

RUBIA MARIA FERRÃO DE ARAÚJO

**EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE CIVIL
NO CONTEXTO DA PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS**

Dissertação de Mestrado

Orientador: Profº Dr. Eneas de Oliveira Matos

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo - SP

2022

RUBIA MARIA FERRÃO DE ARAÚJO

**EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE CIVIL
NO CONTEXTO DA PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS**

Versão corrigida da Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na Área de Concentração Direito Civil (2131), sob a orientação do Profº Dr. Eneas de Oliveira Matos.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo - SP

2022

Autorizo a publicação parcial deste trabalho na Biblioteca Digital de Teses e Dissertações da USP, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

CATALOGAÇÃO DA PUBLICAÇÃO

ARAÚJO, Rubia Maria Ferrão de.

Excludentes de responsabilidade civil no contexto da proteção de dados pessoais/Rubia Maria Ferrão de Araujo. São Paulo: USP/Faculdade de Direito, 2022.

328f.

Orientador: Professor ° Dr. Eneas de Oliveira Matos.

Dissertação (Mestrado), Universidade de São Paulo, USP, Programa de Pós-Graduação em Direito, Direito Civil, 2022.

1. A proteção de dados pessoais e a responsabilidade civil por violações. 2. Excludentes de responsabilidade civil. 3. Excludentes de responsabilidade civil no contexto da proteção de dados pessoais. 4. Excludentes de responsabilidade civil por violações ao direito de proteção de dados pessoais na União Europeia e Estados Unidos.

Nome: ARAÚJO, Rubia Maria Ferrão de.

Título: Excludentes de responsabilidade civil no contexto da proteção de dados pessoais

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na Área de Concentração Direito Civil (2131), sob a orientação do Prof.º Dr. Eneas de Oliveira Matos.

Banca Examinadora

Presidente (Orientador FD-USP): Prof.º Dr. Eneas de Oliveira Matos

Examinador (FD-USP): Prof. ° Titular Dr. José Luiz Gavião de Almeida

Examinador (UNASP): Prof. ° Dr. Josias Jacintho Bittencourt

Examinador (FADISP): Prof. ° Dr. Lauro Ishikawa

AGRADECIMENTOS

Escrever uma dissertação de mestrado no curso de uma pandemia global foi realmente desafiador, de forma que o meu primeiro agradecimento é a Deus, por me permitir estar viva e por me dar os dons necessários à escrita de um trabalho como esse. Agradeço também à Nossa Senhora, por sua santa intercessão e graças, em vários momentos em que me foram necessárias.

Ao meu marido Alex, filhos Arthur e Davi, meu pai Antonio, minha mãe Neusa, meu irmão Marco, à minha afilhada Catarina, aos meus cunhados, tios, primos, sobrinhos, enfim, todos os meus familiares, por me fazerem acreditar, a cada dia, na importância da família. Agradeço a compreensão pelos momentos em que foi necessária a minha ausência, a fim de que pudesse me dedicar aos estudos e por todo o apoio necessário e momentos de alegria. Eu amo vocês!

Agradeço, imensamente, ao meu orientador Professor Dr. Eneas de Oliveira Matos não só pela confiança que me depositou ao me aceitar como orientanda, mas também pelo ser humano maravilhoso que é, de grande bondade, sempre disposto a compartilhar sua vasta cultura e conhecimento. Graças ao Professor Eneas, pude ter acesso à sua farta biblioteca e a obras essenciais para a escrita deste trabalho.

À Universidade de São Paulo pela qualidade da pós graduação *stricto sensu*, assim como aos professores que contribuíram para minha formação e que são grandes referências: Drs. Antonio Carlos Morato, Cíntia Rosa Pereira de Lima, Cláudio Luiz Bueno de Godoy, Eduardo Bittar, Eduardo Tomasevicius Filho, Eneas de Oliveira Matos, Fernando Campos Scaff, Guilherme Martins, Juliano Maranhão, Marco Fabio Morsello, Newton de Lucca, Renata Mota Maciel, Renata Wassermann, Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer e Silmara Chinelato.

Aos meus sócios e amigos Claudenir Pigão, Bruno Fioravante, Larissa Pigão Fioravante, Matheus Pigão, Lucilene Pigão, Giovanna Pigão, e toda a equipe do Pigão, Ferrão e Fioravante Sociedade de Advogados, pela torcida, apoio e parceria de sempre.

Aos meus amigos pela força e incentivo, inclusive os que tive a alegria de conhecer no curso do mestrado, em especial a Juliana Feldman, Pietra Quinelato, Michele Camacho e Marco Aurélio. Ao Caio Cesar Oliveira, por ter me incentivado a retomar os estudos no mestrado.

Aos meus alunos e Universidades em que leciono, especialmente a Universidade Presbiteriana Mackenzie e o IBPTECH, cujas bibliotecas virtuais foram de grande importância para a pesquisa aqui realizada, além de terem criado um ambiente propício para muitas das reflexões que são reproduzidas neste trabalho.

A todos aqueles que direta ou indiretamente contribuíram para este trabalho, como todos os meus professores, clientes e aqueles que fazem parte da minha vida.

Aos meus colegas de profissão e aos que, como eu, são apaixonados pelo Direito Digital e Proteção de Dados Pessoais!

Aos meus pais Antonio e Neusa, aos quais devo tudo o que tenho e sou, assim como por me ensinarem a força da fé e a importância da família, como principal alicerce.

Ao meu marido Alex, companheiro de uma vida, pelo apoio incondicional aos meus sonhos e por encher os meus dias de amor e carinho.

Aos meus filhos Arthur e Davi, verdadeiros presentes de Deus, por serem a luz da minha vida, alegria, inspiração, amor e a razão que me faz buscar a evolução constante, até mesmo para servir-lhes de exemplo.

Ao meu irmão Marco por me apoiar na luta pelos meus ideais.

“Quanto mais se desenvolvem e se intensificam as atividades humanas e mais densas se tornam as populações, maior é o número de interesses que se chocam e se contradizem. Este conflito inevitável é a essência da própria vida e a razão de ser dos preceitos normativos da conduta humana, cuja missão principal é limitar, conciliar e combinar atividades.

Fosse possível traçar normas jurídicas perfeitas, que delimitassem, dentro de contornos inconfundíveis, as prerrogativas conferidas aos indivíduos; se a inteligência e a sabedoria humanas pudessem enfeixar nos preceitos legais as diretrizes a seguir no exercício dos direitos, a solução de conflitos jurídicos seria, sem dúvida, tarefa menos árdua e não caberia à doutrina e à jurisprudência o papel tão preeminente, que ora desempenham, na solução do problema da responsabilidade civil.” (Alvino Lima – Culpa e Risco, págs. 203-204)

ARAÚJO, Rubia Maria Ferrão de. *Excludentes de Responsabilidade Civil no Contexto da Proteção de Dados Pessoais*, 2022. 328f. Dissertação (Mestrado), Universidade de São Paulo, USP, São Paulo, 2022.

RESUMO

A proteção de dados pessoais emergiu como uma necessidade premente na sociedade moderna, seja pela quebra do paradigma dos negócios e das relações humanas que passaram a se virtualizar, pela alta dependência dos indivíduos aos sistemas e dispositivos eletrônicos, pelo grande volume de informações que trafegam na rede, ou ainda, porque o tratamento de dados pessoais passou a ser de interesse público, mandatório em algumas atividades e até mesmo fonte de exploração econômica. Nesse contexto, em 14 de agosto de 2018, foi sancionada a Lei nº 13.709/2018 (LGPD), a qual contempla um estatuto uniforme para o tratamento de dados no país e expressa a responsabilidade do controlador e do operador pelos danos decorrentes do tratamento de dados pessoais. Contudo, salvo nas hipóteses de responsabilidade pela teoria do risco integral, que não é o caso da nova lei, é possível invocar, em matéria de defesa, as chamadas *excludentes de responsabilidade civil*, as quais, via de regra, têm o condão de afastar o dever de indenizar. Considerando a precariedade na sistematização legal do instituto, propôs-se classificá-lo em *excludentes gerais, excludentes especiais e excludentes contratuais*. As *excludentes gerais* são as previstas no *macrossistema* do Código Civil, abrangendo as (i) *excludentes de antijuridicidade ou ilicitude* (legítima defesa, estado de necessidade, exercício regular de direito e consentimento do lesado); e (ii) as *excludentes de causalidade ou nexo causal* (*caso fortuito* ou *força maior*, o *fato exclusivo da vítima* e o *fato exclusivo de terceiro*). As *excludentes de responsabilidade civil especiais* são as previstas em *microssistemas*, ou seja, leis especiais, como o CDC, o Marco Civil da Internet e, especialmente, para fins deste estudo, a LGPD, cujo texto prevê que os agentes de tratamento só não serão responsabilizados se provarem que (i) *não realizaram o tratamento de dados pessoais que lhes é atribuído*; (ii) *não houve violação à legislação de proteção de dados*; ou (iii) *culpa exclusiva do titular dos dados ou de terceiro*. As *excludentes contratuais do dever de reparar*, por sua vez, são decorrentes da autonomia de vontade das partes, porém são limitadas, especialmente pelas normas de ordem pública. Como a LGPD inaugura um novo olhar sobre o direito à proteção de dados, consolidado como direito fundamental, o debate sobre seu alcance e reflexos é extremamente relevante, visto que é permitido o tratamento de dados pessoais não apenas mediante consentimento do titular, mas também em outras hipóteses legais, desde que respeitados os princípios e direitos do titular, sob pena de responsabilidade civil e outras sanções administrativas. Nesse contexto, importante buscar a interface da LGPD com outras legislações, inclusive para que possa se consolidar com segurança jurídica, respeitando-se os direitos personalíssimos dos titulares, mas afastando-se a reparação em situações em que incidam as *excludentes de responsabilidade civil*. Em suma, se demonstrará que é preciso existir uma interpretação sistemática do instituto da responsabilidade civil no âmbito da LGPD, especialmente em relação às *excludentes* previstas no *macrossistema* do Código Civil, permitindo-se a aplicação no caso concreto de causas não previstas na nova lei, mediante interpretação extensiva do ordenamento jurídico, tal qual a doutrina e a jurisprudência têm admitido em relação ao CDC.

Palavras-chave: RESPONSABILIDADE CIVIL, EXCLUDENTES, PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS, LGPD, CÓDIGO CIVIL, CDC, MARCO CIVIL DA INTERNET.

ARAÚJO, Rubia Maria Ferrão de. *Defense to intentional torts and causation in Brazilian General Data Protection Law*, 2022. 328p. Master's Thesis (Master's Degree), Law School, University of Sao Paulo, Sao Paulo, 2022.

ABSTRACT

Personal data protection has emerged as an urgent need in modern society, whether due to the breaking of the paradigm of business and human relations that have become virtualized, the high dependence of individuals on electronic systems and devices, the large volume of information that flows on Internet, or even because of the processing of personal data has become of public interest, mandatory in some activities and even a source of economic exploitation. In this context, on August 14, 2018, Law. no 13.709/2018 (Brazilian General Data Protection Law) was enacted, which provides a uniform statute for the data processing in Brazil and expresses the responsibility of the controller and the operator for damages arising from the processing of personal data. However, except in the cases of responsibility for the theory of integral risk, which is not the case of the new law, it is possible to invoke defenses to intentional torts, which, as a rule, dismiss liability. Considering the precariousness of the legal systematization of the institute in Brazil, it was proposed to classify it into general, special and contractual defenses. The general defenses are those provided for in the Civil Code macrosystem, covering (i) defenses to intentional torts (defense of self, others and property, necessity, regular exercise of rights and consent); and (ii) causality (fortuitous event or force majeure, plaintiff or third parties' conduct. Special civil defense are those provided by microsystems, that are special laws, such as Brazilian Consumer Defense Code, Civil Rights Framework for the Internet, specially, for the purposes of this study, Brazilian General Data Protection Law, which provides that the processing agents will not be liable only if they prove that (i) they did not carry out the personal data processing that is attributed to them; (ii) although they did carry out the processing of personal data that is attributed to them, there was no violation of the data protection legislation; or (iii) the damage arises from the exclusive fault of the data subject or a third party. The contractual defenses result from the parties' freedom of choice, but they are limited, specially by imperative rules. As the Brazilian General Data Protection Law opens a new perspective on the right to data protection, consolidated as a fundamental right, the debate on its scope and consequences is extremely relevant, since personal data processing is allowed not only by data subject consent, but also in other legal hypotheses, as long as the legal principles and data subject rights are respected, under penalty of civil liability and other administrative sanctions. In this context, it is important to seek the Brazilian General Data Protection Law interface with other legislations, in a way it can be consolidated with legal certainty, respecting data subject personal rights, but avoiding compensation in situations where civil liability defenses are may be applied. In short, it will be shown that it is necessary a systematic interpretation of Brazilian General Data Protection Law liability, specially to cover defenses provided by Civil Code macrosystem, aiming to allow application of defenses that are not provided in new law, through extensive interpretation of the legal system, as the doctrine and jurisprudence have admitted in relation to the Consumer Defense Code.

Keywords: TORT LAW, DEFENSE TO INTENTIONAL TORTS, CAUSATION, DATA PROTECTION, CIVIL CODE, CONSUMER CODE, BRAZILIAN GENERAL DATA PROTECTION LAW, CIVIL RIGHTS FRAMEWORK FOR THE INTERNET.

LISTA DE SIGLAS

ANPD	Autoridade Nacional de Proteção de Dados
CC	Código Civil
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
CPC	Código de Processo Civil
CP	Código Penal
CPP	Código de Processo Penal
EDPB	<i>European Data Protection Board</i>
GDPR	<i>General Data Protection Regulation</i>
GT Art. 29.º	Grupo de Trabalho do Artigo 29.º
LGPD	Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais
IP	<i>Internet Protocol</i>
RGPD	Regulamento Geral de Proteção de Dados Europeu
TIC	Tecnologia da Informação e Comunicações
UE	União Europeia

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	14
CAPÍTULO I – A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS E A RESPONSABILIDADE CIVIL POR VIOLAÇÕES	22
1.1. Proteção de Dados Pessoais como Direito Fundamental Autônomo.....	26
1.2. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 – A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)	30
1.3. Breves Considerações sobre a Responsabilidade Civil no Brasil.....	36
1.4. Pressupostos da Responsabilidade Civil.....	42
1.4.1. Ato ilícito	44
1.4.2. Nexo Causal.....	48
1.4.3. Dano.....	51
1.4.4. Culpa ou Dolo.....	55
1.4.5. Nexo de Imputação ou Fator de Atribuição.....	57
1.5. Responsabilidade Civil pelo Risco Integral.....	60
1.6. Responsabilidade Civil do Estado	62
1.7. Responsabilidade Civil na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais	63
1.7.1. Responsabilidade Solidária na LGPD e Direito de Regresso	80
1.7.2. O Dano ao Titular de Dados Pessoais.....	83
1.7.3. Prescrição.....	93
CAPÍTULO II – EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE CIVIL.....	96
2.1. Origem histórica	96
2.2. Conceito.....	98
2.3. Proposta de Sistematização da Disciplina das Excludentes.....	102
2.3.1. Excludentes Gerais de Responsabilidade Civil	106
2.3.2. Excludentes Especiais de Responsabilidade Civil.....	108
2.3.3. Excludentes Contratuais do Dever de Reparar	108
2.4. Excludentes de Antijuridicidade ou de Ilícitude.....	109
2.4.1. Legítima Defesa.....	110
2.4.2. Exercício Regular de Direitos.....	112
2.4.2.1. Estrito Cumprimento de Dever Legal.....	113

2.4.3. Estado de Necessidade.....	114
2.4.4. Consentimento do Lesado.....	117
2.5. Excludentes de Causalidade ou do Nexo Causal	120
2.5.1. Caso Fortuito ou Força Maior.....	122
2.5.2. Fato Exclusivo da Vítima	127
2.5.2.1. Fato Concorrente.....	128
2.5.3. Fato Exclusivo de Terceiro	129
2.6. Risco do Desenvolvimento	130
2.7. Excludentes Contratuais do Dever de Reparar – Cláusula de Não Indenizar.....	137
CAPÍTULO III – EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE CIVIL NO	
CONTEXTO DA PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS	143
3.1. Ônus da prova	147
3.2. Excludente de Responsabilidade pela Não Realização de Tratamento de Dados Pessoais pelo Agente (artigo 43, inciso I, LGPD).....	152
3.3. Excludente de Antijuridicidade ou Ilicitude por Inexistência de Violação à Legislação de Proteção de Dados (artigo 43, inciso II, da LGPD)	164
3.3.1. O Consentimento do Titular como Excludente de Antijuridicidade ou Ilicitude ..	176
3.3.2. O Consentimento para Tratamento de Dados Pessoais de Crianças.....	183
3.3.3. O Exercício Regular de Direitos e o Estrito Cumprimento de Dever Legal pelos Agentes de Tratamento como Excludente de Antijuridicidade ou Ilicitude	185
3.3.4. O Legítimo Interesse como Excludente de Antijuridicidade ou Ilicitude e o seu limite tênue com a figura do <i>Abuso de Direito</i>	189
3.3.5. Execução do Contrato ou de Procedimentos Preliminares relacionados a Contrato do qual seja parte o Titular como Excludente de Antijuridicidade ou Ilicitude (artigo 7º, inciso V, da LGPD)	195
3.3.6. Execução de Políticas Públicas pela Administração Pública como Excludente de Antijuridicidade ou Ilicitude (artigo 7º, inciso III e artigo 11, inciso II, alínea “b”, ambos da LGPD).....	200
3.3.7. Realização de Estudos por Órgão de Pesquisa como Excludente de Antijuridicidade ou Ilicitude (artigo 7º, inciso IV e artigo 11, inciso II, alínea “c”, ambos da LGPD)	206
3.3.8. A Proteção da Vida ou da Incolumidade Física do Titular ou de Terceiro como Excludente de Antijuridicidade ou Ilicitude (artigo 7º, inciso VII e artigo 11, inciso II, alínea “e”, ambos da LGPD).....	209
3.3.9. A Tutela da Saúde como Excludente de Antijuridicidade ou Ilicitude (artigo 7º, inciso VIII e artigo 11, inciso II, alínea “f”, ambos da LGPD)	211
3.3.10. A Proteção do Crédito como Excludente de Antijuridicidade ou Ilicitude (artigo 7º, inciso X, da LGPD)	217

3.3.11. A Garantia da Prevenção à Fraude e à Segurança do Titular, nos Processos de Identificação e Autenticação de Cadastro em Sistemas Eletrônicos como Excludente de Antijuridicidade ou Ilicitude (artigo 11, inciso II, alínea “g” da LGPD)	222
3.4. Excludente de Responsabilidade por Fato Exclusivo do Titular (artigo 43, inciso III, primeira parte, da LGPD)	225
3.5. Excludente de Responsabilidade por Fato Exclusivo de Terceiros (artigo 43, inciso III, segunda parte, da LGPD).....	228
3.6. Caso Fortuito ou Força Maior.....	232
3.7. Legítima Defesa Informática	235
3.8. Estado de Necessidade Cibernético	239
3.9. Risco do Desenvolvimento no Tratamento de Dados Pessoais	241
3.10. Excludentes de Responsabilidade Civil no Código de Defesa do Consumidor	242
3.11. Excludentes no Marco Civil da Internet – Lei nº 12.965/2014.....	250
3.12. Excludentes Contratuais do Dever de Reparar no Contexto da Proteção de Dados: Cláusula de Não Indenizar e Cláusulas Limitativas de Responsabilidade	259
CAPÍTULO IV – EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE CIVIL POR VIOLAÇÕES AO DIREITO DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NA UNIÃO EUROPEIA E ESTADOS UNIDOS	267
4.1. União Europeia - Regulamento Geral de Proteção de Dados Europeu – RGPD (<i>General Data Protection Regulation – GDPR</i>)	268
4.2. Estados Unidos	280
4.2.1. <i>Californian Consumer Privacy Act (CCPA)</i>	292
CONCLUSÃO	296
REFERÊNCIAS.....	306
ANEXO	325

INTRODUÇÃO

A vida em sociedade está cada vez mais complexa. Inúmeros produtos e serviços surgem a cada dia. O desenvolvimento tecnológico avança em períodos tão curtos, que mal é possível se acostumar com um tipo de tecnologia que já surge outra para melhorar a anterior ou até mesmo para substituí-la¹.

Uma avalanche de produtos e serviços “gratuitos” são disponibilizados. A moeda de troca passa a ser o *dado pessoal*, muitas vezes, sem que o seu titular tenha a percepção disso, afinal, o país apenas engatinha no sentido de uma cultura de proteção de dados.

Paralelamente, a publicidade de produtos e serviços passa a ser realizada das mais variadas formas e nos mais diversos locais. Inclusive, são criados *perfis* dos indivíduos, a partir da análise e tratamento de seus dados pessoais, com o intuito de identificar hábitos de consumo e, conseqüentemente, potencializar as chances de venda.

De todos os lados, o consumidor é incentivado a consumir e a propaganda (oferta pública) traz cada vez menos informações sobre o produto e serviços, ficando ainda mais evidente a vulnerabilidade e hipossuficiência do titular dos dados.

O tratamento de dados vai, então, se tornando determinante na economia digital, na medida em que grande parte dos serviços, de natureza pública ou privada, passa a ser prestado no ambiente virtual, facilitando, inclusive, o acesso à informação. A própria inteligência artificial dá saltos exponenciais para os mais variados usos, merecendo destaque os resultados expressivos no âmbito da Medicina, em que se percebe que tratar dados pode facilitar o entendimento dos diagnósticos e alavancar os resultados de pesquisa, como por exemplo se

¹ Nas palavras de CASTELLS: “O nosso mundo está em processo de transformação estrutural desde há duas décadas. É um processo multidimensional, mas está associado à emergência de um novo paradigma tecnológico, baseado nas tecnologias de comunicação e informação, que começaram a tomar forma nos anos 60 e que se difundiram de forma desigual por todo o mundo. Nós sabemos que a tecnologia não determina a sociedade: é a sociedade. A sociedade é que dá forma a tecnologia de acordo com as necessidades, valores e interesses das pessoas que utilizam as tecnologias. Além disso, as tecnologias de comunicação e informação são particularmente sensíveis aos efeitos dos usos sociais da própria tecnologia. A história da Internet fornece-nos amplas evidências de que os utilizadores, particularmente os primeiros milhares, foram, em grande medida, os produtores dessa tecnologia” (CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede**: do Conhecimento à Política. Belém: Centro Cultural de Belém, 2005. p. 17).

viu em relação aos casos de microcefalia de bebês com o vírus Zika, transmitido pelo mosquito transmissor *Aedes Aegypti*².

A *era digital*³ impõe novos desafios ao Direito. Tratar dados também pode gerar poder⁴. Vigilância. Influência indevida no processo democrático, o que torna imprescindível a criação de limites éticos e, em verdade, uma remodelagem da Teoria do Direito, visando a implementação de *novos direitos*⁵.

Zygmunt Bauman e David Lyon⁶ aduzem que as sociedades modernas são tão fluidas que parecem *líquidas*, de forma que a própria vigilância também se insinua em estado líquido. A vigilância se relaciona “ao mundo de monitoramento, controle, observação, classificação, checagem e atenção sistemática”⁷. A vigilância assume o papel de dimensão-chave no mundo moderno, à medida que se tornou mais móvel, flexível e se espalha de formas até então inimagináveis. Refletem que “Poder e política estão se separando. O poder agora existe no espaço global e extraterritorial, mas a política, que antes ligava interesses individuais e

² AMARAL, Cislara Pires; PIRES, Nayjla Pecker. Análise dos dados epidemiológicos de casos de microcefalia relacionados ao Zika vírus. **Disciplinarum Scientia**. Série Ciências da Saúde, Santa Maria, v. 20, n. 2, 2019, p. 459-472. Disponível em: <https://periodicos.ufn.edu.br/index.php/disciplinarumS/article/viewFile/2894/2458>. Acesso em: 11 dez. 2021.

³ “A era digital corresponde ao período histórico em que a vida social, as relações de trabalho e boa parte das interações humanas passam a estar determinadas por ‘algoritmos’ e ‘operações digitais’. (BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **A Teoria do Direito, a Era Digital e o Pós-Humano**: o novo estatuto do corpo sob um regime tecnológico e a emergência do Sujeito Pós-Humano de Direito. p. 938).

⁴ “Toda era produz suas próprias ideologias. A ‘era digital’, quando emerge em todo o seu frescor nos tempos atuais, não seria uma exceção neste sentido. A era digital vem revestida de ideologias, trazidas pela *cyberculture*. Ora, as ideologias servem para justificar novos processos sociais e, por isso, tornam possível camuflar a emergência de novos poderes e formas de dominação.” (BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **A Teoria do Direito, a Era Digital e o Pós-Humano**: o novo estatuto do corpo sob um regime tecnológico e a emergência do Sujeito Pós-Humano de Direito. **Revista Direito e Práxis**, v. 10, n. 2, 2019, p. 941).

⁵ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **A Teoria do Direito, a Era Digital e o Pós-Humano**: o novo estatuto do corpo sob um regime tecnológico e a emergência do Sujeito Pós-Humano de Direito. **Revista Direito e Práxis**, v. 10, n. 2, 2019, p. 955.

⁶ BAUMAN, Zygmunt; LYON, David. **Vigilância líquida**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013, p. 10.

⁷ *Ibidem*, p. 7.

públicos, continua local, incapaz de agir em nível planetário”⁸. Por outro lado, “à medida que os detalhes de nossa vida diária se tornam mais transparentes às organizações de vigilância, suas próprias atividades são cada vez mais difíceis de discernir”⁹.

Enfim, os dados pessoais passam a sustentar a chamada *sociedade da informação*, com inequívocos reflexos não só para a vida das pessoas e para as relações entre particulares, mas também para o Estado e para o mercado em geral, afinal, imensos e valiosos bancos de dados vão se formando, com informações de todos os tipos, o que tem o condão de atrair os mais variados tipos de riscos, muitos deles ainda desconhecidos.

