

CELLARD, André. A análise documental. In: POUPART, Jean *et. al.* (Org). *A pesquisa qualitativa: enfoques epistemológicos e metodológicos*. Petrópolis: Vozes, p. 295-316.

CIENTISTAS descobrem ‘gene do crime’. BBC, 02 de agosto de 2002. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/ciencia/020802_genecrimecg.shtml. Acesso em: 10 mar. 2018.

DONEDA, Danilo. A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental. *Espaço Jurídico*, Joaçaba, v. 12, n. 2, p. 91-108, jul/dez 2011. Disponível em: <http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/download/1315/658>. Acesso em: 01 set. 2017.



DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

EPSTEIN, Lee; KING, Gary. *Pesquisa Empírica em Direito: as regras de inferência*. São Paulo: Direito GV, 2013. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/11444>. Acesso em: 21 out. 2016, p. 11.

EUROPEAN COMMISSION. *What does data protection 'by design' and 'by default' mean?* Disponível em: https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/reform/rules-business-and-organisations/obligations/what-does-data-protection-design-and-default-mean_en#references. Acesso em: 01 fev. 2019.

GIL, Antonio Carlos. *Como elaborar projetos de pesquisa*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição (Die normativa Kraft der Verfassung)*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes.

LEMONS, Ronaldo *et al.* *As mudanças finais da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais: Os primeiros dois anos da ANPD serão cruciais e desafiadores*. 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/as-mudancas-finais-da-lei-geral-de-protecao-de-dados-pessoais-10072019>. Acesso em: 15 jul. 2019.

MAGRANI, Eduardo. *A Internet das Coisas*. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2018. v. 1.

MARTINS, Gilberto de Andrade; THEÓPHILO, Carlos Renato. *Metodologia da Investigação Científica para Ciências Sociais Aplicadas*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016. Capítulos 4 e 5.

MORAES, Maria Celina Bodin de (Org.). Apresentação do autor e da obra. In: RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade de vigilância: A privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 1-12. Tradução: Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda.

_____. Ampliando os direitos da personalidade. In: *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

_____. *Danos à pessoa humana, uma leitura civil-constitucional dos danos morais*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MULHOLLAND, Caitlin. 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, p. 159-180, 2018.

_____. *Fiscalização, sanções e Autoridade de Proteção de Dados no Brasil e na Europa*. Rio de Janeiro: Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio, 2019. (87 min.), Aula, son., color. Série Lei Geral de Proteção de Dados. Disponível em: <https://www.anymeeting.com/itsrio/E958D981834938>. Acesso em: 20 mar. 2019.



NEGRI, Sérgio. As razões da pessoa jurídica e a expropriação da subjetividade. *Civilistica.com* - *Revista Eletrônica de Direito Civil*, v. a.5 n.2, p. 1-17, 2016.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfil do direito civil*. 3. Ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. Tradução de: Maria Cristina De Cicco.

PIRES, Álvaro. Amostragem e pesquisa qualitativa: ensaio teórico e metodológico. In: POUPART, Jean *et al.* *A pesquisa qualitativa: Enfoques epistemológicos e metodológicos e metodológicos*. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2014. p. 154-211.

RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância. A privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. Tradução: Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda.

_____. *Il diritto di avere diritti*. 8. Ed. Bari: Laterza, 2012.

_____. Por que é necessária uma Carta de Direitos da Internet?. Trad. Bernardo Diniz Accioli de Vasconcellos e Chiara Spadaccini de Teffé. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 4, n. 2, jul.-dez./2015. Disponível em: <http://civilistica.com/por-que-e-necessaria-uma-carta-de-direitos-da-internet/>. Acesso em: 01 set. 2017.

_____. Transformações do corpo. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 19, p. 91-107, 2004.

SCHULMAN, Gabriel. www.privacidade-em-tempos-de-internet.com: o espaço virtual e os impactos reais à privacidade das pessoas. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coords.). *O direito civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, pp. 330-360.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil*. 6. Ed. – São Paulo: Atlas, 2015.

STRUCHINER, Noel; HANNIKAINEN, Ivan. A Insustentável Leveza do Ser: sobre arremesso de anões e o significado do conceito de dignidade da pessoa humana a partir de uma perspectiva experimental. *Civilistica.com* - *Revista Eletrônica de Direito Civil*, v. a.5 n.1, p. 1-25, 2016.

TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento. In: *Temas de Direito Civil*, t. III, Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. O papel atual da doutrina do direito civil entre o sujeito e a pessoa. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coords.). *O direito civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, pp. 17-35.

UNIÃO EUROPEIA. *Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho: General Regulation Data Protection (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados)*. Bruxelas,



A NORMATIVIDADE DOS DADOS SENSÍVEIS NA LEI GERAL DE PROTEÇÃO
DE DADOS: ampliação conceitual e proteção da pessoa humana

27 abr. 2016. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32016R0679>. Acesso em: 08 ago. 2018.

WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis. *The Right to Privacy*. Harvard Law Review, Boston, v. 4, n. 5, 15 dez. 1890.