Zygmunt Bauman e David Lyon apontam que embora privacidade seja a primeira coisa que vem à cabeça, no contexto de vigilância, essa não é a baixa mais relevante, visto que “as questões do anonimato, da confidencialidade da privacidade não devem ser ignoradas, mas também são estreitamente ligadas a imparcialidade, justiça, liberdade civis e direitos humanos”¹⁰. Isso porque, “a *categorização social* é basicamente o que a vigilância realiza hoje, para o bem ou para o mal”¹¹.

Nesse contexto, a proteção de dados pessoais emergiu como uma necessidade premente na sociedade moderna, seja pela quebra do paradigma dos negócios e das relações humanas que passaram a se virtualizar, pela alta dependência dos indivíduos aos sistemas e dispositivos eletrônicos, pelo grande volume de informações que trafegam na rede, ou ainda, porque o tratamento de dados pessoais passou a ser mandatório em algumas atividades e até mesmo fonte de exploração econômica.

Em verdade, os dados pessoais passam a ter valor, *pela ótica do indivíduo*, eis que se tornam mais uma faceta de seus direitos à personalidade; *do negócio*, que passa a monetizar ou retirar ideias a partir dos dados, formando bases de dados protegidas como segredo de

⁸ BAUMAN, Zygmunt; LYON, David. **Vigilância líquida**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013, *ibidem*, p. 13.

⁹ *Ibidem*, p. 19.

¹⁰ *Ibidem*, p. 20.

¹¹ *Ibidem*, p. 20.

negócio; e *do Estado*, com limiar muito tênue entre o exercício de políticas voltadas ao interesse público e a excessiva vigilância dos cidadãos.

A vigilância e a categorização de indivíduos têm se expandido silenciosamente e a proteção de dados vem para trazer transparência e limites éticos para esse processo.

O risco de vigilância excessiva por meio de tratamento de dados é tema que merece atenção e que tomou destaque em razão das medidas adotadas para fins de combate ao COVID-19, notadamente em decorrência do pedido governamental de compartilhamento de geolocalização de usuários de celulares, para fins de implementação de políticas públicas, culminando em diversas medidas perante o Poder Judiciário, com especial destaque para a decisão histórica do Supremo Tribunal Federal, na qual foi reconhecido o *direito fundamental à proteção de dados pessoais*¹², posteriormente, inserido de forma expressa na Constituição.

Felizmente, avança-se na percepção quanto à necessária proteção dos dados pessoais dos indivíduos, especialmente pela vinda da Lei nº 13.709/2018, nominada como Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), a qual, além de conferir tratamento uniforme à matéria, de cristalizar os direitos e estabelecer diretrizes para o tratamento de dados no Brasil, também tornou expressa a *responsabilidade civil* pelos danos causados e previu causas excludentes da responsabilização dos agentes.

Equilibrar a balança, colocando de um lado a proteção de dados, privacidade e intimidade do indivíduo e, de outro, a livre iniciativa, o desenvolvimento econômico,

¹² “O Supremo Tribunal Federal proferiu decisão histórica ao reconhecer um direito fundamental autônomo à proteção de dados pessoais nos dias 06 e 07 de maio. O julgamento do plenário referendou a Medida Cautelar nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 6387, 6388, 6389, 6393, 6390, suspendendo a aplicação da Medida Provisória 954/2018, que obrigava as operadoras de telefonia a repassarem ao IBGE dados identificados de seus consumidores de telefonia móvel, celular e endereço. Relatada pela Min. Rosa Weber, a decisão contou com a impressionante maioria de 10 votos.” (MENDES, Laura Schertel. Decisão histórica do STF reconhece direito fundamental à proteção de dados pessoais. Novo direito fundamental precisará ter contornos definidos tanto pela jurisprudência, quanto pela doutrina. **Jota Info**. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/decisao-historica-do-stf-reconhece-direito-fundamental-a-protecao-de-dados-pessoais-10052020> – Acesso em: 29 dez. 2021).”

tecnológico, assim como a inovação, a segurança e o interesse público, não é tarefa fácil. Porém, o artigo 2º, da LGPD, busca essa harmonização¹³.

Por meio deste trabalho, se buscará demonstrar que a responsabilidade civil e respectivas excludentes podem ser a resposta para o equilíbrio da balança mencionada retro. Afinal, trarão os limites de responsabilidade em face do tratamento de dados, além de implicarem em segurança jurídica não só para o próprio titular, mas também para os agentes de tratamento, com conseqüente maior assertividade na previsão quanto aos riscos de sua atividade nesse âmbito.

A LGPD assegurou a obrigação de reparação de danos decorrentes do exercício da atividade de tratamento de dados pessoais. Contudo, ao prever excludentes de responsabilidade civil, constata-se que a nova lei não estabeleceu a responsabilidade pela teoria do risco integral. Todavia, pela falta de uma melhor clareza por parte do legislador, a doutrina ainda diverge se tal responsabilidade será de natureza *objetiva* ou *subjetiva*.

Nesse sentido, se demonstrará, igualmente, ao longo deste trabalho que o entendimento sobre as excludentes de responsabilidade civil também pode sanar equívocos jurisprudenciais e doutrinários quanto à natureza jurídica da responsabilidade civil, visto que o nexo causal é diferente do nexo de imputação ou fator de atribuição, sendo certo, ainda, que referidas causas de afastamento da responsabilidade civil se aplicam não só à responsabilidade objetiva, mas também à subjetiva. Conseqüentemente, será a atividade lesante que definirá a natureza da responsabilidade civil o que, na nossa ótica, em regra, é subjetiva, mas poderá assumir a

¹³ “Com a promulgação de uma lei nova sobre o tema, tal como a LGPD, estimula-se a mudança de percepção da sociedade quanto à necessidade de levar-se esse tema a sério. Além disso, facilita-se a aplicação do direito na solução de conflitos relativos a essas questões. Nesse sentido, no art. 2º da LGPD se busca a harmonização dos interesses envolvidos, ao definir-se que os objetivos dessa lei consistem na proteção dos direitos da personalidade, entre os quais a privacidade, intimidade, honra e imagem, ao mesmo tempo em que reconhecemos valores da livre iniciativa e da livre concorrência. A inovação tecnológica, realizada pelos empresários e empreendedores, permite uma vida mais confortável a todos, mas esta não pode ser feita à custa do sacrifício de direitos fundamentais, assim como a proteção de dados pessoais não pode ser obstáculo intransponível ao exercício da atividade econômica.” (TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. O princípio da boa-fé na Lei Geral de Proteção de Dados. **Conjur**, 09/03/2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-09/direito-civil-actual-principio-boa-fe-lgpd>- Acesso em: 29 dez. 2021).

natureza objetiva em alguns contextos, como no âmbito das relações consumeristas, nas atividades de risco e a responsabilidade civil do Estado.

Por outro lado, as *excludentes de responsabilidade civil* ganham ainda mais relevância frente à tendência de objetivação da responsabilidade, a qual só seria afastada por *excludentes de ilicitude* ou por *excludentes de causalidade*.

Com efeito, a *interpretação sistemática*¹⁴ será o grande alicerce deste trabalho, pois a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, assim como outros microssistemas, não pode ser interpretada de maneira isolada, como se infere do próprio texto do artigo 64, da Lei nº 13.709/2018, notadamente porque referida lei pretende estabelecer um regime jurídico uniforme para os mais variados segmentos, o que torna latente que, embora seja uma lei especial, deverá ser harmonizada com o disposto na Constituição Federal, no Código Civil, no Código de Defesa do Consumidor, no Marco Civil da Internet, na Lei de Acesso à Informação, dentre outras legislações que incidam direta ou indiretamente sobre o regime da proteção de dados e respectivas atividades de tratamento.

O progresso trouxe à tona diversas constatações, mas para fins da análise aqui proposta, é importante destacar os impactos que a tecnologia pode trazer para a responsabilidade civil, especialmente para a aferição do *nexo causal*, haja vista a possibilidade de cometimento de condutas ilícitas de maneira remota – com certo distanciamento da vítima – ou, no dizer de Zygmunt Bauman e David Lyon, o processo de fazer as coisas à distância permite “separar uma pessoa das consequências de sua ação”¹⁵.

Além disso, há hipóteses em que o dano decorre da própria conduta da vítima que, por exemplo, desconhece a tecnologia que está utilizando ou não age com a cautela que dela se espera, frente às informações que lhe foram concedidas ou as que deveria conhecer.

¹⁴ “A pressuposição hermenêutica é a da unidade do sistema jurídico do ordenamento. Há aqui um paralelo entre a teoria das fontes e a teoria da interpretação. Correspondentemente à organização hierárquica das fontes, emergem recomendações sobre a subordinação e a conexão das normas do ordenamento num todo que culmina (e principia) pela primeira norma-origem do sistema, a Constituição.” (FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação. p. 246).

¹⁵ BAUMAN, Zygmunt; LYON, David. **Vigilância líquida**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013. p. 15.

O mapeamento do risco vai, então, ganhando novos contornos, já que situações até então inimagináveis, passaram a ser previsíveis e até mesmo esperadas, como a possibilidade de furto de quantias em contas bancárias sem que seja necessário invadir fisicamente um banco, mas tão somente se valendo de um acesso à internet, pelo chamado *Internet Banking* ou *Mobile Banking*, além do tratamento indevido de dados pessoais.

Conseqüentemente, passa a não ser tarefa das mais fáceis a identificação de quem pode ser considerado *terceiro*, em determinadas operações complexas, inclusive envolvendo o tratamento de dados pessoais. De igual complexidade é a delimitação de quando o fato gerador do dano, para fins de incidência da excludente de *caso fortuito* e *força maior*, é ou não conexo à atividade desenvolvida.

Assim, considerando que, em matéria de responsabilidade civil e das causas que lhe são excludentes, a doutrina e a jurisprudência estão mais avançadas no âmbito do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor, se buscará realizar a interpretação sistemática e até extensiva com a LGPD, na tentativa de estabelecer diretrizes para a consolidação do novo diploma.

Em resumo, o fio condutor deste trabalho será o alcance da disciplina das excludentes e a possibilidade de interpretação sistemática com o macrossistema do Código Civil e até mesmo com o microssistema do Código de Defesa do Consumidor.

Assim, no primeiro capítulo, buscou-se tratar da disciplina da proteção de dados pessoais no Brasil, para então serem tecidas breves considerações sobre a responsabilidade civil, seus pressupostos, assim como a responsabilidade civil por violações ao direito à proteção de dados pessoais.

No segundo capítulo, por sua vez, foi trazido o regime das excludentes de responsabilidade civil no direito brasileiro e no direito estrangeiro para preparar o entendimento para o capítulo subsequente. Propôs-se, ainda, a sistematização da disciplina das excludentes em *excludentes gerais* e *excludentes especiais de responsabilidade civil*, sendo a primeira categoria decorrente de uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico e, a segunda, decorrente da previsão expressa em leis especiais. O capítulo também abordou a

cláusula de não indenizar como *excludente contratual do dever de reparar*, assim como as cláusulas limitativas de responsabilidade.

O terceiro capítulo foi dedicado às *excludentes de responsabilidade civil* no contexto da proteção de dados pessoais, momento em que se propôs a realização da interpretação sistemática com o *macrossistema* das excludentes detalhadas no capítulo anterior, previstas no Código Civil, a fim de concluir pela possibilidade de aplicação das excludentes gerais de responsabilidade civil, ainda que não previstas na nova lei, no contexto das atividades de tratamento de dados pelo controlador e operador, assim como a aplicação de excludentes previstas em *microsistemas* atrelados à disciplina da proteção de dados, como é o caso do Código de Defesa do Consumidor e da Lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet).

Por fim, no quarto e último capítulo, foi trazida uma visão geral da responsabilidade civil e das causas que lhe são excludentes, no contexto de violações ao direito de proteção de dados pessoais na União Europeia e Estados Unidos.

CAPÍTULO I – A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS E A RESPONSABILIDADE CIVIL POR VIOLAÇÕES

A Sociedade da Informação se inicia com o surgimento dos meios de comunicação, em meados do século XX, como o cinema, rádio e televisão, tendo seu ápice na criação da Internet, a qual deu origem à *era digital*, redefinindo os conceitos de territorialidade, soberania, tempo e espaço, além de trazer uma infinidade de novos modelos de negócio e velocidade na transmissão de informações. Trata-se de “uma nova forma de organização social, política e econômica que recorre ao intensivo uso da tecnologia da informação para coleta, produção, processamento, transmissão e armazenamento de informações”.¹⁶

Ocorre que toda essa dinâmica trouxe novos impactos sobre os indivíduos, principalmente considerando que o combustível que fomenta a realidade atual é o tratamento de dados pessoais, a partir do processamento de grandes volumes de informações (autorizadas ou não)¹⁷, seja no âmbito de atividades privadas, ou perante o Poder Público que concentra o registro das mais variadas matrizes de dados: informações sobre a renda, saúde, biometria, transações financeiras, processos, dentre outras.

¹⁶ VIEIRA, Tatiana Malta. **O direito à privacidade na sociedade da informação**: efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2007. p. 176.

¹⁷ “A informática, que permite o processamento de grande volume de informações, e a Internet, que ampliou em escala colossal a quantidade de informações circulando entre as pessoas, modificaram irreversivelmente essa situação. O Estado tem informações sobre a renda das pessoas por meio do controle das declarações de renda apresentadas, as quais são cruzadas entre si por meio de grandes computadores há, pelo menos, quinze anos. Analisam-se transações financeiras e as compras realizadas por cartões de crédito, ante a obrigatoriedade do fornecimento desses dados para os órgãos de controle do governo. Sob a alegação de combate ao terrorismo, as mensagens enviadas pela Internet são monitoradas automaticamente pelos grandes computadores. Controla-se o trânsito de pessoas mediante a exigência de fornecimento dos dados de todos os passageiros, como também se realiza o controle fotográfico e coleta de impressões digitais. Coletam-se informações privadas sobre a saúde das pessoas, as quais ficam registradas em prontuários eletrônicos, sem quaisquer garantias de que o Estado ou operadoras de planos de saúde não venham a ter acesso a tais informações, para que, em momento posterior, possa recusar determinados atendimentos ou até mesmo recusar a contratação desses serviços.

Quando se deseja saber informações a respeito de alguém, basta escrever seu nome completo em mecanismos de busca na Internet e se terá notícias dela, se participou ou não de concursos públicos ou se há processos judiciais contra si. (...) Quanto a tudo o que se lê na Internet, é possível saber com precisão quantas pessoas acessaram aquela informação e quem são elas, ao contrário dos tradicionais meios de comunicação, que irradiam notícias de maneira generalizada e somente se sabe o alcance das mesmas por meio de pesquisas realizadas por amostragem. (...)” (TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. Em direção a um novo 1984? a tutela da vida privada entre a invasão de privacidade e a privacidade renunciada. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. São Paulo. v. 109. p. 129-69. jan./dez. p. 137-38).

Além disso, é muito fácil reunir dados sobre qualquer indivíduo. Basta uma consulta simples em um buscador de internet, redes sociais e até mesmo, por meio de pesquisas mais refinadas, a partir de empresas especializadas em banco de dados ou no seu enriquecimento. As próprias pessoas condensam informações próprias e, não raro, se tornam um “*hyperlink* humano”¹⁸ acessível a partir de um *QR code* para ser escaneado e remeter a um *site* que contenha seus dados de contato, redes sociais e qualquer outra informação que entenda relevante.

A vida “offline” está cada vez mais interligada à vida “online”. Este fenômeno tem trazido novos contornos aos direitos de personalidade. Privacidade, honra e imagem passam a demandar novas interpretações, a fim de garantir a eficaz proteção do indivíduo também no ciberespaço.

Se por um lado a era digital trouxe consigo um admirável mundo novo, encurtando distâncias, otimizando resultados da indústria, permitindo a criação de novos negócios com ativos imateriais, fomentando o desenvolvimento de novas profissões, expandindo o conceito de liberdade de expressão e facilitando o acesso à informação, por outro, trouxe uma maior

¹⁸ BAUMAN, Zygmunt; LYON, David. **Vigilância líquida**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013. p. 16.

dependência¹⁹ dos indivíduos em face de tais tecnologias, além de novas vulnerabilidades capazes de afetar sua própria existência²⁰ no mundo real.

O elevado número de câmeras portáteis por todos os lados, inclusive dentro dos domicílios das pessoas, a falta de políticas voltadas à educação digital, em conjunto com o incremento de atividades relacionadas ao tratamento de dados pessoais como redes sociais, Internet das Coisas, *Big Data* e Inteligência Artificial, causam a reflexão sobre os constantes riscos a que as pessoas estão sujeitas, notadamente em razão da significativa redução dos contornos da privacidade e da “grande adesão que os meios virtuais possuem, juntamente com a informalidade, agilidade e invisibilidade dos atos praticados dentro da rede”²¹.

O entendimento sobre o direito à proteção de dados, então, vai tomando novos contornos que não apenas aqueles diretamente ligados à privacidade e intimidade, inclusive

¹⁹ “Com a revolução na tecnologia das mídias, ocorreu uma evolução em seu uso – o que transformou nossas vidas. Nós trabalhamos de forma diferente, jogamos de forma diferente e interagimos com os outros também de forma diferente. Em 2009, as crianças norte-americanas entre 8 e 18 anos, por exemplo, usaram mídias ativamente, em média, durante 7 horas e 38 minutos por dia, o que representou um aumento de 1 hora e 17 minutos desde 2004. No entanto, a revisão de pesquisas feitas em países desenvolvidos revelou uma variação cada vez menor em comparação com as estatísticas dos Estados Unidos – o conteúdo de mídia lidera a exportação norte-americana, e o uso das mídias se globalizou. Em 2009, os jovens estavam cada vez mais realizando ‘multitarefa’, usando duas ou mais mídias, simultaneamente, durante 29% do tempo – resultando em exposição cumulativa ao conteúdo das mídias de 10 horas e 38 minutos, o que representa um aumento de 26% em relação às 8 horas e 33 minutos registrados em 2004. (...)Hoje, as principais causas de mortalidade – lesões, homicídio e suicídio – e as morbidades de longo prazo que iniciam predominantemente na infância – obesidade, comportamentos de risco à saúde, uso de tabaco, álcool e drogas – já foram associadas ao aumento de exposição às mídias. (...)” (RICH, Michael. As mídias e seus efeitos na saúde e no desenvolvimento de crianças e adolescentes: reestruturando a questão da era digital. In: ABREU, Cristiano Nabuco; EISENSTEIN, Evelyn; ESTEFENON, Susana Graciela Bruno (Org.). **Vivendo esse mundo digital: impactos na saúde, na educação e nos comportamentos sociais**. Porto Alegre: Artmed, 2013. p. 32)

²⁰ “Existir é se encontrar com o mundo, tendo-o como sua morada (ser-no-mundo), e estar em relação com o mundo e com as coisas e os seres nele situados (ser-com), incluindo-se o ‘relacionar-se consigo mesmo e com o seu ser’. A existência humana decorre da coexistência com coisas e pessoas (ser-com), durante a vivência em um mundo (ser-no-mundo), que é moldado pelo diálogo, seja do indivíduo consigo mesmo, seja entre o seu universo e os universos das coisas e das demais pessoas.” (BIÃO, Fernanda Leite; FROTA, Hidemberg Alves da. O fundamento Filosófico do dano existencial. **Revista Jurídica UNIGRAN**. Mato Grosso do Sul, v. 12, n. 24, jul./dez. 2010. p. 44-45).

²¹ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. Internet, Cyberbullying e Lesão a Direitos da Personalidade: O Alcance Atual da Teoria da Reparação Civil por Danos Morais. Homenagem A José De Oliveira Ascensão. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, vol. 3, nº 3, 2014, 1695-1715. Disponível em: http://www.cidp.pt/revistas/ridb/2014/03/2014_03_01695_01715.pdf. Acesso em: 5 dez. 2021. p. 1.706.

assumindo um status de direito individual de controle sobre dados pessoais próprios, ou seja, o *direito de autodeterminação informativa*.

Tanto é assim que já se defende a existência do “Ser Informacional” como um reflexo do ser natural na Sociedade da Informação, conforme a doutrina de Stefano Rodotà:

A unidade da pessoa partiu-se. Em seu lugar encontramos tantas ‘pessoas eletrônicas’, tantas pessoas criadas pelo mercado quanto são os interesses que estimulam a coleta de informações. Estamos nos tornando ‘abstrações no cyberspace’, e de novo estamos diante de um indivíduo ‘multiplicado’.²²

Afinal, os dados pessoais formarão o *corpo virtual* do indivíduo na sociedade moderna, como explicam Laura Schertel Mendes e Gabriel Fonseca:

São as informações extraídas a partir desses dados, que essencialmente formarão a representação virtual do indivíduo na sociedade. Os dados precisam ser processados e organizados para a extração dessas informações. A partir delas, por exemplo, são geradas decisões ou interpretações que podem ampliar ou reduzir as oportunidades do titular no mercado, formatar sua “imagem” perante os setores público e privado, bem como desenvolver sua personalidade dentro da comunidade digital.²³

O avanço da tecnologia traz, portanto, novos desafios e riscos, como a *ressignificação da concepção de intimidade e privacidade* em tempos de Internet, visto que “houve clara ampliação do cerco da informação, mas onde e quando este cerco gerar a sufocação do indivíduo, aí se passa a ter o abuso dos meios modernos de comunicação e interação”²⁴.

A partir daí, necessário entender a espinha dorsal do direito à proteção de dados pessoais e a responsabilidade civil por sua violação.

²² RODOTÀ, Stefano. **A Vida na Sociedade da Vigilância** – A Privacidade Hoje. Tradução: Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda, Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 125.

²³ MENDES, Laura Schertel; FONSECA, Gabriel Campos Soares da. Proteção de dados para além do consentimento: tendências de materialização. p. 98.

²⁴ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. Internet, Cyberbullying e Lesão a Direitos da Personalidade: O Alcance Atual da Teoria da Reparação Civil por Danos Morais. Homenagem A José De Oliveira Ascensão. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, vol. 3, nº 3, 2014, 1.695-1.715. Disponível em: http://www.cidp.pt/revistas/ridb/2014/03/2014_03_01695_01715.pdf. Acesso em: 5 dez. 2021. p. 1.707.

1.1. Proteção de Dados Pessoais como Direito Fundamental Autônomo

Miguel Reale ensina que a pessoa se torna valor-fonte do ordenamento jurídico, correspondendo ao fim e ao fundamento do nosso sistema²⁵. O Direito deve acompanhar as mutações sociais, como adverte Adilson de Abreu Dallari, sendo certo que, em razão do caráter dinâmico da sociedade humana, o Direito jamais será algo estático, ou seja, é um *processo* e não um *ser*.

Tendo isso em mente, resta justificada a premência de uma proteção aos dados pessoais, especialmente em um cenário em que a versão do indivíduo passou a se desmaterializar para assumir um papel relevante em sua representação *online* e até mesmo para fins de viabilizar as relações e negócios à distância, só possíveis por meio do tratamento de dados.

Em decorrência disso, os dados pessoais acabam se desprendendo da pessoa humana, visto que podem ser tratados longe dela, mas a respeito dela, em bancos de dados alheios. Logo, proteger dados se torna premissa de cidadania na era eletrônica²⁶.

Newton De Lucca e Renata Maciel apontam para uma inadequação do uso da expressão *proteção de dados pessoais*, ainda que consagrada no mundo jurídico, pois “a proteção normativa de que se cuida deve recair, na verdade, sobre a pessoa do titular dos dados e não, evidentemente, sobre estes.”²⁷

²⁵ “(...) de todos os valores jurídicos, funda-se no valor da pessoa humana, valor-fonte de todos os valores” (REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. rev. atual. ajustada ao novo código civil. São Paulo: Saraiva, 4ª tiragem, 2004, p. 377).

²⁶ “(...) Em um cenário de despersonalização, no qual a premissa antropocêntrica do ordenamento é subvertida pela coisificação do ser humano em um conjunto de algoritmos passíveis de transação no mercado, a consolidação de um direito da personalidade à tutela dos dados – voltada aos poderes público e privado – converte-se em pré-condição de cidadania na era eletrônica. O conceito dinâmico de autodeterminação informativa demanda mesmo um estatuto jurídico de dados, afinal, eles definem autonomia, identidade e liberdade da pessoa” (MONTEIRO FILHO, Carlos Edison Rêgo; ROSENVALD, Nelson. Danos causados a dados pessoais: novos contornos. **Migalhas**, 28/08/2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-protecao-de-dados/332618/danos-causados-a-dados-pessoais--novos-contornos>. Acesso em: 29 ago. 2020).

²⁷ DE LUCCA, Newton; e MACIEL, Renata. **A Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018: A Disciplina Normativa que faltava**. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de; MACIEL,

Entretanto, embora a expressão *proteção de dados pessoais*, de fato, traga certa impropriedade, esse termo, inspirado na proteção à privacidade e à pessoa, era o que mais refletia as mudanças sociais decorrentes do advento de tecnologias para o tratamento informatizado da informação, como explica Danilo Doneda²⁸.

Menezes Cordeiro²⁹ bem retrata que a origem da preocupação com proteção de dados pessoais, no contexto europeu, ocorreu no sentido de limitação das intervenções do Estado na vida privada, porém sua evolução foi tornando mais densa a dimensão privada da temática.

Indubitavelmente, o direito à proteção de dados também é um dos reflexos dos direitos à personalidade, instituto em constante desenvolvimento e aperfeiçoamento, dada a complexidade da vida humana³⁰.

Renata (Coords.). *Direito & Internet IV: Sistema de Proteção de Dados Pessoais*. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 21-50. p. 21.

²⁸ “Podemos afirmar, preliminarmente, que a disciplina de proteção de dados pessoais desenvolveu-se a partir da aplicação de determinadas concepções do direito à privacidade e da proteção da pessoa em face do desenvolvimento tecnológico. A própria expressão ‘proteção de dados’ não reflete fielmente o seu âmago, pois é resultado de um processo de desenvolvimento do qual participaram diversos interesses em jogo – não são os dados que são protegidos, porém a pessoa a qual tais dados se referem. O desenvolvimento da disciplina, porém, compreendeu uma intrincada dialética entre os interesses em jogo, da qual é reflexo esta expressão. A bem dizer, a utilização de uma outra expressão, que eventualmente revelasse mais diretamente a conexão da matéria com a proteção da privacidade, não seria também uma solução ideal: uma menção direta à proteção da privacidade nos dados pessoais correria o risco de ser pouco representativa das modificações sofridas pelo conceito de privacidade após o advento de tecnologias para o tratamento informatizado da informação. Assim, a idéia de proteção de dados, com o respaldo de sua aceitação no discurso público, acaba por ser a que melhor representa a matéria.” (DONEDA, Danilo. Um código para a proteção de dados pessoais na Itália. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, ano 4, nº 16, out./dez 2003. Disponível em: <https://egov.ufsc.br/port al/site s/default/files/anexos/29727-29743-1-PB.pdf>. Acesso em: 1 dez. 2019).

²⁹ “O Direito da proteção de dados nasceu dentro das fronteiras do Direito Público. A dimensão publicista originária do Direito da proteção de dados manifesta-se, por exemplo, no conteúdo dos diplomas pioneiros aprovados pelos Estados alemães na década de 70 do século passado. Aos primeiros legisladores germânicos interessava, em primeiro lugar, limitar a intervenção das entidades governativas na recolha e na utilização de dados pessoais. Cedo o Direito da proteção de dados rompeu com esta concepção limitadora da sua função social, assumindo-se hoje como um Direito eclético de base privatística. A dimensão personalista do Direito da proteção de dados, presente na D 95/46/CE, de 24 de outubro de 1995, surge fortalecida no RGPD: o novo Regulamento europeu reconhece aos titulares de dados pessoais um conjunto novo e reforçado de direitos subjetivos; o consentimento mantém o seu papel enquanto causa principal de tratamento de dados pessoais; é mesmo a única causa de tratamento expressamente reconhecida no artigo 8º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Em suma, o RGPD contribuiu, apesar das críticas crescentes de que tem sido alvo, para um aprofundamento do direito à identidade informacional.” (CORDEIRO, A. Barreto Menezes. **Da Responsabilidade Civil pelo Tratamento de Dados Pessoais**. Disponível em: <https://blook.pt/publications/publication/2ae6399f13bb/>. Acesso em: 6 set. 2020. p. 01).

Ocorre que, em um mundo cada vez mais conectado e com tratamento intensivo de dados, o *direito fundamental de privacidade* foi se transformando até o surgimento do *direito à proteção dos dados pessoais*, haja vista que “longe de representar ‘informações sem dono’ livremente coletáveis na internet, esse conjunto de dados exprime uma abrangente projeção da personalidade humana, exigindo firme proteção da ordem jurídica.”³¹

O *direito à proteção de dados pessoais* foi, então, se consolidando, inicialmente, como reflexo das garantias constitucionais à privacidade, à intimidade e ao sigilo das comunicações e, mais recentemente, como *direito e garantia fundamental autônoma*.

Quanto à autonomia do *direito à proteção de dados pessoais* em relação à *privacidade*, Bruno Bioni explica que essa consistiria em uma “*liberdade negativa* de o indivíduo não sofrer interferência alheia”³², ao passo que aquela consistiria em “uma proteção *dinâmica* e em uma *liberdade positiva* do controle sobre as informações pessoais”³³, de forma que haveria uma “mudança qualitativa representada pela transposição do eixo antes focado no trinômio ‘pessoa-informação-sigilo’ ao eixo agora composto por quatro elementos – ‘pessoa-informação-circulação-controle’.”³⁴

³⁰ "O que está em causa nos direitos da personalidade não é apenas a tutela de um aspecto particular da pessoa humana, mas sim a tutela da pessoa humana globalmente considerada, podendo abranger novas zonas de relevância. Trata-se da pessoa não apenas perspectivada estaticamente, como ser humano, mas também em devir, em desenvolvimento" (PINTO, Paulo Mota. Direitos da personalidade e direitos fundamentais. Coimbra: Gestlegal, 2018, p. 334. In: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison Rêgo; ROSENVALD, Nelson. Danos causados a dados pessoais: novos contornos. **Migalhas**, 28/08/2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-protecao-de-dados/332618/danos-causados-a-dados-pessoais--novos-contornos> Acesso em: 29 dez. 2021).

³¹ SCHREIBER, Anderson. Direito ao Esquecimento e Proteção de Dados Pessoais na Lei nº 13.709/2018: distinções e potenciais convergências. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; e OLIVA, Milena Donato (Coord.). Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no direito brasileiro. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 367-384. p. 368.

³² BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de Dados Pessoais - A Função e os Limites do Consentimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 96.

³³ BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de Dados Pessoais - A Função e os Limites do Consentimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 97.

³⁴ BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de Dados Pessoais - A Função e os Limites do Consentimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 97.

Em verdade, a proteção de dados passa a compreender um *direito à identidade informacional*³⁵. Com base nisso, a proteção de dados passaria a contemplar tutela jurídica própria e autônoma³⁶, como por meio de direitos específicos de confirmação da existência do tratamento, acesso aos dados, correção, anonimização, portabilidade, eliminação, informação, revisão de decisões automatizadas, oposição ao tratamento realizado sem consentimento e proibição de tratamento para fins discriminatórios ilícitos e abusivos.

Corroborando para essa evolução da proteção jurídica aos dados pessoais, em 20.10.21, o Senado Federal aprovou a Proposta de Emenda Constitucional nº 17/2019, cujo objetivo era incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos fundamentais do cidadão e fixar a competência privativa da União para legislar sobre a matéria. Aprovada de forma unânime, a PEC recebeu 64 votos no primeiro turno e 76 no segundo³⁷. Em 10.02.2022, foi promulgada a Emenda Constitucional n.º 115, pela qual foi acrescentado o inciso LXXIX, ao artigo 5º, para estatuir que “é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais”, assim como o inciso XXVI, ao artigo 21, e o inciso XXX, ao artigo 22, todos da Constituição Federal, para atribuir, respectivamente, que compete à União “organizar e fiscalizar a proteção e o tratamento de dados pessoais, nos termos da lei” e, ainda, a competência privativa para legislar sobre “proteção e tratamento de dados pessoais”.

Todavia, sem sombras de dúvidas, o ápice da proteção jurídica ao tratamento de dados pessoais foi atingido com a sanção da Lei nº 13.709/2018, nominada como Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) que será tratada no tópico seguinte.

³⁵ CORDEIRO, A. Barreto Menezes. Da Responsabilidade Civil pelo Tratamento de Dados Pessoais. **Block Beta**. Disponível em: <https://blook.pt/publications/publication/2ae6399f13bb/>. Acesso em: 6 set. 020. p. 02.

³⁶ “A sociedade da informação imprime uma nova dinâmica e novos desafios para a proteção humana, a começar pela monetização de seus dados pessoais. Tais dados, além de consolidar uma nova forma de prolongamento da pessoa, passam a interferir em sua própria esfera relacional, reclamando, por isso, uma normatização específica que justifica dogmaticamente a autonomia do direito à proteção dos dados pessoais e os desdobramentos da sua tutela jurídica (e.g. direito de acesso e retificação dos dados e oposição a decisões automatizadas, em especial de práticas discriminatórias).” (BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de Dados Pessoais - A Função e os Limites do Consentimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 101).

³⁷ Senado Federal aprova Proposta de Emenda à Constituição 17 (PEC 17/2019) que inclui a proteção de dados pessoais no rol de direitos e garantias fundamentais. Disponível em: <https://www.gov.br/anpd/pt-br/assuntos/noticias/senado-federal-aprova-proposta-de-emenda-a-constituicao-17-pec-17-2019-que-inclui-a-protecao-de-dados-pessoais-no-rol-de-direitos-e-garantias-fundamentais>. Acesso em: 5 dez. 2021.

1.2. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 – A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)

A sanção da Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, foi impulsionada pela entrada em vigor do Regulamento Europeu de Proteção de Dados (RGPD) ou, na língua inglesa, *General Data Protection Regulation* (GDPR), em 25 de maio de 2018, o qual, dentre outros pontos, exigia nível equivalente de proteção de dados a países para os quais é feita a transferência internacional de dados de titulares residentes na Europa, assim como sujeitava aqueles que ofertavam bens ou serviços a titulares de dados na Europa à observância do referido regulamento europeu.

Newton De Lucca e Cíntia Rosa Pereira de Lima demonstram que essa pauta da proteção de dados é fundamental não só para a proteção dos indivíduos, mas também para inserir o Brasil no *capitalismo informacional*, afinal, a Lei Geral de Proteção de Dados permite que o país possa ser reconhecido como detentor de um nível adequado de proteção de dados³⁸.

A lei brasileira, embora tenha suas particularidades e por vezes não tenha o mesmo nível de detalhamento, tem forte inspiração no referido regulamento europeu.

Contudo, a votação nas casas legislativas acabou sendo acelerada diante do escândalo envolvendo a *Cambridge Analytica* e o *Facebook*³⁹, o qual evidenciava que o tratamento

³⁸ “(...) ‘Regular’ é conciliar os interesses econômicos, públicos e sociais. Neste sentido, uma legislação sobre proteção de dados não busca frear o desenvolvimento econômico. Ao contrário, assim como outras leis setoriais, denominadas microssistemas jurídicos, a LGPD presente consolidar um sistema de proteção de dados para viabilizar a inserção do Brasil no capitalismo informacional, considerados os bancos de dados em escala global e a circulação transfronteiriça dessas informações de um modo revolucionário (global e interconectado) de estruturação do mercado e circulação dos produtos e serviços. Portanto, para que o Brasil possa se inserir no capitalismo informacional, recebendo informações sobre cidadãos residentes em países com um consistente sistema de proteção de dados, uma lei geral sobre a matéria é fundamental. Outrossim, a LGPD não pode ser vista como um retrocesso ou um óbice ao desenvolvimento econômico, mas, sim, um investimento para que o País possa obter reconhecimento do nível adequado de proteção de dados.” (DE LUCCA, Newton; e LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) e Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788584935796/>. p. 392. Acesso em: 21 set. 2020).

³⁹ “Entenda o escândalo de uso político de dados que derrubou valor do Facebook e o colocou na mira de autoridades”. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/entenda-o-escandalo-de-uso-politico-de-dados-que-derrubou-valor-do-facebook-e-o-colocou-na-mira-de-autoridades.ghtml> - Acesso em: 20 nov. 2019.

indevido de dados, com desvio de finalidade, poderia ter impactado nos resultados da eleição americana para a presidência da república, em 2016. No ano de 2018, ocorreria as eleições no Brasil para os cargos de presidente da República, deputados federais, senadores e governadores.

Embora a matéria de proteção de dados já encontrasse certo respaldo no ordenamento jurídico, sem sombras de dúvida a promulgação de lei especial sobre o tema é algo a ser festejado⁴⁰.

A Lei nº 13.709/2018, que trata sobre a proteção de dados pessoais, foi nominada como “LGPD”, ou seja, “Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais”, justamente por tratar da matéria de forma geral e não segmentada (no âmbito das relações consumeristas, empregatícias, nos meios digitais, perante o Poder Público etc.) para todas as *operações envolvendo tratamento de dados pessoais no Brasil* ou de *oferta de bens ou serviços a indivíduos localizados no país*, no ambiente *online* ou *offline*, por pessoa natural ou pessoa jurídica, de direito público ou privado, com exceção daquelas operações feitas por pessoas naturais para fins particulares e não econômicos, para fins jornalísticos, artísticos, acadêmicos, segurança pública, defesa nacional, segurança de Estado ou atividade de investigação e repressão de infrações penais⁴¹.

⁴⁰ Oportunas as palavras de Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer: “A promulgação da lei geral de proteção de dados encontra um cenário de grande complexidade e aumento exponencial da importância dos dados pessoais, cuja utilização comercial não é mais um ato esporádico, tendo se transformado em uma verdadeira indústria. (...)”

Não se nega a existência de aspectos positivos derivados do uso intensivo de dados. Novos serviços são ofertados e muitas vezes sem custo financeiro para os consumidores. Porém, há um preço nada desprezível a ser pago: a exposição da intimidade dos consumidores, submetidos à publicidade dirigida, em que os usuários recebem e-mails, ligações telefônicas e mensagens não solicitadas. E há o enorme risco dos dados fornecidos para acessar o serviço serem utilizados por fraudadores. Assim deve ser festejada a edição da nova lei, que finalmente coloca o Brasil no rol dos países que possuem uma norma geral de proteção de dados pessoais. (...)” (A Saga da Autoridade Nacional de Proteção de Dados: Do Veto à Lei nº 13.853/2019. *In*: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de; MACIEL, Renata (Coords.). **Direito & Internet IV: Sistema de Proteção de Dados Pessoais**. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 449).

⁴¹ O tratamento de dados pessoais realizado para fins exclusivos de segurança pública, defesa nacional, segurança de Estado ou atividade de investigação e repressão de infrações penais será regido por legislação específica, que deverá prever medidas proporcionais e estritamente necessárias ao atendimento do interesse público, observados o devido processo legal, os princípios gerais de proteção e os direitos do titular previstos na LGPD. Sobre o tema, válido consultar o Anteprojeto de Lei de Proteção de Dados para Segurança Pública e Persecução Penal, Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/grupos-de-trabalho/56a-legislatura/comissao-de-juristas-dados-pessoais-seguranca-publica/documentos/outros->

Consoante artigo 5º, inciso X, da LGPD, *tratamento* é conceituado como 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.

Ainda, a LGPD trouxe um verdadeiro empoderamento do *titular*, quem seja, a pessoa natural a quem se referem os *dados pessoais*, esses entendidos como informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável, o que abrange o nome, endereço, qualificação pessoal, características, fotografias, geolocalização, registros eletrônicos, perfis, avaliações e quaisquer outras informações que possam estar relacionadas a um indivíduo.

A LGPD previu uma espécie qualificada de dados pessoais, a saber, os *dados pessoais sensíveis*, os quais se referem a 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.

Há na lei outras figuras importantes como o *controlador*, pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais; o *operador*, pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador; os quais, em conjunto, foram nominados de *agentes de tratamento*.

O *encarregado*, também conhecido como *Data Protection Officer* (DPO), não é agente de tratamento para fins da LGPD, porém tem uma função de extrema relevância, visto que será a pessoa indicada pelo controlador e operador para atuar como canal de comunicação entre o controlador, os titulares dos dados e a Autoridade Nacional de Proteção de Dados.

A *Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD)* é órgão da administração pública responsável por zelar, implementar e fiscalizar o cumprimento da LGPD em todo o território nacional.

A LGPD trouxe no artigo 7º as hipóteses autorizadoras do tratamento de *dados pessoais*, quais sejam: (i) mediante o fornecimento de *consentimento* pelo titular; (ii) para o *cumprimento de obrigação legal ou regulatória* pelo controlador; (iii) pela administração pública, para o tratamento e uso compartilhado de dados necessários à *execução de políticas públicas* previstas em leis e regulamentos ou respaldadas em contratos, convênios ou instrumentos congêneres; (iv) para a realização de *estudos por órgão de pesquisa*, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais; (v) quando necessário para a *execução de contrato ou de procedimentos preliminares* relacionados a contrato do qual seja parte o titular, a pedido do titular dos dados; (vi) para o *exercício regular de direitos* em processo judicial, administrativo ou arbitral; (vii) para a *proteção da vida ou da incolumidade física* do titular ou de terceiro; (viii) para a *tutela da saúde*, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária; (ix) quando necessário para atender aos *interesses legítimos* do controlador ou de terceiro, exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais; ou (x) para a *proteção do crédito*, inclusive quanto ao disposto na legislação pertinente.

No artigo 11, da LGPD, foram trazidas hipóteses autorizadoras semelhantes para o tratamento de *dados pessoais sensíveis*, assim como para qualquer tratamento de *dados pessoais que revele dados pessoais sensíveis* e que possa *causar dano ao titular*, com exceção das bases de *interesses legítimos* e *proteção do crédito* não previstas para essa categoria de dados. Porém, referido dispositivo trouxe mais destaque à figura do *consentimento*, de forma que, sem o consentimento do titular, só será admissível o tratamento de dados pessoais sensíveis que for *indispensável* para (a) o *cumprimento de obrigação legal ou regulatória* pelo controlador; (b) tratamento compartilhado de dados necessários à *execução, pela administração pública, de políticas públicas previstas em leis ou regulamentos*; (c) realização de *estudos por órgão de pesquisa*, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais sensíveis; (d) *exercício regular de direitos, inclusive em contrato* e em processo

judicial, administrativo e arbitral; (e) *proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro*; (f) *tutela da saúde*, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária; ou (g) *garantia da prevenção à fraude e à segurança do titular, nos processos de identificação e autenticação de cadastro em sistemas eletrônicos*, resguardados os direitos mencionados no art. 9º da LGPD e exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais.

A LGPD traz uma proteção específica às *crianças e adolescentes*, estabelecendo no artigo 14 que o tratamento de seus dados pessoais deverá ser realizado em seu *melhor interesse*, além de prever que para tratamento de dados pessoais de *criança*, é necessário *consentimento específico* e em destaque dado por pelo menos um dos pais ou pelo responsável legal, salvo quando a coleta for necessária para contatar os pais ou o responsável legal, utilizados uma única vez e sem armazenamento, ou para proteção das crianças.

Quando o tratamento for baseado no *consentimento*, é necessário que haja *manifestação livre, informada e inequívoca* pela qual o *titular* concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada. O ônus da prova do consentimento pertence ao controlador.

A LGPD estabelece *princípios* para o tratamento de dados pessoais, merecendo destaque a necessidade de existir uma *finalidade* específica com *adequação* ao que foi informado ao titular, com limitação do tratamento aos dados estritamente *necessários* à operação, além de procedimentos que concedam *transparência, segurança, prevenção e livre acesso* aos dados pelo *titular*, ao qual é garantida a *não discriminação* ilícita e abusiva, além da *responsabilidade e prestação de contas* pelos agentes de tratamento, tudo sob a égide da *boa-fé* expressamente mencionada em passagens da nova lei.

O direito à informação, há muito garantido pelo Código de Defesa do Consumidor, vem fortalecido na LGPD, conforme se infere do artigo 9º⁴².

⁴² Art. 9º. O titular tem direito ao acesso facilitado às informações sobre o tratamento de seus dados, que deverão ser disponibilizadas de forma clara, adequada e ostensiva acerca de, entre outras características previstas em

Igualmente, toda pessoa natural tem assegurada a titularidade de seus dados pessoais e garantidos os direitos fundamentais de liberdade, de intimidade e de privacidade (artigo 17, LGPD). Ainda, no artigo 18, da LGPD, são assegurados ao *titular* os direitos de *confirmação* da existência do tratamento, *acesso* aos dados, *correção* de dados incorretos, *anonimização*, *bloqueio* ou *eliminação* de dados desnecessários, excessivos ou tratados em desconformidade com o disposto na LGPD, *portabilidade* de dados, *eliminação* de dados tratados com consentimento do titular quando almejado por esse, respeitadas as exceções legais previstas no artigo 16⁴³, *informação* sobre o compartilhamento de dados e a possibilidade de não conceder consentimento ou realizar a sua revogação.

Somem-se a esses os *direitos de oposição* à realização de tratamento de dados fundamentado em outras bases legais que dispensam o consentimento, em caso de descumprimento ao disposto na LGPD (§2º, do artigo 18, LGPD) e de *revisão de decisões automatizadas* que afetem seus interesses, incluídas as decisões destinadas a definir o seu perfil pessoal, profissional, de consumo e de crédito ou os aspectos de sua personalidade (artigo 20, LGPD).

A LGPD traz regras específicas para o tratamento de dados pessoais pelo Poder Público (Capítulo IV – artigo 23 e seguintes), a Responsabilidade e o Ressarcimento de Danos (Seção III – artigo 42 e seguintes), diretrizes voltadas à segurança e boas práticas (Capítulo

regulamentação para o atendimento do princípio do livre acesso: I - finalidade específica do tratamento; II - forma e duração do tratamento, observados os segredos comercial e industrial; III - identificação do controlador; IV - informações de contato do controlador; V - informações acerca do uso compartilhado de dados pelo controlador e a finalidade; VI - responsabilidades dos agentes que realizarão o tratamento; e VII - direitos do titular, com menção explícita aos direitos contidos no art. 18 desta Lei. §1º Na hipótese em que o consentimento é requerido, esse será considerado nulo caso as informações fornecidas ao titular tenham conteúdo enganoso ou abusivo ou não tenham sido apresentadas previamente com transparência, de forma clara e inequívoca. §2º Na hipótese em que o consentimento é requerido, se houver mudanças da finalidade para o tratamento de dados pessoais não compatíveis com o consentimento original, o controlador deverá informar previamente o titular sobre as mudanças de finalidade, podendo o titular revogar o consentimento, caso discorde das alterações. §3º Quando o tratamento de dados pessoais for condição para o fornecimento de produto ou de serviço ou para o exercício de direito, o titular será informado com destaque sobre esse fato e sobre os meios pelos quais poderá exercer os direitos do titular elencados no art. 18 desta Lei.

⁴³ Art. 16. Os dados pessoais serão eliminados após o término de seu tratamento, no âmbito e nos limites técnicos das atividades, autorizada a conservação para as seguintes finalidades: I - cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador; II - estudo por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais; III - transferência a terceiro, desde que respeitados os requisitos de tratamento de dados dispostos nesta Lei; ou IV - uso exclusivo do controlador, vedado seu acesso por terceiro, e desde que anonimizados os dados.

VII – artigo 46 e seguintes), assim como a fiscalização (Capítulo VIII – artigo 52 e seguintes) e a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) e o Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade (Capítulo IX – artigo 55 e seguintes).

A vigência da LGPD também foi conturbada frente às várias mudanças do texto legal⁴⁴, tendo sido estatuído no artigo 65 que a lei entrou em vigor, em 28 de dezembro de 2018, quanto aos artigos 55-A a 55L, 58-A e 58-B (relacionados à Autoridade Nacional de Proteção de Dados e ao Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade); em 18 de setembro de 2020⁴⁵, quanto aos demais artigos da Lei, com exceção dos dispositivos que tratam da aplicação de sanções administrativas e demais disposições constantes nos artigos 52 a 54, o que ocorreu em 1º de agosto de 2021.

Com a LGPD, denota-se que o Brasil ganhou um estatuto completo sobre a proteção de dados pessoais, o que representa, certamente, uma vitória para a pessoas, além de conferir segurança jurídica em relação à matéria e vantagem competitiva ao país, que foi um dos últimos a ter uma legislação específica sobre o tema, exigência que é feita por diversos países, para fins de ser autorizada a transferência internacional.

1.3. Breves Considerações sobre a Responsabilidade Civil no Brasil

A responsabilidade civil passou por grande evolução, ou melhor, revolução⁴⁶, no Direito. Do entendimento de que a “culpa não era dos Deuses”⁴⁷, até a proibição da *autotutela*,

⁴⁴ O artigo que prorrogava a vigência da LGPD, para 3 de maio de 2021, foi retirado do Projeto de Lei de Conversão nº 34/2020 (MP 959/20). Com a sanção presidencial do referido projeto e ulterior publicação da Lei nº 14.058/20, em 17.09.2020, passou a valer a partir de 18/09/2020, as disposições da Lei Geral de Proteção de Dados, com exceção das penalidades administrativas que foram prorrogadas para 1 de agosto de 2021.

⁴⁵ AUTORIDADE NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS – Perguntas frequentes. Quando a LGPD entrou em vigor? Disponível em: <https://www.gov.br/anpd/pt-br/aceso-a-informacao/perguntas-frequentes-2013-anpd#a3>. Acesso em: 29 dez. 2021.

⁴⁶ Cavalieri bem explica a revolução na responsabilidade civil: “Mas, como é do conhecimento geral, a responsabilidade civil passou por uma grande evolução ao longo do século XX. Foi, sem dúvida, a área da ciência do direito que sofreu as maiores mudanças, maiores até que no direito de família. Talvez a palavra evolução não seja a mais adequada para explicar o que ocorreu. Louis Josserand, em conferência proferida na Universidade de Coimbra em 1936, já anotou que o termo pertinente seria revolução, “tão rápido, tão fulminante

ou seja, do “olho por olho, dente por dente”, para uma posterior vinculação da culpa em face do dano e, mais, recentemente, da criação de uma concepção de responsabilidade não apenas decorrente da culpa, mas também do risco, não só causadora de danos individuais, mas também de danos coletivos, permitindo tanto a reparação de danos patrimoniais, quanto daqueles de natureza extrapatrimonial, inclusive de forma cumulada e, até mesmo, em favor da pessoa jurídica, a quem são aplicáveis, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade⁴⁸.

Hoje, não há dúvidas de que a responsabilidade civil não se trata apenas de um meio de “solução de conflitos entre particulares, sem importância ou reflexo na sociedade, ou até para o Estado”⁴⁹. Isso porque, o cerne do instituto, em última análise, é a preservação da própria pessoa humana, ou seja, a “responsabilidade civil desloca seu foco do agente causador para a vítima do dano injusto, alterando-se os critérios da reparação.”⁵⁰

Denota-se, ainda, um movimento de constitucionalização desse tema, sempre com vistas à proteção dos princípios, direitos e garantias fundamentais, além da máxima reparação da vítima.

Nesse sentido, Eneas de Oliveira Matos adverte que a *constitucionalização dos direitos da personalidade* fez cair por terra as divisões entre *direitos fundamentais* e de *personalidade*, “haja vista que, em verdade, estamos tratando dos mesmos direitos – o ideal é a proteção da

foi o movimento que levou a teoria da responsabilidade civil a novos destinos”. Nessa matéria, afirmou o grande mestre de Lion, ‘a verdade de ontem não é mais a de hoje, que deverá, por sua vez, ceder o lugar à de amanhã’ (CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 15. ed. Barueri: Atlas, 2021. p. 27. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559770823/>. Acesso em: 29 dez. 2021).

⁴⁷ Marco Fabio Morsello explica que desde os primórdios do *Homo sapiens*, prosseguindo-se na Antiguidade, os acontecimentos tinham aspecto fatalista, místico e religioso, de forma que o acaso era decorrente da “vontade incontornável dos Deuses”. Assim, foi o ‘desafio aos deuses’, expressão do livro de Peter L. Bernstein, pondo o “futuro a serviço do presente, compreendendo o risco, medindo-o e transformando-o em um dos principais catalizadores que impelem a sociedade moderna”. (MORSELLO, Marco Fabio. **Contrato de Transporte: novos paradigmas do caso fortuito e força maior**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 28 e 85).

⁴⁸ Código Civil, “Artigo 52: Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade.”

⁴⁹ MATOS, Eneas de Oliveira. **Dano moral e dano estético**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 2.

⁵⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. p. 14.

pessoa humana, e a sua clássica diferenciação não subsiste mais.”⁵¹ Consequentemente, existiria apenas uma *cláusula geral da proteção da dignidade da pessoa humana*⁵².

Antonio Junqueira Azevedo ensina que a Constituição absorveu a ideia de personalismo ético com grande força, razão pela qual tem sido frequente afirmação de que a dignidade da pessoa humana constitui a determinação por excelência de todo texto constitucional.⁵³

Aliás, a própria passagem de regimes ditatoriais aumentou a percepção quanto à necessidade de proteção da pessoa humana e de seus interesses. Afinal, quem cria um risco deve responder por suas consequências.

É uma questão de sobrevivência da própria espécie, de se evitar a incivilização, notadamente nesta *quarta era de direitos*⁵⁴, marcada por grandes avanços tecnológicos e desenvolvimento de atividades, cujos riscos ainda são desconhecidos.

Ao lado das grandes vantagens trazidas pelo progresso e avanços tecnológicos também se observa uma maior carga de riscos de danos à pessoa⁵⁵, o que reforça a necessária atenção para a criação de novos institutos para buscar a suficiência da reparação civil⁵⁶.

⁵¹ MATOS, Eneas de Oliveira. **Dano moral e dano estético**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 43.

⁵² *Ibidem*, p. 44.

⁵³ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Crítica ao personalismo ético da Constituição da República e do Código Civil. Em favor de uma ética biocêntrica. p. 116.

⁵⁴ “‘Quarta era dos direitos’ é a expressão da lavra de Norberto Bobbio, caracterizada pelos avanços tecnológicos no âmbito da Genética e da Medicina, bem como das Telecomunicações, com grande impacto no âmbito jurídico. A quarta era de direitos pode também ser denominada a era da revolução tecnológica, na qual as perplexidades são muitas, propiciando reflexões, de alta indagação.” (CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. **A pessoa natural na quarta era dos direitos: o nascituro e o embrião pré-implantatório**. Revista Brasileira de Direito Comparado. Rio de Janeiro. n. 32. p.79-129. 2007. p. 79)

⁵⁵ “(...) os bônus dos avanços tecnológicos representam o ônus de uma maior chance de incidentes e de maior gravidade e alcance das lesões.” (SOARES, Flaviana Rampazzo. Responsabilidade civil por dano existencial. p. 23).

⁵⁶ “(...) tanto crescerá a necessidade de se garantir o ser humano dentro desse turbilhão evolutivo, que a ideia de responsabilidade civil se tornará insuficiente, e será substituída por novos conceitos, que atingirão a sua própria subsistência. A evolução do ‘seguro de responsabilidade civil’ reflete bem essa tendência.” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade Civil/Atualizador Gustavo Tepedino. 12. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de

Vigente no ordenamento jurídico o *princípio da atipicidade da responsabilidade civil* decorrente de “cláusula geral instituidora de uma responsabilidade subjetiva”⁵⁷ constante no conceito de *ato ilícito* previsto no artigo 186, do Código Civil, o qual assegura a “necessária longevidade”⁵⁸ do diploma legal, o que difere da responsabilidade no âmbito do Direito Penal que adota o *princípio da tipicidade e anterioridade da lei*⁵⁹.

Para aliar segurança e flexibilidade, também há em nosso sistema as *cláusulas gerais, princípios e conceitos indeterminados*⁶⁰, como o artigo 7º do CDC (norma de extensão da tutela assegurada ao consumidor), assim como artigos 187 (cláusula geral da ilicitude no modo de exercício jurídico); 422 (cláusula geral da boa-fé contratual); 927 (cláusula geral da responsabilidade civil); dentre outras⁶¹.

A doutrina aponta que o dever de indenizar decorre da máxima “*honestae vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*, ou seja, viver honestamente, não lesar a outrem e dar a cada um o que é seu”⁶². Nesse sentido, a dimensão de responsabilidade advém dos princípios do *neminem laedere* (não lesar a ninguém) e do *alterum non laedere* (não lesar outrem)⁶³.

Janeiro: Forense, 2018. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530980320/>>. Acesso em: 12 dez. 2021. p. 14).

⁵⁷ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**: doutrina e jurisprudência. 7. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 113.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 114.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 113.

⁶⁰ MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado**: critérios para sua aplicação. 2.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553601622/>. Acesso em: 29 dez. 2021. p. 141.

⁶¹ *Ibidem*. Acesso em: 29 dez. 2021. p. 141-142.

⁶² STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**: doutrina e jurisprudência. p. 114.

⁶³ *Ibidem*, p. 114.

Guido Alpa aponta que a responsabilidade civil é dotada das seguintes funções: a afirmação do poder estatal; a sanção, a prevenção e o ressarcimento⁶⁴.

Assim, o instituto da responsabilidade civil funciona como um importante catalizador do *princípio da prevenção e da precaução*, ou seja, o dever de evitar o *dano injusto* e, caso ocorra, que se adote as medidas para evitar o seu agravamento (*duty to mitigate the loss*)⁶⁵.

O instituto da responsabilidade civil está em constante evolução, passando de sua forma clássica pautada na culpa para a teoria do risco, pela qual seria suficiente a existência do *nexo causal* entre o dano sofrido e o agente, dispensando-se a culpa.

Nesse sentido, a partir da percepção que a responsabilidade civil baseada na comprovação da culpa não era mais suficiente para os ideários de justiça, emergiu a *objetivação da responsabilidade*, ou seja, o dever de reparar independentemente da comprovação da culpa, evolução essa que ocorreu de forma gradativa, como resume Cavalieri, por leis especiais (Lei das Estradas de Ferro, Acidente do Trabalho, Seguro Obrigatório, Dano ao Meio Ambiente etc.), tendo sua revolução na Constituição Federal⁶⁶ que pacificou a possibilidade de indenização por danos morais (artigo 5º, incisos V e X), estatuiu a responsabilidade objetiva do Estado e de todos os que prestam serviços públicos como luz, gás, telefonia, transportes etc. (§6º, do artigo 37), disciplinou a responsabilidade por ato judicial (artigo 5º, inciso LXXV), por dano nuclear (artigo 21, inciso XXIII, letra c) e danos ao meio ambiente (artigo 225, § 3º). Cavaliere aponta, ainda, que o golpe final à responsabilidade subjetiva ocorreu com o Código de Defesa do Consumidor, em 1990, pelo qual transferiu-se

⁶⁴ ALPA, Guido. **Instituzioni di Diritto Privato**. 2 ed. Turim: UTET, 1997, p. 1.096.

⁶⁵ “Evitar e mitigar um dano se converte em questão central e maior desafio para a responsabilidade civil do século XXI. A prevenção como antonomásia da responsabilidade civil contemporânea. Em vez de agir reativamente ao dano consumado (direito remediador) – pela via da indenização ou da compensação –, devemos conservar e proteger bens existenciais e patrimoniais (direito proativo). Toda pessoa ostenta um dever *ex ante* de evitar causar um dano injusto, agindo conforme a boa-fé e adotando comportamentos prudentes para impedir que o dano se produza ou que se reduza a sua magnitude. Ademais, caso o dano já tenha sido produzido, que se evite o seu agravamento (*duty to mitigate the own loss*).” (BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 53-54).

⁶⁶ Isso porque, basicamente, a responsabilidade civil estava disciplinada em um artigo, o artigo 159 do Código Civil de 1916 e com as mudanças trazidas passou a ter grandes áreas de incidência disciplinadas pela própria Constituição.

os riscos do consumo para o fornecedor, com a adoção do sistema da responsabilidade objetiva para todos os casos de acidente de consumo, quer decorrentes do *fato do produto* (artigo 12), quer do fato do *serviço* (artigo 14).⁶⁷

Assim, em se tratando de responsabilidade objetiva, o causador do dano só se eximirá da obrigação reparatória se comprovar a ocorrência de *causas excludentes de responsabilidade*, seja por romperem o *nexo causal* ou por retirarem a *ilicitude* da conduta.

O objeto central do Direito é a pessoa humana, ou seja, a preservação da espécie e a constante busca do bem comum, razão pela qual a responsabilidade civil precisa estar em constante evolução para acompanhar os desdobramentos da vida em sociedade e a criatividade humana em termos de desenvolvimento econômico e tecnológico.

A tendência que predomina nos tempos atuais é a *mutualização* ou *socialização dos riscos*⁶⁸.

Importante distinguir *obrigação de responsabilidade*, visto que aquela é um “dever jurídico originário” e essa “dever jurídico sucessivo”⁶⁹.

Nesse sentido, o legislador cuidou de estabelecer dois regimes jurídicos voltados à responsabilidade civil, quais sejam, (i) o proveniente do *inadimplemento das obrigações*, constante nos artigos 389 e 420 do Código Civil, ou seja, uma *responsabilidade decorrente do negócio jurídico* (também conhecida por *responsabilidade contratual*), pela qual o agente responderá por perdas e danos, juros, atualização monetária, arras ou sinal; e (ii) o que decorre da violação do *neminem laedere* estatuído por um dever jurídico previsto em lei, atraindo a

⁶⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 15. ed. Barueri: Atlas, 2021. p. 30.

⁶⁸ “O que predomina é a inclinação para a socialização dos riscos, e com ela a da responsabilidade civil. No seu entusiasmo e otimista, o Prof. Wilson Melo da Silva sustenta que ‘a socialização dos riscos, pois, oferece perspectivas promissoras. Não leva ao cerceamento da livre atividade e da iniciativa de ninguém, criando para a vítima possibilidade de uma indenização sempre garantida’.” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. Atualizador Gustavo Tepedino. 12. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530980320/>>. Acesso em: 12 dez. 2021 p. 14.)

⁶⁹ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**: doutrina e jurisprudência. 7. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 115.

natureza da *responsabilidade extracontratual*, nos termos do artigo 927, do Código Civil, que estatui o dever de reparação pelo ato ilícito, assim como do artigo 954, do mesmo diploma, por ofensa à liberdade pessoal.

A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, no artigo 42, tornou expresso o dever de indenizar por danos decorrentes do tratamento de dados. Contudo, o artigo 43, da LGPD, contemplou as *excludentes de responsabilidade civil*, razão pela qual tais hipóteses serão analisadas por meio de um estudo sistêmico das disposições constantes do *macrossistema* do Código Civil e dos *microssistemas* do Código de Defesa do Consumidor e do Marco Civil da Internet, principalmente, para demonstrar que o rol de excludentes previsto na LGPD não é taxativo.

Feitas essas considerações e para melhor entendimento do regime das *excludentes de responsabilidade civil*, serão abordados adiante os pressupostos da responsabilidade civil.

1.4. Pressupostos da Responsabilidade Civil

José de Aguiar Dias ensina que o “interesse em restabelecer o equilíbrio econômico-jurídico alterado pelo dano é a causa geradora da responsabilidade civil.”⁷⁰ Nesse sentido, a função específica da responsabilidade civil é “reequilibrar o patrimônio da vítima, transferindo os danos ao agente”⁷¹.

É impossível constar nos tipos legais todas as situações capazes de causar danos, notadamente frente ao crescente avanço tecnológico, o que demonstra a relevância do *princípio da atipicidade do ilícito civil* e o *princípio do ressarcimento de todo dano qualificado como injusto*.

⁷⁰ DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 11. ed. Revista, atualizada de acordo com o Código Civil de 2002, e aumentada por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 55.

⁷¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; e ROSENVALD, Nelson. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 185.

Como visto no item anterior, embora a responsabilidade civil em sentido estrito seja a responsabilidade extracontratual⁷², o legislador cuidou de estabelecer dois regimes jurídicos voltados à responsabilidade civil, quais sejam, (i) o proveniente do inadimplemento das obrigações, constante nos artigos 389 e 420 do Código Civil, ou seja, uma *responsabilidade decorrente do negócio jurídico* (também conhecida por *responsabilidade contratual*), pela qual o agente responderá por perdas e danos, juros, atualização monetária, arras ou sinal; e (ii) o que decorre da violação do *neminem laedere* estatuído por um dever jurídico previsto em lei, atraindo a natureza da *responsabilidade extracontratual*, nos termos do artigo 927, do Código Civil, que estatui o dever de reparação pelo ato ilícito, assim como do artigo 954, do mesmo diploma, por ofensa à liberdade pessoal.

Contudo, a doutrina não é unânime quanto ao rol de pressupostos da responsabilidade civil.

De qualquer forma, optou-se por destacar, neste estudo, os pressupostos da responsabilidade civil que são decorrentes do texto legal do artigo 927⁷³, do Código Civil, quais sejam, (i) *ato ilícito* (artigos 186⁷⁴, e 187⁷⁵); (ii) *conduta culposa ou dolosa* do agente; (iii) nexa causal; e (iv) dano.

Via de regra, a falta de um desses requisitos elimina o dever de indenizar.

Alguns doutrinadores apontam como pressuposto o *nexo de imputação* também conhecido como *fator de atribuição*, ou seja, o fundamento da responsabilidade civil, qual seja ato ilícito e, excepcionalmente, risco da atividade, pelo qual se chegará ao entendimento das

⁷² Agostinho Alvim ensina que: “Embora todas estas espécies de responsabilidade caibam dentro da locução genérica *responsabilidade civil*, o certo é, todavia, que ela se emprega, de ordinário, para designar a responsabilidade fora do contrato”. (ALVIM, Agostinho. **Da Inexecução das Obrigações e suas Consequências**. p. 138).

⁷³ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

⁷⁴ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

⁷⁵ Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

modalidades de responsabilidade civil (subjéitiva ou objetiva)⁷⁶. Para o entendimento da disciplina das excludentes, é importante também trazer à lume esse pressuposto, conforme se verá adiante.

1.4.1. Ato ilícito

O *ato ilícito* pode ser classificado como uma conduta contrária ao ordenamento jurídico e que viola direitos (*antijuridicidade*), seja por ação ou por omissão do agente que, voluntária e conscientemente (*imputabilidade*), deu causa ao fato jurídico.

Antijuridicidade (elemento objetivo) e *imputabilidade* (elemento subjéitivo) são, portanto, elementos inerentes ao conceito de ilicitude⁷⁷. Antijuridicidade pode ser classificada como uma transgressão à deveres jurídicos; é ofensa a direitos. Para fins de imputabilidade, importante aferir se o agente, via de regra, é capaz para os atos da vida civil, isto é, se já atingiu a maioria aos 18 (dezoito) anos (artigo 5º, do Código Civil), se não recai sobre ele *causas de incapacidade* (artigos 3º e 4º, do Código Civil, combinado com exceções previstas no artigo 928⁷⁸, do Código Civil, e no artigo 116⁷⁹, do Estatuto da Criança e do Adolescente),

⁷⁶ BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 595 e seguintes.

⁷⁷ “O ilícito envolve dois juízos de valor: um, que versa sobre o comportamento em si mesmo considerado e exprime o caráter socialmente nocivo dele; outro, que incide sobre o ilícito como ato humano, em toda a sua dimensão, e exprime a censura ético-jurídica da atuação do agente. Antijuridicidade e imputabilidade preenchem o perfil da ilicitude civil.” (FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; e ROSENVALD, Nelson. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 189).

⁷⁸ Art. 928. O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes. Parágrafo único. A indenização prevista neste artigo, que deverá ser equitativa, não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem.

⁷⁹ Art. 116. Em se tratando de ato infracional com reflexos patrimoniais, a autoridade poderá determinar, se for o caso, que o adolescente restitua a coisa, promova o ressarcimento do dano, ou, por outra forma, compense o prejuízo da vítima. Parágrafo único. Havendo manifesta impossibilidade, a medida poderá ser substituída por outra adequada.

não se colocou *voluntariamente em estado de inimputabilidade transitória*⁸⁰ (embriaguez, por exemplo) e não está *interditado* (artigo 1.767, do Código Civil).

José Luiz Gavião de Almeida explica a diferença básica entre o *ato lícito* e *ato ilícito* é que: “Os primeiros [atos lícitos] são ações humanas que obedecem ao ordenamento jurídico; são fundados no direito. Os segundos [atos ilícitos] são atos violadores do direito; são delitos.”⁸¹ A semelhança, por outro lado, é que: “Ambos são atos de vontade. São praticados com intenção deliberada no agir.”⁸²

O artigo 186, do Código Civil, estatui uma *cláusula geral de ilicitude culposa*⁸³, conforme já mencionado, visto que os atos ilícitos não demandam uma tipicidade prévia, como ocorre no direito penal, o que, inclusive, permite à doutrina e à jurisprudência atualizar o instituto conforme evolução social. É deste dispositivo legal que se extrai os demais elementos a responsabilidade civil: *conduta culposa* ou *dolosa* do agente; *nexo causal* e *dano*.

Insera-se, ainda, no conceito de *ato ilícito*, a figura do *abuso de direito*, em prol das exigências do bem comum⁸⁴, assim definido por Cavalieri:

⁸⁰ O artigo 488, do Código Civil de Portugal, trata expressamente sobre a imputabilidade, oportunidade em que também estatui a responsabilidade civil daqueles que se colocam culposamente neste estado: “1. Não responde pelas consequências do facto danoso quem, no momento em que o facto ocorreu, estava, por qualquer causa, incapacitado de entender ou querer, salvo se o agente se colocou culposamente nesse estado, sendo este transitório.” Decreto-Lei n.º 47344/66. Diário da República Eletrónico. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/477358/details/normal?l=1> – Acesso em: 29 ago. 2020.

⁸¹ ALMEIDA, José Luiz Gavião de. Novos rumos da responsabilidade civil por ato ilícito. In: José Luiz Gavião de Almeida. (Org.). **Temas Atuais de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2007, v. 1, p. 57-73. p. 58.

⁸² Ibidem, p. 58.

⁸³ “O ilícito envolve dois juízos de valor: um, que versa sobre o comportamento em si mesmo considerado e exprime o caráter socialmente nocivo dele; outro, que incide sobre o ilícito como ato humano, em toda a sua dimensão, e exprime a censura ético-jurídica da atuação do agente. Antijuridicidade e imputabilidade preenchem o perfil da ilicitude civil.” (BRAGA NETTO, FARIAS, Cristiano Chaves de; Felipe Peixoto; e ROSENVALD, Nelson. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 189).

⁸⁴ “No Brasil, a consagração, em termos claros, do abuso de direito oportunizará à jurisprudência enriquecer o sistema, impondo vedações às condutas caprichosas ou arbitrárias, e realizando, adequadamente, os fins sociais do direito (art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil – Decreto-lei n. 4.657/42: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”) (FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; e ROSENVALD, Nelson. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 261).

Aquele que, no exercício de qualquer direito subjetivo, exceder os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes, e causar dano a outrem, terá que indenizar independentemente de culpa. Filiou-se nosso Código à doutrina de Saleilles, a quem coube definir o abuso do direito como exercício anormal do direito, contrário à destinação econômica ou social do direito subjetivo. O fundamento principal do abuso do direito é impedir que o direito sirva como forma de opressão, evitar que o titular do direito utilize seu poder com finalidade distinta daquela a que se destina. O ato é formalmente legal, mas o titular do direito se desvia da finalidade da norma, transformando-o em ato substancialmente ilícito.⁸⁵

Alvino Lima bem destaca que o *abuso de direito* decorre do conflito de interesses, o que é inevitável em uma sociedade em constante desenvolvimento⁸⁶. Esclarece, ainda, que o *abuso de direito* decorre da violação da finalidade econômica e social contida na lei, da sua destinação e do desequilíbrio entre os interesses individual e o da coletividade⁸⁷. Com base nisso, conclui que o *abuso de direito* veio como corretivo indispensável ao exercício do direito, para limitar o poder dos indivíduos, ainda que estejam investidos de direitos reconhecidos pela lei, conciliando estes direitos com os da coletividade⁸⁸.

O Enunciado 37, da I Jornada de Direito Civil, do Conselho da Justiça Federal, revela que: “Art. 187: A responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico”⁸⁹.

⁸⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 15. ed. Barueri: Atlas, 2021. p. 31.

⁸⁶ “Quanto mais se desenvolvem e se intensificam as atividades humanas e mais densas se tornam as populações, maior é o número de interesses que se chocam e se contradizem. Este conflito inevitável é a essência da própria vida e a razão de ser dos preceitos normativos da conduta humana, cuja missão principal é limitar, conciliar e combinar atividades. Fosse possível traçar normas jurídicas perfeitas, que delimitassem, dentro de contornos inconfundíveis, as prerrogativas conferidas aos indivíduos; se a inteligência e a sabedoria humanas pudessem enfeixar nos preceitos legais as diretrizes a seguir no exercício dos direitos, a solução de conflitos jurídicos seria, sem dúvida, tarefa menos árdua e não caberia à doutrina e à jurisprudência o papel tão preeminente, que ora desempenham, na solução do problema da responsabilidade civil.” (LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. 2. ed. rev. e atual. pelo Prof. Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 203-204).

⁸⁷ *Ibidem*, p. 205.

⁸⁸ LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. 2. ed. rev. e atual. pelo Prof. Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 206.

⁸⁹ Jornadas de Direito Civil I, III, IV e V: enunciados aprovados/coordenador científico Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. – Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf>. Acesso em: 29 dez. 2021. p. 20.

O próprio detentor dos direitos de personalidade, como o titular de dados pessoais, não pode exercer seu direito de forma abusiva, conforme Enunciado 139, da III Jornada de Direito Civil, do Conselho da Justiça Federal: “Art. 11. Os direitos da personalidade podem sofrer limitações, ainda que não especificamente previstas em lei, não podendo ser exercidos com abuso de direito de seu titular, contrariamente à boa-fé objetiva e aos bons costumes.”⁹⁰

Carlos Roberto Gonçalves, ao tratar da responsabilidade civil decorrente do *abuso de direito*, aponta a proibição de exercício de direito subjetivo quando caracterizar “abuso da posição jurídica”, o que decorreria da função limitadora da boa-fé objetiva, princípio geral de direito transformado em *cláusula geral*, ou seja, regra de conduta, pelo qual “todos devem comportar-se de boa-fé nas suas relações recíprocas”⁹¹, oportunidade em que aponta para as questões do *venire contra factum proprium* (proibição do comportamento contraditório), *suppressio* (perda da eficácia de um direito quando este longamente não é exercido ou observado), *surrectio* (aquisição de direitos em decorrência de uma conduta reiterada) e *tu quoque* (intento de beneficiar-se de uma violação que tenha a própria parte incorrido).

Nesse prisma, o Enunciado nº 362, da IV Jornada de Direito Civil, do Conselho da Justiça Federal, estatui que: “A vedação do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) funda-se na proteção da confiança, como se extrai dos arts. 187 e 422 do Código Civil”⁹².

Excepcionalmente, poderá se admitir responsabilidade civil por *ato lícito*, como é o caso, por exemplo, de indenização pelo Estado por tombamento de propriedade particular, de passagem forçada para acesso à via pública e, como se demonstrará adiante, em relação à excludente do *estado de necessidade*, cuja vítima poderá exigir de seu ofensor direto a

⁹⁰ Jornadas de direito civil I, III, IV e V: enunciados aprovados/coordenador científico Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. – Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf>. Acesso em: 29 dez. 2021. p. 35.

⁹¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 18. ed. São Paulo, Saraiva Educação, 2019. p. 84.

⁹² Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/474>. Acesso em: 19 set. 2020.

reparação, ainda que esse esteja amparado pela excludente, sem prejuízo do direito de regresso contra o verdadeiro responsável pelo ato danoso, já que seu ato é lícito.

1.4.2. Nexo Causal

O *nexo causal* é o vínculo existente entre a conduta do agente que causou a violação de direitos e o resultado (dano).

Agostinho Alvim destaca a importância do estudo do nexos causal, já que a culpa pode ser dispensada nos casos em que se aplica a teoria do risco⁹³.

A análise do nexos causal permitirá aferir quem produziu a *causa* suficiente para o *efeito* dano, a fim de tornar o agente identificado responsável pela reparação e também permitirá aferir a extensão do dano, em decorrência da conduta, a fim de medir a indenização devida, a teor do artigo 944 do Código Civil.⁹⁴

O nexos causal é um dos pressupostos mais complexos da responsabilidade civil e, como ensina Caio Mário Pereira da Silva, “o mais difícil de ser determinado”⁹⁵.

⁹³ ALVIM, Agostinho. **Da Inexecução das Obrigações e suas Consequências**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 342.

⁹⁴ “No setor da responsabilidade civil, o nexos causal exercita duas funções: a primeira (e primordial) é a de conferir a obrigação de indenizar aquele cujo comportamento foi a causa eficiente para a produção do dano. Imputa-se juridicamente as consequências de um evento lesivo a quem os produziu (seja pela culpa ou risco, conforme a teoria que se adote). A seu turno, a segunda função será a de determinar a extensão desse dano, a medida de sua reparação. Ou seja, pela relação da causalidade seremos capazes de determinar quem repara o dano e quais os efeitos danosos que serão reparados. Assim, quando o art. 944 do Código Civil enuncia que a indenização será medida pela extensão do dano, percebemos que a delimitação da indenização requer uma criteriosa análise da causalidade, para que no caso concreto saibamos “quem” indeniza e “o que” se indeniza. O referido dispositivo objetivamente dispõe que conforme a sua participação causal para o evento, o agente contribuirá para a reparação integral, considerada como a maior coincidência possível entre a sua situação atual e aquela anterior à geração do dano injusto.” (FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; e ROSENVALD, Nelson. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 556).

⁹⁵ SILVA, Caio Mario Pereira da. **Responsabilidade Civil**. Atualizador Gustavo Tepedino. 12. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530980320/>>. Acesso em: 12 dez. 2021. p. 102.

Em situações em que a ofensa ou violação de direitos decorre do ato de mais de um autor, o Código Civil prevê a responsabilidade solidária pela reparação, consoante artigo 942⁹⁶. Todavia, a dificuldade emerge de ofensas ou violações marcadas por *encadeamento causal*, em que o dano decorre de *múltiplas causas* dificultando a identificação da causa raiz⁹⁷.

Marco Fábio Morsello explica a problemática decorrente das denominadas *concausas*, oportunidade em que explica que “concausa é outra causa que, juntando-se à principal, concorre para a eclosão do evento”⁹⁸ e, por isso, não tem o condão de romper o nexo causal. As concausas podem ser *preexistentes, concomitantes ou supervenientes*⁹⁹.

Carlos Roberto Gonçalves explica que o Código Civil adotou a *teoria do dano direto e imediato*, dentre as várias teorias sobre o nexo causal, como se infere do artigo 403, do Código

⁹⁶ Código Civil, Art. 942: Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação. Parágrafo único. São solidariamente responsáveis com os autores os co-autores e as pessoas designadas no art. 932.

⁹⁷ "Na etiologia da responsabilidade civil, como visto, são presentes três elementos, ditos essenciais na doutrina subjetivista, porque sem eles não se configura: a ofensa a uma norma preexistente ou erro de conduta; um dano; e o nexo de causalidade entre uma e outro. Não basta que o agente haja procedido contra direito, isto é, não se define a responsabilidade pelo fato de cometer um ‘erro de conduta’; não basta que a vítima sofra um ‘dano’; que é o elemento objetivo do dever de indenizar, pois se não houver um prejuízo a conduta antijurídica não gera obrigação ressarcitória. É necessário se estabeleça uma relação de causalidade entre a injuricidade da ação e o mal causado, ou, na feliz expressão de Demogue, ‘é preciso esteja certo que, sem este fato, o dano não teria acontecido. Assim, não basta que uma pessoa tenha contravindo a certas regras; é preciso que sem esta contravenção, o dano não ocorreria’. (...) ‘Coincidência não implica em causalidade’. Para que se concretize a responsabilidade é indispensável se estabeleça uma interligação entre a ofensa à norma e o prejuízo sofrido, de tal modo que se possa afirmar ter havido o dano ‘porque’ o agente procedeu contra direito. Na relação causal pode estar presente o fator volitivo ou pode não estar. Isto é irrelevante. O que importa é determinar que o dano foi causado pela culpa do sujeito." (SILVA, Caio Mario Pereira da. Responsabilidade Civil. Atualizador Gustavo Tepedino. 12. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530980320/>>. Acesso em: 12 dez. 2021. p. 103

⁹⁸ MORSELLO, Marco Fábio. O nexo causal e suas distintas teorias: apreciações críticas. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**: Nova Série, v. 10, n. 19, p. 211-220, jan./jun. 2007.

⁹⁹ MORSELLO, Marco Fábio. O nexo causal e suas distintas teorias: apreciações críticas. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**: Nova Série, v. 10, n. 19, p. 211-220, jan./jun. 2007.

Civil¹⁰⁰, de forma que “não é, portanto, indenizável o chamado ‘dano remoto’, que seria consequência ‘indireta’ do inadimplemento”¹⁰¹.

Assim, é preciso estabelecer qual foi a causa determinante para o dano, conforme *teoria da causa adequada*, isto é, aquela que efetivamente deu causa ao dano.¹⁰²

As *causas concorrentes* não têm o condão de afastar a responsabilidade civil, mas poderão atenuá-las, como se verá adiante. Afinal, “a ninguém é dado responder por danos a que não tenha dado causa”¹⁰³, como explica Marco Fábio Morsello, razão pela qual o entendimento das causas que rompem o nexo causal e isentam o agente do dever de indenizar é fundamental.

Ainda que se trate de responsabilidade de natureza objetiva, far-se-á necessária a demonstração do *nexo causal* entre o ato do ofensor e o dano experimentado, visto que o nexo causal só será dispensado na hipótese de responsabilidade na *teoria do risco integral*, conforme se demonstrará adiante.

A doutrina fala, ainda, em *causalidade alternativa*¹⁰⁴ (responsabilidade coletiva) para aqueles danos decorrentes de condutas praticadas em grupo, o que impede o conhecimento do verdadeiro responsável pelo evento danoso. Esse tipo de responsabilidade está previsto no

¹⁰⁰ Código Civil, Art. 403: “Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.”

¹⁰¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 528.

¹⁰² “(...) o problema da relação de causalidade é uma questão científica de probabilidade. Dentre os antecedentes do dano, há que destacar aquele que está em condições de necessariamente tê-lo produzido. Praticamente, em toda ação de indenização, o juiz tem de eliminar fatos menos relevantes, que possam figurar entre os antecedentes do dano. São aqueles que seriam indiferentes à sua efetivação. O critério eliminatório consiste em estabelecer que, mesmo na sua ausência, o prejuízo ocorreria. Após este processo de expurgo, resta algum que, ‘no curso normal das coisas’, provoca um dano dessa natureza. Em consequência, a doutrina que se constrói neste processo técnico se diz da ‘causalidade adequada’, porque faz salientar na multiplicidade de fatores causais, aquele que normalmente pode ser o centro do nexo de causalidade, eliminando os demais.” (SILVA, Caio Mario Pereira da. *Responsabilidade Civil*, p. 105.)

¹⁰³ MORSELLO, Marco Fábio, op. cit. p. 01.

¹⁰⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; e ROSENVALD, Nelson. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 586-591.

artigo 938, do Código Civil, ao tratar dos danos provenientes das coisas que caírem de prédio ou que forem lançadas em lugar indevido, com impossibilidade de identificação do agente, com o conseqüente dever de reparar por parte daqueles que lá habitam. Nesse tema, é possível mencionar, ainda, situações de morte de vítima por “bala perdida” durante determinada operação policial, em que seja impossível identificar de qual arma partiu o projétil e, conseqüentemente, chegar-se ao agente responsável.

Há, também, a *causalidade virtual* relacionada às situações em que o agente pratica um ato que pode gerar um resultado danoso, porém referido resultado é interrompido por outro ato danoso que acaba por gerar o resultado letal, ou seja, a primeira situação é a *causa virtual* ou *hipotética* do dano e o segundo episódio será a *causa real* ou *operante* do referido dano. Assim, o primeiro agente será liberado do dever de indenizar, frente à interrupção da causalidade. A título de exemplo, é possível mencionar uma pessoa que é baleada em órgão vital, mas cujo falecimento decorre de ter sido acometida por uma descarga elétrica fatal proveniente de um fio de alta tensão.¹⁰⁵

1.4.3. Dano

Carlos Alberto Bittar conceitua *dano* como “qualquer lesão injusta a componentes do complexo de valores protegidos pelo Direito, incluído, pois, o de caráter moral”¹⁰⁶. Acrescenta

¹⁰⁵ Nesse sentido: “O autor da causa virtual evidentemente será imunizado, pois o fato não se consumou em razão da causalidade interrompida. Quer dizer, se outro acontecimento provocou o resultado lesivo, o autor virtual jamais será obrigado a indenizar pela mera tentativa – que apenas tem relevância na seara penal. A sua responsabilidade civil termina nos danos que verdadeiramente causou, sem expansão para os danos propiciados pelo autor real. Enfim, a causa virtual não possui relevância positiva. (...) Porém, prevalece na doutrina o posicionamento que sustenta a irrelevância negativa da causa virtual. Se o sistema de responsabilidade civil é presidido pela função reparatória do dano injusto – e não pela punição do autor do ilícito –, o que importa para a correta aferição do caso é a avaliação da causa real e de suas conseqüências efetivas para fins de imposição de obrigação de indenizar. A causa virtual não se impôs no mundo dos fatos, sendo incapaz, portanto, de apagar a causa real ou reduzir os seus efeitos. Pensar de forma contrária seria expor as vítimas a uma situação de quebra de segurança jurídica e de cerceamento ao acesso à reparação integral.” (FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; e ROSENVALD, Nelson. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 591-592).

¹⁰⁶ BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação Civil por Danos Morais**. 4. ed., rev., aum. e mod. por Eduardo Carlos Bianca Bittar. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 18-19.

que o dano reparável deve ser *injusto*, daí porque se afasta a lesão proveniente de ação autorizada pelo direito, ou “dano justo”, como nas hipóteses de atos praticados em *legítima defesa* ou no *exercício regular de um direito reconhecido*¹⁰⁷.

A obrigação de reparar o dano, como bem ensina Rui Stoco ao tratar da temática, “representa o preço da responsabilidade de viver em sociedade e interar (*sic*) com seus pares, pois cada um de nós é detentor de direitos, mas deve sempre respeitar os direitos do próximo e agir segundo as regras que a própria sociedade consagrou e o Direito positivo estabeleceu.”¹⁰⁸

A doutrina clássica conceitua os danos como *patrimoniais* e *extrapatrimoniais*. Os *danos patrimoniais* são definidos por Eneas de Oliveira Matos como “todos aqueles em que há ofensa a bem jurídico que integre o patrimônio econômico da vítima, incidindo sobre interesses de ordem financeira, apreciados monetariamente”¹⁰⁹, já os *danos extrapatrimoniais* são conceituados de forma negativista pelo mesmo autor como “todos aqueles que não são danos patrimoniais, ou seja, todos aqueles que não são reflexos diretos de uma ofensa a bem jurídico apreciável monetariamente”¹¹⁰.

Destarte, o dano é a lesão a um *bem jurídico*, o qual compreende não só o patrimônio, mas também toda ordem de direitos personalíssimos como a honra, vida, privacidade, proteção de dados, dentre outros.

Aliás, com uma precisa visão sobre novas modalidades de danos, Eneas de Oliveira Matos alerta que lesões causadas à pessoa humana, não raro, poderão ter natureza híbrida, ou seja, configurarem danos patrimoniais e extrapatrimoniais, razão pela qual sugere a

¹⁰⁷ BITTAR, Carlos Alberto. **Responsabilidade Civil**. Teoria e Prática. Atualização de Eduardo Carlos Bianca Bittar. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 9.

¹⁰⁸ STOCO, Rui. Tratado de Responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência. p. 113.

¹⁰⁹ MATOS, Eneas de Oliveira. **Dano moral e dano estético**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 59.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 59.

classificação como *danos a coisas e danos à pessoa humana*¹¹¹, a fim de promover a “dignidade da pessoa humana como norte da reparação civil”¹¹².

Agostinho Alvim abrange os *danos emergentes* e os *lucros cessantes* ao acrescentar que “(...) pode-se dizer que o dano ora produz o efeito de diminuir o patrimônio do credor, ora o de impedir-lhe o aumento, ou acrescentamento, pela cessação de lucros, que poderia esperar.”¹¹³

O *dano estético*, conforme obra riquíssima de Eneas de Oliveira Matos sobre o tema, é “toda ofensa causada aos direitos físicos da pessoa humana, correspondentes à integridade física da pessoa humana, ligados diretamente à pessoa de seu titular, sejam eles, v.g., direito à higidez corpórea e às partes do corpo, protegendo o corpo de qualquer modificação não autorizada”¹¹⁴.

Como desdobramento da cláusula de reparação integral dos prejuízos e do princípio do *neminem laedere*, garante-se ao lesado a cumulação entre o dano material, moral e estético, conforme Súmulas 37¹¹⁵ e 387¹¹⁶, do Superior Tribunal de Justiça. Aliás, não se trata de tripla punição pelo mesmo fato, mas sim de um concurso de responsabilidade.

É possível afirmar que o *dano* constitui hoje o principal eixo da responsabilidade civil, como ensina com propriedade Eneas de Oliveira Matos:

(...) a consideração do centro da responsabilidade civil como o dano à pessoa humana, justificaria já a adoção em nosso direito da expressão *Direito dos Danos*, típica do direito anglo-saxão e nos países de língua espanhola, e não por mera questão morfológica, mas sim porque a questão da responsabilização das partes pelos eventos danosos causados passa a figurar em segundo plano para o estudo da matéria, os danos, sim, passam ao primeiro plano, antes, como requisito

¹¹¹MATOS, Eneas de Oliveira. **Dano moral e dano estético**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 61.

¹¹² *Ibidem*, p. 65.

¹¹³ ALVIM, Agostinho. **Da Inexecução das Obrigações e suas Consequências**. p. 173.

¹¹⁴ MATOS, Eneas de Oliveira. Op. cit. p. 168.

¹¹⁵ Súmula 37, STJ: “São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato.”

¹¹⁶ Súmula 387, STJ: “É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral.”

simplesmente para a reparação, e, agora, como fim principal que deve ser buscado: a efetiva proteção e reparação dos danos causados à pessoa humana.¹¹⁷

Ademais, a evolução da sociedade tornou perceptível a constatação quanto à existência de novas modalidades de danos. A própria previsão legal quanto à possibilidade de reparação do dano moral, por exemplo, é algo relativamente recente, visto que apenas se tornou indiscutível após a promulgação da Constituição vigente, nos termos do artigo 5º, incisos V e X¹¹⁸, sendo certo que o Código Civil atual sequer conceitua o *dano moral*, apenas admitindo sua existência e ilicitude, no artigo 186 e o dever de reparação no artigo 927. Antes disso, se exigia que o dano moral tivesse reflexos no patrimônio do indivíduo, pois só assim poderia ser reparado.

A jurisprudência tem e sempre teve papel determinante no reconhecimento de novas modalidades de danos. Tanto é assim que foi a Súmula nº 37, do Superior Tribunal de Justiça, que tornou clara a possibilidade de cumulação dos *danos materiais e morais* provenientes do mesmo fato, o que abriu precedentes para a admissão da autonomia dos *danos morais* em relação ao *dano estético*, nos termos da Súmula 387, da mesma Corte.

Aliás, a própria revolução na concepção tradicional do modelo de riqueza, ou seja, admitindo-se não só a *propriedade material* baseada em *bens corpóreos*, mas também a *propriedade imaterial* formada por *bens incorpóreos* que, não raro, tem valor até superior, ainda que intangíveis, demonstra a modificação nos tipos de danos.

Por outro lado, o debate sobre novas modalidades de danos, de natureza extrapatrimonial, tem por finalidade manter atualizado o instituto da responsabilidade civil e, conseqüentemente, garantir que a vítima seja, efetiva e integralmente, reparada por todos os danos sofridos.

¹¹⁷ MATOS, Eneas de Oliveira. **Dano moral e dano estético**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 04.

¹¹⁸ Constituição Federal: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; (...) 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;”

Nesse sentido, ao tratar do dano, como pré-requisito do dever de indenizar, em países que seguem a tradição francesa, a doutrina explica sobre a flexibilidade do referido conceito, visto que “qualquer lesão a um interesse lícito pode ser o ponto de partida para a responsabilidade extracontratual, cujo controle se dará pela verificação do nexo causal entre o dano e o comportamento culposos ou o risco de uma atividade.”¹¹⁹

Contudo, para a concessão de reparação autônoma por diversos tipos de danos causados, a partir do mesmo evento, é necessário que não tenham a mesma natureza e possuam uma norma jurídica de reparação própria, a fim de evitar o *bis in idem* e, em última análise, a própria banalização do instituto.

O dano, pois, é elemento essencial para fundamentar o dever de reparar, podendo ser (i) *atual* (e não remoto), mas aceita-se o dano futuro; (ii) *certo*, ou seja, passível de ser definido; (iii) *pessoal* (refletido na pessoa do lesado); e (iv) *direto*, isto é, consequência direta da ação violadora (acolhendo-se o dano derivado ou reflexo, como aquele decorrente da morte de um familiar, por exemplo)¹²⁰.

Agostinho Alvim alerta que institutos como o dos *juros moratórios*, *cláusula penal* e *arras* não seriam situações excepcionais de indenização sem danos, mas sim hipóteses de dispensa da alegação de prejuízo.¹²¹

1.4.4. Culpa ou Dolo

A culpa poderá ser pressuposto da responsabilidade civil, caso não se esteja diante dos casos de responsabilidade objetiva previstos em lei.

¹¹⁹ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison Rêgo; ROSENVALD, Nelson. Danos causados a dados pessoais: novos contornos. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-protecao-de-dados/332618/danos-causados-a-dados-pessoais--novos-contornos> - Acesso em: 29 ago. 2020.

¹²⁰ BITTAR, Carlos Alberto. Responsabilidade Civil Teoria e Prática. Atualização de Eduardo Carlos Bianca Bittar. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 10.

¹²¹ ALVIM, Agostinho. **Da Inexecução das Obrigações e suas Consequências**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 180.

Na teoria da responsabilidade subjetiva, o comportamento do agente é levado em consideração. É necessária uma conduta culposa, pela qual o agente deixe se agir como o ordenamento jurídico lhe exige, ou seja, com as cautelas necessárias, prudência, vigilância, perícia, cuidado e, enfim, de acordo com os padrões de conduta (*standards*) aplicáveis à sua atividade.

Rui Stoco trata da necessidade de acrescentar um “juízo de reprovação, fundado na culpabilidade, que tem como elemento o dolo, enquanto vontade dirigida a um fim e a culpa em sentido estrito, nas vertentes da imprudência, negligência e imperícia”¹²². Além disso, o jurista muito bem explica ser indiscutível que a culpa integra o conceito de ato ilícito, em decorrência do texto expresso de lei. Contudo, em razão da dinâmica dos fatos e da evolução da disciplina da responsabilidade civil “poderá nascer sob outro fundamento, como a responsabilidade sem culpa, por força da teoria do risco ou da inexigência legal de ilicitude”¹²³.

Francisco Amaral ensina que

A culpa pode ser contratual, se o dever violado nasce de um contrato (CC, art. 389) e extracontratual ou aquiliana, quando consiste na violação de dever geral, que todos têm de respeitar (CC, art. 186). A distinção importa no ônus da prova. Na contratual, demonstrado pelo credor o inadimplemento, o devedor é que tem de provar a inexistência de culpa, a ocorrência de caso fortuito, força maior ou outra excludente de responsabilidade. O ônus da prova é do devedor. Na culpa aquiliana, cabe à vítima provar a culpa do agente causador do dano.¹²⁴

A culpa *lato sensu* abrange o *dolo* que é ato de vontade deliberada, ou seja, intenção de realizar a conduta violadora de obrigação contratual ou da lei.

As modalidades de culpa são a negligência, imprudência e a imperícia.

¹²² STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**: doutrina e jurisprudência. 7. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 113.

¹²³ *Ibidem*, p. 113.

¹²⁴ AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: introdução. 10. ed. revista e modificada. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 646.

Francisco Amaral ensina que “Negligência é a omissão, é a inobservância das normas que nos mandam operar com atenção, capacidade, solicitude e discernimento. Imprudência é a precipitação, procedimento sem cautela.”¹²⁵

A imperícia, por sua vez, decorre de falta de aptidão de natureza técnica.

Cavaliere aponta que são elementos da culpa: (i) conduta voluntária com resultado involuntário; (ii) previsão ou previsibilidade; e (iii) falta de cuidado, cautela, diligência ou atenção.¹²⁶

Além disso, a culpa poderá ser *contratual*, quando inerente a uma fonte obrigacional preexistente, ou seja, decorrente de contrato; ou *extracontratual ou aquiliana*, cuja fonte é a lei ou um preceito geral de Direito¹²⁷.

1.4.5. Nexa de Imputação ou Fator de Atribuição

A doutrina aponta que a responsabilidade civil estaria mudando para responsabilidade por danos, na qual os fatores de atribuição teriam grande peso, ao estabelecerem a quem se deve impor as consequências do dano, sendo certo que o termo é utilizado no plural para abranger “um catálogo amplo e aberto no qual se incluem critérios subjetivos e objetivos”¹²⁸.

Os *fatores de atribuição subjetivos* são a culpa e o dolo e os *objetivos*, por sua vez, os critérios legais de imputação da responsabilidade de determinado agente pelo dano que dispensam a valoração da sua conduta, os quais se constituem em rol aberto, com possibilidade de inclusão de novos critérios, até mesmo em decorrência da evolução

¹²⁵ *Ibidem*, p. 646.

¹²⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 15. ed. Barueri: Atlas, 2021. p. 73.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 76.

¹²⁸ FONTES, André. Os fatores de atribuição na responsabilidade por danos. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, n. 16. jan./jun. 1999. p. 207-215. Disponível em https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista05/rev_ista05_207.pdf. Acesso em: 4 dez. 2021. p. 212.

jurisprudencial, como acontece não apenas em relação ao *risco criado*, mas também na defesa do consumidor, em relação ao meio ambiente etc.¹²⁹.

O *nexo de imputação* da proposição jurídica é aquilo que liga o suporte fático ao efeito jurídico¹³⁰.

Na obra Novo Tratado de Responsabilidade Civil, os autores chamam à atenção para o *nexo de imputação* como um novo pressuposto da responsabilidade civil, também conhecido como *fator de atribuição*, o qual consiste nas *razões legais* ou *contratuais* pelas quais é possível atribuir o dever de indenizar a alguém. “Diante de um dano injusto ocorrido, o fator de atribuição nos dará a última reposta acerca de quem e por que o deve suportar.”¹³¹

Referido pressuposto é diferente do *nexo causal*, uma vez que se trata de etapa distinta do processo de aferição da responsabilidade:

Uma coisa é perscrutar o fato causador da lesão – servindo-se das diversas teorias já examinadas -, mediante a atribuição de uma necessária (ou adequada) relação de causa e efeito entre o comportamento do agente e o dano; outra, completamente distinta, será investigar a relação entre o dano e o responsável e a quem se liga a consequência de suportá-lo. Quer dizer, ao agente será imputado o fato danoso pela culpa, abuso de direito, garantia ou risco? Assim, sucedem-se três etapas: (a) constatação do dano injusto; (b) aferição do *nexo causal*; (c) a individualização do fato a que se pretende atribuir a responsabilidade (culpa, risco da atividade ou outro fator de atribuição).¹³²

O Código Civil e Comercial Argentino (Lei nº 26.994/2014) cataloga de forma muito interessante o regime da responsabilidade civil e das causas que lhe são excludentes.

Referido código argentino previu, expressamente, os *fatores de atribuição*, no artigo 1721, oportunidade em que consignou a necessária previsão expressa para a imposição de

¹²⁹ *Ibidem*, p. 213-214.

¹³⁰ SILVA, Clóvis V. do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. p. 67.

¹³¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; e ROSENVALD, Nelson. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553612086/>. Acesso em: 6 set. 2020. p. 595.

¹³² *Ibidem*, p. 598.

responsabilidade objetiva, além de conceituar a responsabilidade objetiva e a subjetiva, nos artigos 1722 e 1724, respectivamente:

ARTIGO 1721. Fatores de atribuição

A atribuição de dano à parte responsável pode ser baseada em fatores objetivos ou subjetivos. Na ausência de regulamentação, o fator de atribuição é a culpa.¹³³

ARTIGO 1722. Fator objetivo. O fator de atribuição é objetivo quando a culpa do agente é irrelevante para os efeitos de atribuir responsabilidade. Em tais casos, o responsável se libera comprovando a causa alheia, salvo disposição legal em contrário.¹³⁴

ARTIGO 1724. - Fatores subjetivos. São fatores subjetivos de atribuição a culpa e o dolo. A culpa consiste na omissão da devida diligência de acordo com a natureza da obrigação e as circunstâncias das pessoas, do tempo e do lugar. Compreende a imprudência, negligência e a imperícia na arte ou profissão. O dolo se configura pela produção de dano de maneira intencional ou com manifesta indiferença aos interesses alheios.¹³⁵

O *nexo de imputação* é mais facilmente perceptível quando analisada a obrigação de indenizar por parte da seguradora, a qual não tem em sua conduta *nexo causal* com o dano experimentado, “mas sua responsabilidade será justificada pela imputação econômica dos danos, haja vista deter o poder de planejamento e controle dos riscos contratuais com uma gama de segurados.”¹³⁶

É importante entender o *nexo de imputação*, para fins de estudo das causas excludentes de responsabilidade civil, visto que, não raro, busca-se, na doutrina, justificar a natureza da

¹³³ Tradução livre do seguinte trecho no original: “*ARTÍCULO 1721. Factores de atribución. La atribución de un daño al responsable puede basarse en factores objetivos o subjetivos. En ausencia de normativa, el factor de atribución es la culpa.*” Disponível em: <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-26994-235975>. Acesso em: 4 dez. 2021.

¹³⁴ Tradução livre do seguinte trecho no original: “*ARTICULO 1722. Factor objetivo. El factor de atribución es objetivo cuando la culpa del agente es irrelevante a los efectos de atribuir responsabilidad. En tales casos, el responsable se libera demostrando la causa ajena, excepto disposición legal en contrario.*” Disponível em: <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-26994-235975>. Acesso em: 4 dez. 2021

¹³⁵ Tradução livre do seguinte trecho no original: “*ARTICULO 1724. Factores subjetivos. Son factores subjetivos de atribución la culpa y el dolo. La culpa consiste en la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. Comprende la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión. El dolo se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos.*” Disponível em: <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-26994-235975>. Acesso em: 4 dez. 2021

¹³⁶ BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 598.

responsabilidade civil, ou seja, se *subjettiva* ou *objetiva*, a partir da previsão das excludentes no texto legal.

Contudo, as excludentes vão recair sobre o nexo causal ou, então, sobre a caracterização ou não do ato como ilícito, independentemente de ser a responsabilidade civil contratual ou extracontratual, de ordem subjetiva ou objetiva, já que as excludentes de responsabilidade civil são aplicáveis a todos os tipos de responsabilidade.

1.5. Responsabilidade Civil pelo Risco Integral

A *teoria do risco integral* ou *responsabilidade objetiva absoluta* é voltada a casos especialíssimos em que haveria uma *causalidade pura*, ou seja, decorrente do exercício da atividade em si, pela qual o agente responderia até mesmo por danos que não causou, sendo certo que é fruto de uma construção jurisprudencial, visto que não há previsão expressa no Código Civil ou em leis especiais sobre sua aplicação e limitações¹³⁷.

Assim, em casos de responsabilidade objetiva absoluta, decorrente do risco integral, não incide qualquer das *excludentes de nexo causal*, devendo o agente indenizar mesmo nos casos em que há rompimento deste pressuposto, como é o caso do *fato exclusivo da vítima*, de *terceiros* ou *caso fortuito* ou *força maior*, como explica Cavalieri:

(...) Na responsabilidade fundada no risco integral, todavia, o dever de indenizar é imputado àquele que cria o risco, ainda que atividade por ele exercida não tenha sido a causa direta imediata do evento. Bastará que a atividade de risco tenha sido a ocasião, mera causa mediata ou indireta do evento, ainda que este tenha tido por causa direta imediata fato irresistível ou inevitável, como a força maior e o caso fortuito.¹³⁸

Na obra Novo Tratado da Responsabilidade Civil, os autores apontam o equívoco da doutrina quanto a consideração da responsabilidade civil sobre atividade nuclear e danos ambientais como sendo de risco integral. Na ótica dos juristas, a responsabilidade integral

¹³⁷ *Ibidem*, p. 655.

¹³⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio **Programa de responsabilidade civil**. 15. ed. Barueri: Atlas, 2021. p. 229.

precisa de “previsão explícita na Constituição ou nas leis”¹³⁹, como ocorre na Lei nº 10.309/2001, a qual dispõe sobre a assunção pela União de responsabilidades civis perante terceiros no caso de atentados terroristas ou atos de guerra contra aeronaves de empresas aéreas brasileiras, visto que o artigo 1º¹⁴⁰, da referida lei, dispensaria a necessidade de prova denexo causal entre a ação ou omissão da União e o dano¹⁴¹.

Posteriormente, referida temática foi ajustada pela Lei nº 10.744/2003, a qual dispõe sobre a assunção, pela União, de responsabilidades civis perante terceiros no caso de atentados terroristas, atos de guerra ou eventos correlatos, contra aeronaves de matrícula brasileira operadas por empresas brasileiras de transporte aéreo público, excluídas as empresas de táxi aéreo, merecendo destaque o artigo 1º, pelo qual há, inclusive, limitação legal de valor indenizatório¹⁴².

¹³⁹ BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. 3. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553612086/>. p. 1.082. Acesso em: 13 set. 2020.

¹⁴⁰ Lei nº 10.309/2001: Art. 1º. “Fica a União autorizada a assumir as responsabilidades civis perante terceiros no caso de danos a bens e pessoas no solo, provocados por atentados terroristas ou atos de guerra contra aeronaves de empresas aéreas brasileiras no Brasil ou no exterior.”

¹⁴¹ Op. cit., p. 1.082-1083. Acesso em: 13 set. 2020.

¹⁴² Lei nº 10.744/ 2003: Art. 1º. Fica a União autorizada, na forma e critérios estabelecidos pelo Poder Executivo, a assumir despesas de responsabilidades civis perante terceiros na hipótese da ocorrência de danos a bens e pessoas, passageiros ou não, provocados por atentados terroristas, atos de guerra ou eventos correlatos, ocorridos no Brasil ou no exterior, contra aeronaves de matrícula brasileira operadas por empresas brasileiras de transporte aéreo público, excluídas as empresas de táxi aéreo. §1º O montante global das despesas de responsabilidades civis referidas no caput fica limitado ao equivalente em reais a US\$ 1,000,000,000.00 (um bilhão de dólares dos Estados Unidos da América) para o total dos eventos contra aeronaves de matrícula brasileira operadas por empresas brasileiras de transporte aéreo público, excluídas as empresas de táxi aéreo. §2º As despesas de responsabilidades civis perante terceiros, na hipótese da ocorrência de danos a pessoas de que trata o caput deste artigo, estão limitadas exclusivamente à reparação de danos corporais, doenças, morte ou invalidez sofridos em decorrência dos atos referidos no caput deste artigo, excetuados, dentre outros, os danos morais, ofensa à honra, ao afeto, à liberdade, à profissão, ao respeito aos mortos, à psique, à saúde, ao nome, ao crédito e ao bem-estar, sem necessidade da ocorrência de prejuízo econômico. §3º Entende-se por atos de guerra qualquer guerra, invasão, atos inimigos estrangeiros, hostilidades com ou sem guerra declarada, guerra civil, rebelião, revolução, insurreição, lei marcial, poder militar ou usurpado ou tentativas para usurpação do poder. §4º Entende-se por ato terrorista qualquer ato de uma ou mais pessoas, sendo ou não agentes de um poder soberano, com fins políticos ou terroristas, seja a perda ou dano dele resultante acidental ou intencional. §5º Os eventos correlatos, a que se refere o caput deste artigo, incluem greves, tumultos, comoções civis, distúrbios trabalhistas, ato malicioso, ato de sabotagem, confisco, nacionalização, apreensão, sujeição, detenção, apropriação, seqüestro ou qualquer apreensão ilegal ou exercício indevido de controle da aeronave ou da tripulação em vôo por parte de qualquer pessoa ou pessoas a bordo da aeronave sem consentimento do explorador.

Felipe Peixoto Braga Netto, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal também trazem o exemplo da chamada *Lei da Copa* (Lei nº 12.663/12)¹⁴³, pela qual também foi instituída *responsabilidade pelo risco integral*, visto que, no artigo 23, foi imposto à União a responsabilidade civil perante a FIFA por todo e qualquer dano decorrente de incidente ou acidente de segurança relacionado aos eventos¹⁴⁴.

1.6. Responsabilidade Civil do Estado

A responsabilidade civil do estado teve uma primeira fase de ausência absoluta de responsabilidade do Estado pelos danos decorrentes de seus atos (*The King can do no wrong*); passando-se para uma segunda fase, no século XIX, em que apenas os atos de gestão do Estado, consistentes em gestão do patrimônio público e serviços públicos, seriam passíveis de reparação civil, desde que comprovada sua culpa (teoria subjetiva); e uma terceira fase, a partir do início do século XX, em que se começou a construir garantias do cidadão contra o Poder Público, como mecanismos para a sua responsabilização¹⁴⁵.

Atualmente, o Estado, representado pelo Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário, responde pelos danos decorrentes do exercício de suas funções pela teoria do risco, com regime próprio de responsabilidade civil estatuído no artigo 37, §6º, da Constituição

¹⁴³ Dispõe sobre as medidas relativas à Copa das Confederações FIFA 2013, à Copa do Mundo FIFA 2014 e à Jornada Mundial da Juventude - 2013, que serão realizadas no Brasil; altera as Leis nºs 6.815, de 19 de agosto de 1980, e 10.671, de 15 de maio de 2003; e estabelece concessão de prêmio e de auxílio especial mensal aos jogadores das seleções campeãs do mundo em 1958, 1962 e 1970.

¹⁴⁴ “Art. 23. A União assumirá os efeitos da responsabilidade civil perante a FIFA, seus representantes legais, empregados ou consultores por todo e qualquer dano resultante ou que tenha surgido em função de qualquer incidente ou acidente de segurança relacionado aos Eventos, exceto se e na medida em que a FIFA ou a vítima houver concorrido para a ocorrência do dano. Parágrafo único. A União ficará sub-rogada em todos os direitos decorrentes dos pagamentos efetuados contra aqueles que, por ato ou omissão, tenham causado os danos ou tenham para eles concorrido, devendo o beneficiário fornecer os meios necessários ao exercício desses direitos.”

¹⁴⁵ TEPEDINO, Gustavo (Org.); TERRA, Aline de Miranda; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; **Fundamentos do Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 2. ed. v. 4. Rio de Janeiro: Forense, 2021. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992453/>. Acesso em: 29 dez. 2021. p. 185-186.

Federal, o qual consagra a *responsabilidade civil objetiva* das pessoas jurídicas de direito público, dispositivo esse que foi reforçado pelo artigo 43¹⁴⁶ do Código Civil.

Nos termos do artigo 41, do Código Civil, são pessoas jurídicas de direito público interno: (i) a União; (ii) os Estados, o Distrito Federal e os Territórios; (iii) os Municípios; (iv) as autarquias, inclusive as associações públicas; e (v) as demais entidades de caráter público criadas por lei.

A responsabilidade civil extracontratual do Estado, por ações ou omissões, pode decorrer de atos administrativos (pelo exercício das atividades no âmbito da Administração Pública), e de maneira menos comum, de atos legislativos (desapropriação – ainda que constitua um ato lícito) e de atos judiciais (por erro do Judiciário, como a prisão equivocada de indivíduo, por exemplo).

Vale consignar que a responsabilidade civil do Estado, de natureza objetiva, não afasta a incidência das causas excludentes.

1.7. Responsabilidade Civil na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais

A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais traz a questão da responsabilidade nos artigos 31 e 32, dentro da Seção II nominada como “Da Responsabilidade”, no Capítulo IV atinente ao “Tratamento de dados pessoais pelo Poder Público”, assim como nos artigos 42 a 45, constantes na Seção III, classificada como “Da Responsabilidade e do Ressarcimento de Danos”, no Capítulo VI “Dos Agentes de Tratamento de Dados Pessoais”.

As obrigações assumidas pelo *controlador* e *operador*, no tocante ao tratamento de dados pessoais, deverão ser cumpridas, sob pena de responsabilidade civil. Nesse ponto, aliás, vale recordar que a obrigação decorre da *lei*, do *contrato* ou do *ato ilícito*. Assim, a obrigação

¹⁴⁶ Código Civil: Art. 43. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.

reflete um dever originário, cujo descumprimento pode gerar o dever sucessivo de responsabilidade civil¹⁴⁷.

Sem prejuízo das *sanções* previstas no artigo 52, a serem aplicadas pela *Autoridade Nacional de Proteção de Dados*, as violações à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais poderão sujeitar os *agentes de tratamento de dados pessoais* (controlador e operador) à reparação pelos danos causados.

Conforme expressamente previsto no artigo 42 da LGPD, o *controlador* ou o *operador* que, em razão do exercício de atividade de tratamento de dados pessoais, causar a outrem *dano patrimonial, moral, individual* ou *coletivo*, em violação à legislação de proteção de dados pessoais, *é obrigado a repará-lo*.

Cíntia Rosa Pereira de Lima explica que “a caracterização do controlador é de suma importância, pois determina o responsável pelos danos que causar a outrem em decorrência do tratamento de dados pessoais”¹⁴⁸.

No tocante ao *operador*, além do dever de observância da LGPD, também deverá cumprir as instruções lícitas do controlador¹⁴⁹.

¹⁴⁷ “Obrigação é sempre um dever jurídico originário; responsabilidade é um dever jurídico sucessivo, conseqüente à violação do primeiro. Se alguém se compromete a prestar serviços profissionais a outrem, assume uma obrigação, um dever jurídico originário. Se não cumprir a obrigação (deixar de prestar os serviços), violará o dever jurídico originário, surgindo daí a responsabilidade, o dever de compor o prejuízo causado pelo não cumprimento da obrigação. Em síntese, em toda obrigação há um dever jurídico originário, enquanto na responsabilidade há um dever jurídico sucessivo.” (CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2021. p. 38).

¹⁴⁸ LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. **Agentes de Tratamento de Dados Pessoais** (Controlador, Operador e Encarregado pelo Tratamento de Dados Pessoais). Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788584935796/>. p. 291. Acesso em: 21 set. 2020.

¹⁴⁹ “Essa última obrigação do operador é fundamental, pois caso ele não tenha observado as instruções dadas pelo controlador ao aplicar as operações de tratamento de dados pessoais, o operador equipara-se ao controlador (§1º do art. 42 da LGPD). Caso as instruções dadas pelo controlador sejam ilícitas, o operador não pode observá-las, sob pena de ser equiparado ao controlador para fins de responsabilidade civil decorrente do tratamento ilícito dos dados pessoais.” (*Ibidem*, p. 292. Acesso em: 21 set. 2020)

O parágrafo único, do artigo 44, da LGPD, estatui que responde pelos danos decorrentes da violação da segurança dos dados o controlador ou o operador que, ao deixar de adotar as medidas de segurança previstas no artigo 46 da mesma lei, der causa ao dano.

Isso porque o tratamento de dados pessoais traz ínsito em seu bojo a obrigação legal de segurança.

Todavia, pela leitura do texto da LGPD, denota-se que não houve clareza sobre a natureza da responsabilidade civil por violações à proteção de dados pessoais, ou seja, não há menção expressa na lei se a *responsabilidade é objetiva* ou *subjetiva*.

Importante consignar que, dentre os princípios previstos na lei, está justamente o da “responsabilização”, conforme artigo 6º, inciso X, da LGPD:

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

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.

Note que referido princípio também não faz menção a uma responsabilidade integral ou objetiva, mas sim ao necessário cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e eficácia das medidas empregadas, com a imposição do dever de “comprovar” a conformidade legal, o que aparenta refletir *dever de prudência, cautela e perícia*, evitando-se, assim, a *negligência, imprudência e imperícia*, as quais são elementos da culpa e, portanto, atraem uma responsabilidade de natureza *subjetiva*.

O *caput* do artigo 42, da LGPD, não estampou expressamente que responderiam “independentemente de culpa” os agentes de tratamento de dados pessoais, quem sejam, o controlador e o operador, pelos danos decorrentes de suas atividades.

Como aponta Anderson Schreiber ao fazer a análise de um outro ponto da LGPD, o “silêncio, por vezes, exprime uma opção do legislador em rejeitar um determinado instituto”¹⁵⁰, sendo certo que não é tarefa fácil ao operador de Direito saber identificar se

¹⁵⁰ SCHREIBER, Anderson. **Direito ao Esquecimento e Proteção de Dados Pessoais na Lei nº 13.709/2018: distinções e potenciais convergências**. p. 380. *In*: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; e OLIVA, Milena

referido silêncio é *propositado* ou se é uma *deficiência ocasional*, como aponta Carlos Maximiliano:

Nem sempre é fácil estabelecer a diferença entre o silêncio propositado, que significa recusa de ação, e a deficiência ocasional, que se deve suprir pelos meios regulares – analogia, Direito subsidiário, equidade. Em tal conjuntura, surge a oportunidade para se revelar toda a argúcia e demais recursos intelectuais do hermenêuta; seria precipitado pronunciar logo o juiz o *non possumus* fatal.¹⁵¹

Aliás, a menção à responsabilidade objetiva foi retirada do texto de um dos projetos que deram origem à redação atual da Lei Geral de Proteção de Dados, como explicam Gustavo Tepedino, Aline Terra e Gisela Guedes:

O único dispositivo da LGPD que remetia para a responsabilidade objetiva foi retirado no trâmite legislativo, o que é um dado significativo para a interpretação da lei. O próprio histórico de tramitação do projeto de lei que deu origem à LGPD evidencia, portanto, a opção do legislador pela responsabilidade subjetiva. A versão inicial do Projeto de Lei nº 5276 trazia no Capítulo sobre ‘Transferências internacionais de dados’, uma regra geral expressa de responsabilidade solidária e objetiva desses agentes pelos danos causados em virtude do tratamento de dados (artigo 35). Além disso, na Seção sobre ‘Responsabilidade e Ressarcimento de danos’, havia uma abordagem ampla sobre os sujeitos obrigados a reparar o dano (‘todo aquele que, em razão do exercício de atividade de tratamento de dados pessoais causar a outrem dano’) (art. 42), e outra regra igualmente ampla prevendo a solidariedade entre todos os agentes da cadeia de tratamento, sem qualquer distinção entre controlador e operador (‘[n]os casos que envolvem a transferência de dados pessoais, o cessionário ficará sujeito às mesmas obrigações legais e regulamentares do cedente, com quem terá responsabilidade solidária pelos danos causados’) (art. 44).

Diferentemente desse primeiro texto, todas as versões subsequentes do projeto, até a versão finalmente sancionada da LGPD, passaram a não mais mencionar, como regra geral, um regime de solidariedade ou objetividade na responsabilidade pelos danos decorrentes do tratamento de dados pessoais.¹⁵²

Em razão disso, é de extrema relevância a realização de uma interpretação sistemática para entendimento da natureza jurídica da responsabilidade civil prevista na LGPD.

Donato (Coord.). Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no direito brasileiro. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 367-384.

¹⁵¹MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 46.

¹⁵²TEPEDINO, Gustavo (Org.); TERRA, Aline de Miranda; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Fundamentos do Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 2. ed. v. 4. Rio de Janeiro: Forense, 2021. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992453/>. Acesso em: 29 dez. 2021. p. 287-288.

Isso porque a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais não pode ser considerada uma “ilha”, inclusive como se infere do seu próprio texto, merecendo destaque especial o artigo 45, pelo qual “*as hipóteses de violação do direito do titular no âmbito das relações de consumo permanecem sujeitas às regras de responsabilidade previstas na legislação pertinente*” e, ainda, o artigo 64, em que há previsão de que “*os direitos e princípios expressos nesta Lei não excluem outros previstos no ordenamento jurídico pátrio relacionados à matéria ou nos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte*”.

Luís Roberto Barroso¹⁵³ ensina que uma situação não pode ser regida simultaneamente por duas disposições legais que se contraponham, razão pela qual, no caso de conflito de leis, o próprio ordenamento jurídico aponta três critérios que deverão ser utilizados: o da *hierarquia*, pelo qual a lei superior prevalece sobre a inferior; o *cronológico*, em que a lei posterior prevalece sobre a anterior; e o da *especialização*, no qual a lei específica prevalece sobre a lei geral.

Ocorre que tais critérios podem não ser adequados ou plenamente satisfatórios quando a colisão se dá entre normas constitucionais, o que poderá acontecer, *v.g.*, para fins de enquadramento na base legal do legítimo interesse, já que, de um lado, poderá estar o direito à privacidade e, de outro, o direito de propriedade, o direito à segurança ou o direito à liberdade de expressão, todos com patamar constitucional equivalente em termos de proteção.

Nesse sentido, a resolução de *conflitos de normas* com o mesmo grau de *hierarquia* deve ser realizada diante do caso concreto. Logo, em caso de *colisão entre normas constitucionais*, deve ser utilizada a teoria da *ponderação de valores* ou *ponderação de interesses*, assim definida por Luís Roberto Barroso:

(...) a técnica pela qual se procura estabelecer o peso relativo de cada um dos princípios contrapostos. Como não existe um critério abstrato que imponha a supremacia de um sobre o outro, deve-se, à vista do caso concreto, fazer concessões recíprocas, de modo a produzir um

¹⁵³ BARROSO, Luís Roberto. **Novo Direito Constitucional Brasileiro**. Revista de Direito Administrativo. v.225. p. 1-38. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47562>> Acesso em: 17 jan. 2022. p. 27.

resultado socialmente desejável, sacrificando o mínimo de cada um dos princípios ou direitos fundamentais em oposição. O legislador não pode, arbitrariamente, escolher um dos interesses em jogo e anular o outro, sob pena de violar o texto constitucional. Seus balizamentos devem ser o princípio da razoabilidade e a preservação, tanto quanto possível, do núcleo mínimo do valor que esteja cedendo passo. Não há, aqui, superioridade formal de nenhum dos princípios em tensão, mas a simples determinação da solução que melhor atende o ideário constitucional na situação apreciada.¹⁵⁴

É importante destacar que o princípio afastado não perde a validade, só a efetividade diante da situação causadora da colisão¹⁵⁵.

Deve-se ter em mente, portanto, que a Lei Geral de Proteção de Dados recebe este nome, justamente, por conferir um regime uniforme voltado a todo tipo de tratamento de dados pessoais. Contudo, não pode ser entendida como iniciativa de anular todo entendimento construído sobre responsabilidade civil nos mais diversos segmentos: defesa do consumidor, relação entre particulares, relação empregatícia, atos do Estado etc.

Até mesmo porque, embora seja uma lei especial, a LGPD retrata a necessária harmonia com outros regramentos (artigo 64, da LGPD), inclusive o Código de Defesa do Consumidor, de maneira expressa (artigo 45, da LGPD).

Há, portanto, uma inequívoca interface entre a Lei Geral de Proteção de Dados e a Constituição Federal, o Código de Defesa do Consumidor, o Código Civil e a própria Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), devendo ser estabelecida a *interpretação sistemática* para definição do regime de responsabilidade civil, como bem explica Luís Roberto Barroso:

O método sistemático disputa com o teleológico a primazia no processo interpretativo. O direito objetivo não é um aglomerado aleatório de disposições

¹⁵⁴ BARROSO, Luís Roberto. Novo Direito Constitucional Brasileiro. Revista de Direito Administrativo. v. 225. p. 1-38. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47562>> Acesso em: 17 jan. 2022. p. 27.

¹⁵⁵ “Em cada caso, pois, em cada situação, a dimensão do peso ou importância dos princípios há de ser ponderada. Isso explica o quanto acima afirmei: a circunstância de em determinado caso a adoção de um princípio, pelo intérprete, implicar em afastamento do outro princípio, que com aquele entre em testilhas, não importa que seja este eliminado do sistema, até porque em outro caso, e mesmo diante do mesmo princípio, este poderá vir a prevalecer.” (GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 194).

legais, mas um organismo jurídico, um sistema de preceitos coordenados ou subordinados, que convivem harmonicamente. A interpretação sistemática é fruto da ideia de unidade do ordenamento jurídico. Através dela, o intérprete situa o dispositivo a ser interpretado dentro do contexto normativo geral e particular, estabelecendo as conexões internas que enlaçam as instituições e as normas jurídicas. Em bela passagem, registrou Capograssi que a interpretação não é senão a afirmação do todo, da unidade diante da particularidade e da fragmentaridade dos comandos singulares.¹⁵⁶

Eduardo Tomasevicius Filho faz um importante destaque para o princípio da boa-fé, no contexto da Lei Geral de Proteção de Dados, oportunidade em que também conclui “pela necessária aplicação de sólidos institutos de direito civil”¹⁵⁷.

É preciso destacar que a regra geral vigente em nosso sistema é a responsabilidade civil de natureza subjetiva, de forma que a responsabilidade objetiva é excepcional, como explica Eneas de Oliveira Matos:

Mantendo a ótica de regra geral de responsabilidade civil do Código de 1916, o novo também se pauta nesse sentido pela teoria da responsabilidade subjetiva – por culpa, como pórtico principal para análise do dever de reparar o dano no direito brasileiro, cabendo, tão-somente, por exceção, nos casos previstos em lei, a responsabilidade objetiva – independente de culpa, ou ainda quando o evento danoso decorrente de atividade de risco desempenhada pelo ofensor.¹⁵⁸

Analisando os textos legais da Constituição Federal, do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil, no tocante às hipóteses já consolidadas de incidência de *responsabilidade objetiva*, é possível constatar que embora, via de regra, há menção expressa de que os agentes responderão “independentemente de culpa” ou algo semelhante, há casos em que a expressão não é empregada, mas a jurisprudência e doutrina consolidaram o entendimento quanto à responsabilidade objetiva. Nesse sentido, confira-se:

Constituição Federal:
Art. 21. Compete à União: (...)

¹⁵⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 136.

¹⁵⁷ TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. O princípio da boa-fé na Lei Geral de Proteção de Dados. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-09/direito-civil-atual-principio-boa-fe-lgpd>. **Conjur**, 09/03/2020. Acesso em: 29 dez. 2021.

¹⁵⁸ MATOS, Eneas de Oliveira. **Dano moral e dano estético**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 315.

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

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

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

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

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. (...)

§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, *independentemente da obrigação de reparar os danos causados.*”

Código de Defesa do Consumidor:

Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, *independentemente da existência de culpa*, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos. (...)

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, *independentemente da existência de culpa*, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. (...)

§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a *verificação de culpa*.

Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração. (...)

§ 4º As sociedades coligadas *só responderão por culpa*.

Código Civil

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

Art. 734. O transportador *responde* pelos danos causados às pessoas transportadas e suas bagagens, salvo motivo de força maior, sendo nula qualquer cláusula excludente da responsabilidade. (...)

Art. 735. A responsabilidade contratual do transportador por acidente com o passageiro não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de *reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.*

Art. 931. Ressalvados outros casos previstos em lei especial, os empresários individuais e as empresas *respondem independentemente de culpa* pelos danos causados pelos produtos postos em circulação.

Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, *ainda que não haja culpa de sua parte*, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.

Art. 936. O dono, ou detentor, do animal *ressarcirá o dano*¹⁵⁹ por este causado, se não provar culpa da vítima ou força maior.

Nos termos do parágrafo único do artigo 927, do Código Civil, destacado retro, o dever de reparar o dano, *independentemente de culpa*, ocorrerá *nos casos especificados em lei*, o que não aconteceu na Lei Geral de Proteção de Dados, ou então, *quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.*

Sobre a interpretação da *cláusula geral de responsabilidade objetiva* prevista no parágrafo único, do artigo 927, Cláudio Luiz Bueno de Godoy traz importantes reflexões:

(...) omitiu-se o Código brasileiro na explicitação de que o risco da atividade pode estar na sua *própria natureza* ou, também, na *natureza dos meios utilizados* para seu desempenho. Ou seja, deixou de expressar a mesma ressalva do artigo 493º/2 do CC português, que estabeleceu a responsabilidade pelo exercício de uma atividade *‘perigosa por sua natureza ou pela natureza dos meios utilizados’*. Pois aqui cabe a interpretação extensiva, valendo para o direito brasileiro - posto que com referência ao risco - a mesma lição e exemplificação, para o direito português, de Antunes Varela: o caráter perigoso da atividade pode resultar ou da própria natureza da atividade, tal como o fabrico de explosivos ou a confecção de peças pirotécnicas, ou da natureza dos meios utilizados, e os exemplos do autor são, entre outros, do corte de papel com guilhotina mecânica, dos transportes de combustíveis ou do comércio de produtos que contém material inflamável. Se os meios utilizados a rigor condicionam ou são inerentes ao exercício da atividade e se, por isso, de todo modo se cria risco aos direitos de outrem, não há motivo bastante a que, também no direito brasileiro, em que se procura assegurar a indenidade da vítima na situação de maior

¹⁵⁹ Nesse sentido, vale mencionar o Enunciado 452, do Conselho de Justiça Federal, na V Jornada de Direito Civil, pelo qual foi firmado o seguinte entendimento: “A responsabilidade civil do dono ou detentor de animal é objetiva, admitindo-se a excludente do fato exclusivo de terceiro.” Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/390>. Acesso em: 7 set. 2020.

exposição, não se os considerem para incidência do parágrafo único do art. 927 do CC. (...)

(...) Não parece, com efeito, que, para fins de incidência do artigo 927, parágrafo único, se deva associar o *risco* ao *perigo* da atividade, Parafraçando Antônio Junqueira de Azevedo, o CC brasileiro cuidou do *risco da atividade* e não da *atividade de risco*. Exigiu, portanto, menos que o perigo, ainda que a periculosidade da atividade, à evidência, com maior razão atraia a incidência da norma. E, ao assim fazer, permitiu uma maior expansão da previsão, portanto a casos que não são de perigo, propriamente, mas nos quais a atividade desenvolvida induz maior risco aos direitos de outrem.¹⁶⁰

Ademais, considerando que a expressão “tratamento de dados pessoais” abriga muitas atividades (vide artigo 5º, inciso X, da LGPD), não é possível dizer que toda operação realizada com dados pessoais poderá, normalmente, implicar em risco de danos para outrem. Nesse sentido, a título de exemplo, não se pode afirmar que a atividade de um condomínio que faz tratamento de dados pessoais em sua portaria para fins de controle de acesso possa ser considerada, desde logo, uma atividade de risco. Afinal, se está diante de uma relação entre particulares, o que atrai a regra geral de responsabilidade subjetiva prevista no Código Civil.

Igualmente, não pode ser considerada de risco a atividade do empregador que faz tratamento de dados pessoais de seus empregados, para fins da manutenção da relação empregatícia, visto que, neste âmbito, como se demonstrará adiante, prevalece a responsabilidade subjetiva.

Por outro lado, atividades complexas envolvendo o tratamento de dados, em que se é empregada *inteligência artificial*, *big data*¹⁶¹ e uso de robôs, podem conduzir à responsabilidade objetiva pela teoria do risco criado.

Igualmente, há situações em que a responsabilidade civil objetiva por danos decorrentes do tratamento de dados pessoais decorrerá da própria lei, como é o caso da

¹⁶⁰ GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **Responsabilidade civil pelo risco da atividade e o nexo de imputação da obrigação de indenizar**: reflexões para um colóquio Brasil-Portugal. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 33-34.

¹⁶¹ O Glossário de Segurança da Informação, aprovado pela Portaria nº 93, de 26.09.2019, do Ministro de Estado Chefe do Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República traz o seguinte conceito para *big data*: “conjuntos de dados extremamente amplos e que, por este motivo, necessitam de ferramentas especialmente preparadas para lidar com grandes volumes, de forma que toda e qualquer informação nesses meios possa ser encontrada, analisada e aproveitada em tempo hábil.” (Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-93-de-26-de-setembro-de-2019-219115663>. Acesso em: 29 dez. 2021).

interface estabelecida com o Código de Defesa do Consumidor, nos termos do artigo 45, da LGPD, e com a responsabilidade civil do Estado (artigo 37, §6º, da Constituição Federal combinado com artigo 43 do Código Civil) já destacados retro. Inclusive, grande parte do tratamento de dados pessoais ocorrerá no âmbito das relações consumeristas, principalmente em decorrência dos inúmeros produtos e serviços oferecidos *online* e *offline*, sem contar o tratamento de dados para fins de publicidade de produtos e serviços.

Cíntia Rosa Pereira de Lima e Kelvin Peroli, ao tratar da caracterização da relação jurídica de consumo no tratamento de dados pessoais, apontam para a necessidade de enquadramento, de um lado, do *fornecedor* no conceito constante no artigo 3º, do Código de Defesa do Consumidor, e de outro, do *consumidor*, como destinatário final da cadeia de consumo, nos termos do artigo 2º, do mesmo diploma, como vítimas de consumo, nos moldes do artigo 17, do CDC, ou ainda, como pessoas expostas às práticas comerciais, consoante artigo 29 do CDC¹⁶².

No tocante ao elemento objetivo da relação jurídica de consumo, qual seja, a remuneração, os referidos autores apontam para a necessidade de reconhecimento das remunerações direta e indireta:

Quanto à remuneração direta, impõe analisar se os dados pessoais, como direitos de personalidade, são passíveis de fruição econômica. Entendemos que sim, pois assim como o nome, a imagem e os direitos patrimoniais de autor, alguns direitos de personalidade são passíveis de fruição econômica. Entretanto, quanto aos dados pessoais, devem-se observar os princípios e regras para o tratamento lícito, sempre a depender do consentimento inequívoco do titular dos dados nos termos do art. 7º, inc. I e art. 8º da LGPD.

Entretanto, não se pode desconsiderar a remuneração indireta dos serviços disponibilizados no espaço digital, *e.g.*, a realização de uma customização dos perfis, por parte dos fornecedores (provedores de serviços de Internet), que objetivam segmentar públicos-alvo para a percepção de lucros com publicidades direcionadas (*marketing* direto) (...).¹⁶³

¹⁶² LIMA, Cíntia Rosa Pereira de; PEROLI, Kelvin. **A Aplicação da Lei Geral de Proteção de Dados do Brasil no Tempo e no Espaço**. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788584935796/>. p. 89-90.

¹⁶³ LIMA, Cíntia Rosa Pereira de; e PEROLI, Kelvin. **A Aplicação da Lei Geral de Proteção de Dados do Brasil no Tempo e no Espaço**. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788584935796/>. p. 91. Acesso em: 17 jan. 2022.

Some-se a isso a necessária interface da LGPD com o Código Civil. Nesse sentido, merece destaque não só a *cláusula geral de responsabilidade objetiva pelo risco criado*, prevista no parágrafo único, do artigo 927, do Código Civil, já que alguns tipos de tratamento de dados pessoais poderão se enquadrar nesse dispositivo, como exemplificado retro, mas também aquela decorrente do *fato do produto* (artigo 931) e *do ato de terceiros* (artigos 932 e 933), assim como eventuais *excludentes gerais de ilicitude e de causalidade*, além da *prescrição e decadência*. Igualmente, também é possível apontar a aplicação das regras atinentes à *responsabilidade subjetiva* (artigos 186 e 927, *caput*), ao *abuso de direito* (artigo 187), ao *direito de regresso* (artigo 934), as disposições referentes aos *contratos em geral* (artigos 421 e seguintes) firmados para fins de tratamento de dados pessoais.

No tocante à Constituição Federal, como ponto de interface, vale salientar os princípios, direitos e garantias fundamentais, assim como a responsabilidade civil do Estado (artigo 37, § 6º) afinal, o Poder Público também está sujeito à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, conforme artigo 1º, inclusive tendo sido dedicado um capítulo ao tema, a partir do artigo 23.

Aliás, uma análise isolada do disposto no artigo 31 e 32, da LGPD, sob a seção II “Da Responsabilidade”, sem realizar uma interpretação sistemática, poderia conduzir ao entendimento de que o Estado não responderia por violações de direitos dos titulares. Em verdade, entende-se que referidos dispositivos estão relacionados à *fiscalização administrativa* pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados, visto que a ANPD pode (i) enviar informe com medidas cabíveis para fazer cessar a violação; assim como com a *responsabilidade* em termos de prestação de contas (*accountability*), já que a ANPD pode (ii) solicitar a agentes do Poder Público a publicação de relatórios de impacto à proteção de dados pessoais; além de (iii) sugerir a adoção de padrões e de boas práticas para os tratamentos de dados pessoais pelo Poder Público.

A doutrina explica que os próprios Tribunais de Contas podem atuar como fiscalizadores do Estado, ao lado da ANPD:

(...) em primeiro lugar orientando, para, em seguida, avaliar o cumprimento das exigências contidas na referida legislação, objetivando um tratamento de dados pelo poder público que vá ao encontro das expectativas de toda a coletividade, que precisa

ter seus dados tratados pelos diversos setores da Administração Pública, mas, mais do que isso, que esse tratamento se dê com respeito, com transparência e com a responsabilidade sempre ansiada por todos.¹⁶⁴

Ocorre que, como aponta Eneas de Oliveira Matos, o direito positivo brasileiro “abarcou a teoria da responsabilidade objetiva – independentemente da apreciação de culpa do ofensor Estado”¹⁶⁵, em decorrência da teoria do risco administrativo, sendo certo que, no mesmo sentido, é a legislação comparada, conforme se infere “das disposições dos artigos 34, da Lei Fundamental Alemã, de 1949; 28, da Constituição da Itália, de 1947 e, notadamente, 22, da Constituição da de Portugal, de 1976”¹⁶⁶. Por isso, não há dúvidas que o Estado terá responsabilidade objetiva pelos tratamentos de dados que realiza.

Por outro lado, considerando que a LGPD também abrange o tratamento de dados pessoais de empregados, cumpre frisar que, na seara Trabalhista, a responsabilidade civil do empregador por danos ao empregado, via de regra, é de natureza *subjetiva*, sendo certo que, até mesmo em situações graves, que podem atentar contra a *vida* ou *integridade física* do trabalhador, a *responsabilidade* será *subjetiva*, salvo nos casos de atividades de risco¹⁶⁷, conforme artigo 7º, inciso XXVIII, da Constituição Federal:

¹⁶⁴ SANTOS NETO, Arnaldo Bastos; Ishikawa, Lauro; Maciel, Moises. O Tratamento de Dados Pessoais pelo Poder Público e o Papel dos Tribunais de Contas. **Revista Direitos Culturais**, v. 16, n. 40, p. 163-177, 23 dez. 2021. Disponível em <https://doi.org/10.20912/rdc.v16i40.604>. Acesso em: 17 jan. 22. p. 176.

¹⁶⁵ MATOS, Eneas de Oliveira. **Dano moral e dano estético**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 317.

¹⁶⁶ *Ibidem*, p. 317.

¹⁶⁷ “EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO DO TRABALHO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. TEMA 932. EFETIVA PROTEÇÃO AOS DIREITOS SOCIAIS. POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO OBJETIVA DO EMPREGADOR POR DANOS DECORRENTES DE ACIDENTES DE TRABALHO. COMPATIBILIDADE DO ART. 7, XXVIII DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL COM O ART. 927, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO CIVIL. APLICABILIDADE PELA JUSTIÇA DO TRABALHO. 1. A responsabilidade civil subjetiva é a regra no Direito brasileiro, exigindo-se a comprovação de dolo ou culpa. Possibilidade, entretanto, de previsões excepcionais de responsabilidade objetiva pelo legislador ordinário em face da necessidade de justiça plena de se indenizar as vítimas em situações perigosas e de risco como acidentes nucleares e desastres ambientais. 2. O legislador constituinte estabeleceu um mínimo protetivo ao trabalhador no art. 7º, XXVIII, do texto constitucional, que não impede sua ampliação razoável por meio de legislação ordinária. Rol exemplificativo de direitos sociais nos artigos 6º e 7º da Constituição Federal. 3. Plena compatibilidade do art. 927, parágrafo único, do Código Civil com o art. 7º, XXVIII, da Constituição Federal, ao permitir hipótese excepcional de responsabilização objetiva do empregador por danos decorrentes de acidentes de trabalho, nos casos especificados em lei ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor implicar, por sua natureza, outros riscos, extraordinários e especiais. Possibilidade de aplicação pela Justiça do Trabalho. 4. Recurso Extraordinário desprovido. TEMA 932. Tese de repercussão geral: "O artigo 927, parágrafo único, do Código

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...)
 XXVIII - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, *quando incorrer em dolo ou culpa*;

Nesse sentido, não parece que a LGPD possa instituir, como regra, *responsabilidade objetiva* ao empregador pelo tratamento de dados pessoais de seus empregados, já que a culpa norteia a responsabilidade civil no Direito do Trabalho, em decorrência de norma constitucional que, por estar em posição superior de hierarquia, prevalece sobre a lei infraconstitucional, ainda que seja especial.

Importante consignar que o tratamento de dados pessoais não foi proibido pela LGPD, mas existem regras que devem ser observadas, sob pena de responsabilidade civil e sanção administrativa. Tanto é assim que foram estabelecidas diretrizes para o tratamento de dados pessoais, além de ter sido conferido poder à Autoridade Nacional de Proteção de Dados para criar padrões de serviços e produtos, padrões técnicos, estabelecer boas práticas etc.

Nesse ponto, aliás, o artigo 44, da LGPD, prevê que o tratamento de dados pessoais será *irregular*, ou seja, há *presunção de ilicitude*, quando *deixar de observar a legislação* ou quando *não fornecer a segurança* que o titular dele pode esperar, sendo certo que, no parágrafo único, individualiza a responsabilidade do controlador e do operador perante danos causados:

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

I - o modo pelo qual é realizado;

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

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

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

Civil é compatível com o artigo 7º, XXVIII, da Constituição Federal, sendo constitucional a responsabilização objetiva do empregador por danos decorrentes de acidentes de trabalho, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida, por sua natureza, apresentar exposição habitual a risco especial, com potencialidade lesiva e implicar ao trabalhador ônus maior do que aos demais membros da coletividade". (RE 828040, Rel. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, j. 12/03/2020, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-161 DIVULG 25-06-2020 PUBLIC 26/06/2020)

A inobservância dos princípios legais, como é o caso da *finalidade* do tratamento de dados pessoais, poderá conduzir ao *abuso de direito*, conduta classificada como *ato ilícito*, nos termos do artigo 187, do Código Civil.

Inclusive, é possível afirmar que ocorrerá *abuso de direito* quando os agentes de tratamento excederem os limites legais das hipóteses autorizadoras do tratamento de dados pessoais (direitos de tais agentes de tratamento), constantes nos artigos 7º e 11, da LGPD, especialmente no que tange ao *cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador* (artigo 7º, inciso II e artigo 11, inciso II, alínea “a”, ambos da LGPD) e o *exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral* (artigo 7º, inciso VI e artigo 11, inciso II, alínea “d”, ambos da LGPD), com conseqüente excesso aos limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes (artigo 187, Código Civil).

Por outro lado, o fato de a LGPD ter previsto *excludentes de responsabilidade civil* poderia conduzir ao raciocínio de que a responsabilidade civil seria de natureza objetiva, afinal, o artigo 43 da lei estatui que os agentes de tratamento “só” não serão responsabilizados quando provarem a ocorrência das causas lá previstas, as quais, inclusive, são objeto deste estudo.

Ocorre que a previsão expressa de excludentes de responsabilidade civil no texto legal não pode ser requisito para classificar a natureza da responsabilidade civil, não só porque a caracterização dos pressupostos do *ato ilícito* e do *nexo causal* ocorre em fases distintas do pressuposto do *nexo de imputação* ou do *fator de atribuição*, como já explicado retro, mas também porque as *causas excludentes são aplicáveis tanto à responsabilidade objetiva quanto à subjetiva*. Tanto é assim que, no âmbito do Código de Defesa do Consumidor, as excludentes também são aplicáveis aos profissionais liberais, cuja responsabilidade é subjetiva.

Manifestando entendimento distinto, Cíntia Rosa Pereira de Lima, Emanuele Pezati Franco de Moraes e Kelvin Peroli defendem que a natureza da responsabilidade civil prevista na LGPD é *objetiva*, seja porque a estrutura da nova lei é semelhante ao Código de Defesa do Consumidor, ou ainda, porque a existência de excludentes de responsabilidade civil só se

destinariam ao instituto da responsabilidade objetiva, visto que, na subjetiva, a ausência de culpa seria excludente:

(...) a LGPD determina que é do controlador e do operador o dever de reparar danos causados, expressamente dispondo que a responsabilidade entre eles é solidária. Assim, levanta-se a questão sobre a omissão do legislador em prever se trata de responsabilidade objetiva ou subjetiva. A questão foi respondida comparando a estrutura da LGPD com o Código de Defesa do Consumidor para se concluir que a responsabilidade é objetiva.

Verificou-se, em um primeiro momento, que a estrutura das normas de responsabilidade civil da LGPD é espelhada na estrutura do CDC, o que leva ao primeiro indício de que a responsabilidade civil seria objetiva. Aprofundando o estudo, enfatizou-se que o legislador, expressamente, trouxe as causas de excludentes de responsabilidade civil, instituto utilizado na responsabilidade objetiva, não cabendo, então, a aplicação do instituto da culpa para quebra do nexo causal da responsabilidade.

(...)

Logo, se a LGPD não quisesse tratar como objetiva a responsabilidade, não determinaria excludentes, posto que na responsabilidade subjetiva a excludente de responsabilidade é a ausência de culpa. Contudo, esse tópico tem dividido opiniões, restando ao Poder Judiciário consolidar o entendimento a respeito.¹⁶⁸

No entendimento de Gisela Sampaio da Cruz Guedes e Rose Meireles, a responsabilidade civil prevista na Lei Geral de Proteção de Dados seria de natureza *subjetiva*, sob o seguinte fundamento:

(...) não faz muito sentido - nem do ponto de vista lógico, nem do jurídico - o legislador criar uma série de deveres de cuidados se não for para implantar um regime de responsabilidade subjetiva. Se o que se pretende é responsabilizar os agentes, independentemente de culpa de fato, não faz sentido criar deveres a serem seguidos, tampouco responsabilizá-los quando tiverem cumprido perfeitamente todos esses deveres. A lógica de responsabilidade objetiva é outra, completamente diferente: não cabe discutir cumprimento de deveres, o que no fundo está sendo analisado é se o agente atuou ou não com culpa.

(...)

Ao criar verdadeiro *standard* de conduta, a LGPD se aproximou mais do regime de responsabilidade fundado na culpa. Afinal, a noção atual de 'culpa' envolve mesmo a análise de *standards* de conduta socialmente aceitos.¹⁶⁹

¹⁶⁸ LIMA, Cíntia Rosa Pereira de; MORAES, Emanuele Pezati Franco de Moraes; e PEROLI, Kelvin. **O Necessário Diálogo entre o Marco Civil da Internet e a Lei Geral de Proteção de Dados para a Coerência do Sistema de Responsabilidade Civil diante das novas tecnologias**. 1. ed. São Paulo: Almedina, 2020. p. 158-159.

¹⁶⁹ GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; e MEIRELES, Rose. **Término do Tratamento de Dados**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 231 e 233.

Gisela Sampaio da Cruz Guedes e Rose Meireles apontam ainda que Laura Schertel Mendes e Danilo Doneda seriam a favor da responsabilidade objetiva¹⁷⁰, uma vez que “o tratamento de dados apresenta risco intrínseco aos seus titulares”¹⁷¹.

Maria Celina Bodin de Moraes, por sua vez, defende que o sistema de responsabilização civil previsto na LGPD é *especialíssimo*, o que, inclusive, configuraria a principal novidade da lei, constituindo-se em um sistema de *responsabilização proativa*, frente às diversas exigências legais para fins de conformidade, sob os seguintes argumentos:

(...) reflete a determinação do disposto no inciso X do art. 6º da Lei, que prevê o princípio da ‘responsabilização e prestação de contas, isto é, a 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’. Como se vê, o legislador pretendeu aqui não apenas determinar o ressarcimento dos danos eventualmente causados, mas também e, principalmente, buscou prevenir e evitar a ocorrência desses danos.

Assim, esta responsabilidade especial, à semelhança do que ocorre no Regulamento europeu, está articulada em torno de três noções fundamentais, que devem ser somadas: i) dano; ii) violação da legislação de proteção dos dados por parte do controlador e/ou operador e iii) reparação. Com efeito, o regime demanda que o dano, para ser indenizável, seja resultante de um lado, da violação de qualquer dispositivo da LGPD e, de outro, que tenha sido causado por algum agente de tratamento dos dados para então impor a obrigação de ressarcir à parte lesada. (...)

Em conclusão, vê-se que o legislador, embora tenha flertado com o regime subjetivo, elaborou a um novo sistema, de prevenção, e que se baseia justamente no risco da atividade. Tampouco optou pelo regime da responsabilidade objetiva, que seria talvez mais adequado à matéria dos dados pessoais, porque buscou ir além na prevenção, ao aventurar-se em um sistema que tenta, acima de tudo, evitar que danos sejam causados.

Este novo sistema de responsabilização ‘proativa’, nem subjetivo nem objetivo, parece promissor; agora é tempo de aguardar seus resultados.¹⁷²

Em nosso entendimento, contudo, o sistema de responsabilidade civil proposto pela Lei Geral de Proteção de Dados é *híbrido* e será determinado pela atividade lesante. Via de regra, será de natureza *subjetiva*, mas há situações em que será atraída a responsabilidade *objetiva*, como é o caso dos danos decorrentes de tratamento de dados pessoais que gere risco a outrem,

¹⁷⁰ *Ibidem*, p. 230.

¹⁷¹ MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo. **Reflexões Iniciais sobre a nova Lei Geral de Proteção de Dados**. p. 473 *apud* GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; e MEIRELES, Rose, *ibidem*, p. 231.

¹⁷² MORAES, Maria Celina Bodin de. LGPD: um novo regime de responsabilização civil dito proativo. Disponível em: <http://civilistica.com/lgpd-um-novo-regime-de-responsabilizacao-civil-dito-proativo/>. Acesso em: 6 set. 2020.

realizado pelo Poder Público ou no âmbito das relações de consumo, com exceção do regime previsto aos profissionais liberais. O que irá definir a natureza da responsabilidade civil no âmbito da proteção de dados pessoais, portanto, é o tipo de atividade lesiva e o contexto do tratamento de dados pessoais realizado pelo ofensor.

Anderson Schreiber comunga do mesmo entendimento que a responsabilidade civil pelo tratamento de dados pessoais deverá ser definida a partir da atividade lesiva:

Em suma, apesar da redação algo confusa, pode-se concluir que convivem na LGPD dois regimes distintos de responsabilidade civil: a responsabilidade subjetiva e a responsabilidade objetiva. É, de resto, o que ocorre no Código Civil, no qual convivem as cláusulas gerais de responsabilidade subjetiva (art. 186 c/c art. 927, caput) e objetiva (art. 927, parágrafo único), bem como no Código de Defesa do Consumidor (responsabilidade objetiva nos arts. 12, caput, e 14, caput, por exemplo; e responsabilidade subjetiva no art. 14, § 4.º), sendo certo que esses dois diplomas legislativos parecem ter guiado, acertadamente, as opções do legislador especial na disciplina do tratamento de dados pessoais.¹⁷³

Com isso, denota-se que o entendimento aprofundado do regime das excludentes é fundamental e pertinente para evitar interpretações equivocadas quanto à própria natureza da responsabilidade civil, no âmbito da proteção de dados pessoais. Prova disso e realizando um estudo comparado, denota-se que o Código de Defesa do Consumidor estatui a responsabilidade subjetiva aos profissionais liberais, conforme §4º, do artigo 14, aos quais também é assegurado o direito de invocar as excludentes gerais e as especiais de responsabilidade civil previstas no diploma consumerista.

1.7.1. Responsabilidade Solidária na LGPD e Direito de Regresso

Via de regra, consoante artigo 42, da LGPD, aquele que der causa ao dano será responsável pela reparação.

Contudo, a lei estabeleceu hipóteses de responsabilidade solidária para assegurar a efetiva indenização ao titular dos dados, no §1º do artigo 42, ao estabelecer que (i) o *operador*

¹⁷³ SCHREIBER, Anderson. Responsabilidade civil na lei geral de proteção de dados pessoais. In: DONEDA, Danilo et al. (Coord.) **Tratado de proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. Acesso em: 21 nov. 2021. p. 339.

responde solidariamente com o *controlador*, (a) *quando descumprir as obrigações da legislação de proteção de dados* ou (b) *quando não tiver seguido as instruções lícitas do controlador*, hipótese em que o operador equipara-se ao controlador, salvo se incidirem as excludentes de responsabilidade civil; e ainda, que (ii) *haverá responsabilidade solidária entre todos os controladores* que estiverem envolvidos diretamente no tratamento de dados que causou danos ao titular, conforme artigo 42, §1º, incisos I e II.

Anderson Schreiber¹⁷⁴ bem pontua que, em verdade, a responsabilidade solidária se refere ao controlador, afinal, se o operador descumprir a legislação de proteção de dados já responderia pelos danos causados, a teor do artigo 42, da LGPD. Além disso, aponta que o legislador brasileiro poderia ter seguido o disposto no artigo 82, §4º, do Regulamento Geral de Proteção de Dados Europeu (GDPR):

Quando mais do que um responsável pelo tratamento [controlador] ou subcontratante, ou um responsável pelo tratamento e um subcontratante [operador], estejam envolvidos no mesmo tratamento e sejam, nos termos dos nos 2 e 3, responsáveis por eventuais danos causados pelo tratamento, cada responsável pelo tratamento [controlador] ou subcontratante [operador] é responsável pela totalidade dos danos, a fim de assegurar a efetiva indemnização do titular dos dados.

Em guia orientativo, a ANPD previu não só a existência de “Controladoria Singular” (um único Controlador no Tratamento), mas também de “Controladoria Conjunta”, assim conceituada para fins da LGPD: “a determinação conjunta, comum ou convergente, por dois ou mais controladores, das finalidades e dos elementos essenciais para a realização do tratamento de dados pessoais, por meio de acordo que estabeleça as respectivas responsabilidades quanto ao cumprimento da LGPD”¹⁷⁵.

Para caracterização da “Controladoria Conjunta” necessário, portanto, a participação conjunta de dois ou mais Controladores para definição das finalidades e meios de tratamento, ou seja, com “decisões comuns” sobre o Tratamento, de tal forma que “o tratamento não seria

¹⁷⁴ SCHREIBER, Anderson. Responsabilidade civil na lei geral de proteção de dados pessoais. In: DONEDA, Danilo et al. (Coord.). **Tratado de proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 342.

¹⁷⁵ Vide item 46 do Guia Orientativo para Definições dos Agentes de Tratamento de Dados Pessoais e do Encarregado, da ANPD. p. 6. Disponível em: https://www.gov.br/anpd/pt-br/assuntos/noticias/2021-05-27-guia-agentes-de-tratamento_final.pdf. Acesso em: 24 nov. 2021.

possível sem a participação de ambos os controladores”¹⁷⁶, ainda que existam decisões distintas e individuais em algumas etapas. Contudo, cada parte guardará sua própria responsabilidade pelos atos de tratamento, respeitadas as excludentes previstas no artigo 43.

Além disso, no §4º do artigo 42, da LGPD, é previsto o *direito de regresso*, de forma que “aquele que reparar o dano ao titular tem direito de regresso contra os demais responsáveis, na medida de sua participação no evento danoso”.

Anderson Schreiber aponta que se trata de uma “relação interna entre os codevedores solidários”¹⁷⁷, o que evidencia a relevância de se estabelecer nos contratos entre os agentes de tratamento parâmetros para verificação da responsabilidade individual de cada agente perante a atividade desenvolvida. De qualquer forma, a apuração do nexo causal entre a conduta do agente e o dano experimentado será determinante para apuração da extensão da responsabilidade.

Vale consignar que na Reforma Trabalhista foi previsto que “são responsáveis pelo dano extrapatrimonial todos os que tenham colaborado para a ofensa ao bem jurídico tutelado, na proporção da ação ou da omissão” (artigo 223-E).

No CDC, a solidariedade está prevista no parágrafo único do artigo 7º, pelo qual “tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo.” No artigo 18, há previsão que os fornecedores de produtos de consumo respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo, assim como por aqueles decorrentes da disparidade com a indicações constantes do recipiente. No artigo 19, há previsão de que os fornecedores respondem solidariamente pelos vícios de quantidade do produto. Previsões de solidariedade também estão no artigo 25, §1ª, no contexto da vedação da estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenua a obrigação de indenizar. As sociedades consorciadas são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes do CDC (artigo 28, §3º). O

¹⁷⁶ Vide item 42, *ibidem*.

¹⁷⁷ SCHREIBER, Anderson. Responsabilidade civil na lei geral de proteção de dados pessoais. *In: Tratado de proteção de dados pessoais*. DONEDA, Danilo et al. (Coord.) Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 344.

fornecedor do produto ou serviço é solidariamente responsável pelos atos de seus prepostos ou representantes autônomos (artigo 34).

1.7.2. O Dano ao Titular de Dados Pessoais

O artigo 42 da LGPD estatui a responsabilidade civil do *controlador* ou do *operador* que, em razão do exercício de atividade de tratamento de dados pessoais, causar a outrem *dano patrimonial, moral, individual* ou *coletivo*, em violação à legislação de proteção de dados pessoais.

No tocante aos *danos patrimoniais e morais*, decorrente do tratamento ilícito de dados pessoais, Menezes Cordeiro, ao analisar o Regulamento Geral de Proteção de Dados Europeu, traz os seguintes exemplos:

Como exemplos de danos materiais (patrimoniais), contam-se: (i) o aumento dos custos finais cobrados por um serviço prestado, na decorrência da transmissão ilícita de dados por um terceiro para o prestador; (ii) a não celebração de um contrato de trabalho ou o despedimento na decorrência da recolha ilícita de dados pessoais, pela entidade patronal, relativos ao candidato; (iii) a utilização ilícita de dados pessoais por entidades financeiras, com um impacto negativo nas condições apresentadas ao titular, por exemplo nos juros cobrados ou no valor do prémio do seguro; e (iv) a não retificação (artigo 16.º) ou o não apagamento de dados (artigo 17.º).

Quanto aos danos imateriais (morais) mais comuns, são idênticos aos conhecidos do universo do direito à intimidade da vida privada: a exposição pública não pretendida, a ansiedade e a discriminação daí decorrentes, a objetivação do ser humano, enquanto mero dado, ou a inibição do desenvolvimento da personalidade.¹⁷⁸

Outro ponto de extrema relevância, para fins da responsabilidade civil é a natureza jurídica do dano e, no caso do dano moral por violação à lei, se esse poderá ter natureza *in re ipsa*.

De um modo geral, a doutrina e a jurisprudência têm entendido que, em algumas situações, o dano moral é *in re ipsa* e, portanto, independe da comprovação de prejuízo, uma vez que “ocorrerá inexoravelmente do próprio fato ofensivo, de tal modo que, provada a ofensa, *ipso facto* estará demonstrado o dano moral à guisa de uma presunção natural, uma

¹⁷⁸ CORDEIRO, A. Barreto Menezes. **Da Responsabilidade Civil pelo Tratamento de Dados Pessoais**. Disponível em: <https://blook.pt/publications/publication/2ae6399f13bb/>. Acesso em: 6 set. 2020. p. 06-07.

presunção *hominis ou facti* que decorre das regras da experiência comum”¹⁷⁹, exatamente como ocorre no caso da perda de um ente querido ou em decorrência da negativação indevida do nome de uma pessoa perante os órgãos de proteção ao crédito¹⁸⁰.

A LGPD não traz nenhuma diretriz específica sobre a natureza do dano e, quando esse for moral, ficará a critério do magistrado aferir se é *in re ipsa*, como no caso de vazamento de fotografias íntimas armazenadas na nuvem por determinado provedor; ou se não é, como no caso de vazamento de *logs* que embora tornem o titular identificável, não o identificam prontamente e dificilmente poderão ser utilizados em seu prejuízo e, conseqüentemente, lhe trazer danos.

Os danos coletivos não podem ser confundidos com a tutela coletiva de danos individuais. Não existe lei específica sobre a tutela dos direitos coletivos, razão pela qual acaba sendo utilizada a Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85) e o próprio Código de Defesa do Consumidor.

Sobre o tema, Rennan Faria Krüger Thamay explica que o *processo civil coletivo* se socorre do processo civil tradicional, mas é inequívoca a necessidade de codificação própria desse instituto¹⁸¹. Além disso, explica que referido processo coletivo é guiado pelos seguintes princípios: (i) o princípio da adequada representação; (ii) princípio da adequada certificação da ação coletiva; (iii) princípio da coisa julgada diferenciada e a “extensão subjetiva” da coisa julgada *secundum eventum litis* à esfera individual; (iv) princípio da informação e publicidade adequadas; (v) princípio da competência adequada; dentre outros¹⁸².

Ademais, o processo coletivo independe da vontade das partes, visto que há na matéria “interesse público que deve prevalecer, sempre observando os critérios de conveniência e

¹⁷⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 15. ed. Barueri: Atlas, 2021. p. 5.

¹⁸⁰ STJ, AgRg no REsp 1.483.004/AM, Rel. Min. Marco Buzzi, j. 03/09/2015.

¹⁸¹ THAMAY, Rennan Faria Krüger. O processo coletivo na teoria geral do processo civil: legitimidade e coisa julgada. **Revista de Direito (Viçosa)**, v. 05, p. 161-215, 2013. Disponível em <https://periodicos.ufv.br/revistadir/article/view/1446/708>. Acesso em: 17 jan. 22. p. 163.

¹⁸² THAMAY, Rennan Faria Krüger. Os princípios do processo coletivo. **Revista Bonijuris**, v. 1, p. 25-36, 2013. Disponível em <https://rennankrugerthamay.jusbrasil.com.br/artigos/121943456/os-principios-do-processo-coletivo>. Acesso em: 17 jan. 22.

oportunidade." ¹⁸³Some-se a isso que o intérprete deverá se socorrer não só da legislação, mas também do *microsistema* relacionado às demandas coletivas. ¹⁸⁴

O Superior Tribunal de Justiça, em relação à *reparação de dano moral coletivo*, assim entendido como aquele que “viola um interesse coletivo e difuso”, estatuiu que:

(...)

1. A violação de direitos metaindividuais dá ensejo à condenação por danos morais coletivos, cujo objetivo é a preservação de valores essenciais da sociedade. O dano moral coletivo é autônomo, revelando-se independentemente de ter havido afetação a patrimônio ou higidez psicofísica individual.

2. Apesar de o dano moral coletivo ocorrer *in re ipsa*, sua configuração ocorre apenas quando a conduta antijurídica afetar interesses fundamentais, ultrapassando os limites do individualismo, mediante conduta grave, altamente reprovável, sob pena de o instituto ser banalizado.

3. Os direitos difusos, metaindividuais, são aqueles pertencentes, simultânea e indistintamente, a todos os integrantes de uma coletividade, indeterminados ou indetermináveis, caracterizando-se, ademais, pela natureza indivisível de seu objeto ou bem jurídico protegido, tendo como elemento comum as circunstâncias do fato lesivo, e não a existência de uma relação jurídica base. (...).¹⁸⁵

Em ação ajuizada por Sindicato, foi reconhecida a legitimidade deste último para tutelar *interesses individuais homogêneos* da categoria que representa, porém, em relação aos alegados danos morais, a magistrada entendeu que esses não são presumíveis, afastando, conseqüentemente, o pedido indenizatório pela ausência de prova nesse sentido:

(...) O interesse de agir se consubstancia no binômio necessidade-adequação, pois indicado abstratamente violação a direitos individuais homogêneos (art. 81, inciso III, do CDC, atrelados à mesma relação jurídica dos empregados). Por assim sendo, expurga-se de uma só vez, para além do interesse, também, a alegada ausência de autorização da categoria, legitimidade ativa e identificação dos trabalhadores, pois a legitimação do Sindicato decorre da própria CRFB, art. 8º, inciso III, a qual autoriza ampla e irrestritamente a representação pela entidade sindical, independentemente da condição de associados ou autorização expressa individual, não estando também limitada a eventual rol de substituídos.

(...)

O fato de a empresa não ter implementado os comandos legais não faz reconhecer, por si só, a efetiva ocorrência de dano aos titulares dos direitos, pois inexistente de fato

¹⁸³ THAMAY, Rennan Faria Kruger. Os princípios do processo coletivo. Revista Bonijuris, v. 1, p. 25-36, 2013. Disponível em <<https://rennankrugerthamay.jusbrasil.com.br/artigos/121943456/os-principios-do-processo-coletivo>> Acesso em 17 jan. 22.

¹⁸⁴ THAMAY, Rennan Faria Kruger. Os princípios do processo coletivo. Revista Bonijuris, v. 1, p. 25-36, 2013. Disponível em <<https://rennankrugerthamay.jusbrasil.com.br/artigos/121943456/os-principios-do-processo-coletivo>> Acesso em 17 jan. 22.

¹⁸⁵ STJ, REsp 1838184/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, j. 05/10/2021, DJe 26/11/2021.

demonstração de vazamento de dados ou outra utilização ilícita capaz de afetar a esfera de privacidade/dignidade dos trabalhadores substituídos.¹⁸⁶

O Superior Tribunal de Justiça tem precedentes em ambos os sentidos, ou seja, em alguns casos entende que o tratamento de dados acarreta danos morais de natureza *in re ipsa* e, em outros, não, seja porque são relacionados ao convívio em sociedade¹⁸⁷, ou porque a utilização de *cadastro de correntista* não gera dano moral¹⁸⁸.

A Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, que altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), trouxe a previsão expressa do *dano extrapatrimonial*, no Título II-A,

¹⁸⁶ Sentença proferida pela Juíza Ivanise Marilene Uhlig De Barros, da Vara do Trabalho de Montenegro, nos autos da ACC 0020043-80.2021.5.04.0261. j. 13.07.2021.

¹⁸⁷ “A respeito do assunto, cabe mencionar o estudo de Tércio Sampaio Ferraz Júnior em seu trabalho ‘Sigilo de Dados: O Direito à Privacidade e os Limites à Função Fiscalizadora do Estado’ (Revista da Faculdade de Direito USP, vol. 88, 1993, p. 449), ao explanar sobre o alcance da proteção à vida privada: ‘Pelo sentido inexoravelmente comunicacional da convivência, a vida privada compõe, porém, um conjunto de situações que, usualmente, são informadas sem constrangimento. São dados que, embora privativos — como o nome, endereço, profissão, idade, estado civil, filiação, número de registro público oficial etc, condicionam o próprio intercâmbio humano em sociedade, pois constituem elementos de identificação que tornam a comunicação possível, corrente e segura. Por isso, a proteção desses dados em si, pelo sigilo, não faz sentido. Assim, a inviolabilidade de dados referentes à vida privada só tem pertinência para aqueles associados aos elementos identificadores usados nas relações de convivência, as quais só dizem respeito aos que convivem. Dito de outro modo, os elementos de identificação só são protegidos quando compõem relações de convivência privativas: a proteção é para elas, não para eles. Em consequência, simples cadastros de elementos identificadores (nome, endereço, R.G., filiação, etc.) não são protegidos. Mas cadastros que envolvam relações de convivência privada (por exemplo, nas relações de clientela, desde quando é cliente, se a relação foi interrompida, as razões pelas quais isto ocorreu, quais os interesses peculiares do cliente, sua capacidade de satisfazer aqueles interesses, etc) estão sob proteção. Afinal, o risco à integridade moral do sujeito, objeto do direito à privacidade, não está no nome, mas na exploração do nome, não está nos elementos de identificação que condicionam as relações privadas, mas na apropriação dessas relações por terceiros a quem elas não dizem respeito’. Não é demais evocar a jurisprudência emanada da Corte Suprema brasileira, em especial o trecho do voto proferido pelo Ministro Sepúlveda Pertence, que também dá amparo ao acolhimento da ordem pleiteada na peça exordial: ‘Não entendo que se cuide de garantia com status constitucional. Não se trata da ‘intimidade’ protegida no inciso X do art. 5º da Constituição Federal. Da minha leitura, no inciso XII da Lei Fundamental, o que se protege, e de modo absoluto, até em relação ao Poder Judiciário, é a comunicação ‘de dados’ e não os ‘dados’, o que tornaria impossível qualquer investigação administrativa, fosse qual fosse.’” (STJ, CARTA ROGATÓRIA nº 297 — DE - 2005/0010755-8, Min. Barros Monteiro, DJ 29/09/2006)

¹⁸⁸ “RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. FRAUDE BANCÁRIA. UTILIZAÇÃO DE CADASTRO DE CORRENTISTAS. AUSÊNCIA DE DANO MORAL. I - Para se presumir o dano moral pela simples comprovação do ato ilícito, esse ato deve ser objetivamente capaz de acarretar a dor, o sofrimento, a lesão aos sentimentos íntimos juridicamente protegidos. II - Hipótese em que, não obstante ser incontroversa a ocorrência do ato ilícito, não restou comprovado que de tal ato adveio qualquer consequência capaz de configurar o dano moral que se pretende ver reparado. Recurso improvido.”

(REsp 968.762/MG, Rel. Min. Sidnei Beneti, 3ª Turma, j. 03/06/2008, DJe 20/06/2008).

oportunidade que inovou ao prever o chamado *dano existencial* no ordenamento jurídico brasileiro, além de adequar a legislação às novas relações de trabalho, tendo sido apelidada como “Reforma Trabalhista”.

Flaviana Rampazzo Soares, em obra pioneira sobre o assunto, traz o seguinte conceito de dano existencial:

O dano existencial é a lesão ao complexo de relações que auxiliam no desenvolvimento normal da personalidade do sujeito, abrangendo a ordem pessoal ou a ordem social. É uma afetação negativa, total ou parcial, permanente ou temporária, seja a uma atividade, seja a um conjunto de atividades que a vítima do dano, normalmente, tinha como incorporado a seu cotidiano e que, em razão do efeito lesivo, precisou modificar em sua forma de realização, ou mesmo suprimir de sua rotina.

O dano existencial se consubstancia, como visto, na alteração relevante da qualidade de vida, vale dizer, em um ‘ter que agir de outra forma’ ou em um ‘não poder mais fazer como antes’, suscetível de repercutir, de maneira consistente, e, quiçá, permanente sobre a existência da pessoa.¹⁸⁹

A título de exemplo de lesões que a doutrina tem defendido que podem culminar na configuração de danos existenciais, é possível mencionar situações em que a vítima é torturada ou abusada sexualmente, principalmente na fase infantil; perda de membros ou sentidos por atos do ofensor que, conseqüentemente, tiram a possibilidade da vítima realizar atividades do cotidiano como hobbies, esportes, brincar, abraçar ou sentir o cheiro de um filho ou neto, degustar uma boa comida, impossibilidade de exercer uma determinada profissão etc.; contaminações por doenças graves; todo tipo de humilhações e violações de privacidade na Internet, inclusive por meio de práticas como o *cyberbullying* (intimidação sistemática na Internet), *stalking* (perseguição) e o *mobbing* (assédio moral no trabalho), dentre outras hipóteses.

Alguns operadores de direito, no Brasil, criticam o instituto do dano existencial sob a alegação de que seria uma importação desnecessária do direito italiano, visto que no país existe a previsão de reparação de dano, ainda que exclusivamente moral (artigo 186, do Código Civil), o que, por si só, já resolveria a questão das lesões a bens da personalidade, ao passo que, na Itália, há taxatividade das hipóteses em que se permite a reparação, de forma que

¹⁸⁹ SOARES, Flaviana Rampazzo. **Responsabilidade civil por dano existencial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 44.

referido conceito seria uma alternativa para permitir a reparação da vítima e que haveria uma tendência de criar um instituto semelhante ao brasileiro, ou seja, concentração da reparação nas categorias de danos materiais e morais.

Alega-se, ainda, que basear a responsabilidade civil no dano sofrido causaria certa insegurança jurídica, o que poderia alavancar uma indústria indenizatória, gerando verdadeira “guerra de etiquetas”, tal qual mencionado no acórdão emblemático do Recurso Especial nº 65.393-2-RJ, de relatoria do Ministro Ruy Rosado de Aguiar.

O princípio da dignidade da pessoa humana é norteador de todo o ordenamento. A solidariedade, por sua vez, visa o bem comum e a ordem social. Já o *neminem laedere* vem da concepção que não se deve lesar, ou seja, deve ser mantida íntegra a incolumidade das pessoas.

Fato é que a pessoa é um ente complexo, sendo certo que a dignidade humana é um “conceito em permanente processo de construção e desenvolvimento”¹⁹⁰, o que pode permitir a revelação de novas modalidades de danos, na medida em que a sociedade evolui, o que precisa ser considerado quando da reparação civil, notadamente para evitar injustiças.

De qualquer forma, restou expresso na CLT que dever ser observado “apenas” o disposto no referido Título II-A, para a reparação de danos de natureza extrapatrimonial decorrentes da relação de trabalho (artigo 223-A).

Nesse sentido, necessário harmonizar a LGPD com a CLT, afinal, os empregados são importantes titulares de dados pessoais, os quais também poderão sofrer danos decorrentes do tratamento ilícito de dados pessoais.

No artigo 223-B, do referido diploma, é previsto que “causa dano de natureza extrapatrimonial a ação ou omissão que ofenda a esfera moral ou existencial da pessoa física ou jurídica, as quais são as titulares exclusivas do direito à reparação.”

¹⁹⁰ Segundo SARLET, Ingo Wolfgang, (p. 40) *apud* MATOS, Eneas de Oliveira. **Dano moral e dano estético**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 45.

Importante registrar que, sob fortes críticas, o dano, na esfera trabalhista, foi limitado ao teto indenizatório previsto no §1º, do artigo 223-G: (i) ofensa de natureza leve, até três vezes o último salário contratual do ofendido; (ii) ofensa de natureza média, até cinco vezes o último salário contratual do ofendido; (iii) ofensa de natureza grave, até vinte vezes o último salário contratual do ofendido; (iv) ofensa de natureza gravíssima, até cinquenta vezes o último salário contratual do ofendido. Na reincidência entre partes idênticas, o juízo poderá elevar ao dobro o valor da indenização (artigo 223-G, §3º).

No artigo 223-C, a CLT menciona apenas a “honra, a imagem, a intimidade, a liberdade de ação, a autoestima, a sexualidade, a saúde, o lazer e a integridade física como bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa física.”. O fato de não ter sido mencionada expressamente a proteção de dados pessoais não retira a viabilidade de reparação extrajudicial na esfera trabalhista, seja porque aquela converge com os outros direitos mencionados ou, ainda, porque é pacífico que os direitos de personalidade não podem sofrer limitação (artigo 11, Código Civil¹⁹¹).

A Justiça do Trabalho já tem aplicado a CLT para indenização por danos causados em violação à LGPD. Nos autos da reclamação trabalhista nº 0024177-39.2021.5.24.0021, tramitada perante 1ª Vara do Trabalho de Dourados, uma transportadora foi condenada a pagar indenização de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) por danos morais a colaborador, tomando por base os critérios do artigo 223-G, da CLT, com reversão da justa causa, por não ter observado os princípios da LGPD, especialmente o da finalidade, necessidade e transparência, quando da realização de exame ético em um auxiliar de carga e descarga, sem estar referido tratamento de dados pessoais devidamente fundamentado em uma base legal.¹⁹²

¹⁹¹ Código Civil: “Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.”

¹⁹² “Nesse contexto, é certo que, ao coletar o dado do empregado, o empregador deve informar de forma explícita qual é a finalidade do tratamento do dado (artigo 6º, I, da Lei nº 13709/2018), que deve ser utilizado exclusivamente para o fim esposado. A empregadora sequer alegou ter cientificado o reclamante sobre qual era a finalidade da colheita da informação, já que nada manifestou nesse sentido (artigo 341 do CPC). E, ainda que o fizesse, seria seu o ônus de demonstrar o cumprimento da referida obrigação (artigo 818, II, da CLT), o que também não fez. Da mesma forma, o princípio da necessidade (artigo 6º, III, da Lei nº 13709/2018) não deixa dúvidas no sentido de que a empresa deve coletar do empregado apenas os dados estritamente necessários. Diferentemente do que ocorre com motoristas profissionais (artigo 168, § 6º, da CLT) ou com outros trabalhadores que, ao exercerem suas atividades, colocam em risco a própria saúde ou de terceiros se assim o

No âmbito cível, já existem decisões judiciais que apreciaram a questão inerente aos danos ou inexistência desses, no âmbito de alegadas violações à legislação de proteção de dados.

O Tribunal de Justiça de São Paulo entendeu ser necessária a comprovação, pelo consumidor, dos danos decorrentes de vazamento de dados pessoais por empresa de energia elétrica:

Ação de obrigação de fazer c.c. indenização por danos morais. Vazamento de dados pessoais. Sentença de improcedência. Apelação do autor. Vazamento de dados pessoais. Falha na prestação de serviço. Dever da empresa de adotar medidas de segurança visando à proteção de dados pessoais do consumidor. Inteligência do artigo 46 da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei n.º 13.709/2018). Danos morais não verificados. Vazamento de dados que não ensejou dano efetivo ao requerente. Dados vazados que não estão abrangidos no conceito de dado pessoal sensível (art. 5º, II, da LGPD). Ausência de prova acerca da utilização dos dados vazados e do efetivo dano. Dano hipotético não enseja indenização. Precedentes do TJSP. Sentença mantida. Honorários majorados. Recurso desprovido.¹⁹³

Em decisão análoga, embora o Tribunal de Justiça de São Paulo tenha afastado o pedido de indenização por danos morais pelo vazamento de dados pessoais por parte da mesma empresa de energia elétrica mencionada acima, visto que, por não se tratar de dados pessoais sensíveis, o dano moral não seria presumido e precisaria ser comprovado, acolheu o pedido de fornecimento de declaração completa das entidades com quem o controlador fez uso compartilhado e determinou o envio de cópias dos autos do processo à ANPD:

LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS (LGPD) E DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO COM PRECEITOS CONDENATÓRIOS. Sentença de

fizerem embriagados (artigo 7º, inciso VI, da Lei nº 13709/2018), não havia qualquer necessidade de exigir-se exame etílico de um auxiliar de carga e descarga. (...) Em conclusão, (...) (c) após a vigência da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13709/2018), a empresa só pode realizar exame etílico no empregado sem o seu consentimento (c.1) se tratar-se de motorista profissional (artigo 168, § 6º, da CLT) ou de trabalhador que, caso exerça sua atividade embriagado, coloque em visto a própria saúde ou de terceiros, em razão do princípio da necessidade (artigo 6º, III, e artigo 11, II, e, da Lei nº 13709/2018); (c.2) se ele for informado explicitamente sobre qual é a finalidade da realização do exame (artigo 6º, I, da Lei nº 13709/2018); (c.3) nos casos do artigo 11 da Lei nº 13709/2018, requisitos esses (c.1, c.2 e c.3) que devem ser observados cumulativamente. (...) Quanto ao valor da indenização, essa é fixada de acordo com o artigo 223-G da CLT, o que passo a fazer.” (Reclamação trabalhista nº 0024177-39.2021.5.24.0021, 1ª Vara do Trabalho de Dourados, Juiz do Trabalho Substituto Andre Luis Nacer De Souza, j. 30/11/2021).

¹⁹³ TJSP; Apelação Cível 1001032-45.2021.8.26.0177; Rel. Virgilio de Oliveira Junior; Órgão Julgador: 23ª Câmara de Direito Privado; Foro de Embu-Guaçu, Vara Única, j. 01/12/2021; Registro 03/12/2021.

improcedência dos pedidos. Recurso de apelação do autor. Vazamento de pessoais não sensíveis do autor (nome completo, números de RG e CPF, endereço, endereço de e-mail e telefone), sob responsabilidade da ré. LGPD. Responsabilidade civil ativa ou proativa. Doutrina. Código de Defesa do Consumidor. Responsabilidade civil objetiva. Ausência de provas, todavia, de violação à dignidade humana do autor e seus substratos, isto é, liberdade, igualdade, solidariedade e integridade psicofísica. Autor que não demonstrou, a partir do exame do caso concreto, que, da violação a seus dados pessoais, houve a ocorrência de danos morais. Dados que não são sensíveis e são de fácil acesso a qualquer pessoa. Precedentes. Ampla divulgação da violação já realizada. Recolhimento dos dados. Inviabilidade, considerando-se a ausência de finalização das investigações. Pedidos julgados parcialmente procedentes, todavia, com o reconhecimento da ocorrência de vazamento dos dados pessoais não sensíveis do autor e condenando-se a ré na apresentação de informação das entidades públicas e privadas com as quais realizou o uso compartilhado dos dados, fornecendo declaração completa que indique sua origem, a inexistência de registro, os critérios utilizados e a finalidade do tratamento, assim como a cópia exata de todos os dados referentes ao titular constantes em seus bancos de dados, conforme o art. 19, II, da LGPD. Determinação para envio de cópia dos autos à Autoridade Nacional de Proteção de Danos (art. 55-A da LGPD). RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.¹⁹⁴

Em outro caso, o Tribunal de Justiça de São Paulo reconheceu a violação à LGPD decorrente do repasse indevido de número telefônico de titular por prepostos do controlador, o que resultou em assédio sexual, com o consequente dever de reparar o dano, reconhecendo, inclusive o nexo causal, uma vez que “a ré possuía o celular da autora por conta de um contrato de prestação de serviços, passando a figurar como controladora dos dados pessoais da autora”, conforme se infere da ementa a seguir transcrita:

APELAÇÃO – AÇÃO CONDENATÓRIA – PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EDUCACIONAIS – VAZAMENTO DE DADOS PESSOAIS POR PREPOSTO – CELULAR DA AUTORA PASSADO A UM TERCEIRO – RECEBIMENTO DE MENSAGENS DE ASSÉDIO SEXUAL – RECURSO DE AMBAS AS PARTES – LEGITIMIDADE PASSIVA DA RÉ – RESPONSABILIDADE PELOS DANOS DECORRENTES DA VIOLAÇÃO AO TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS – LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS – DANOS MORAIS EVIDENTES – MAJORAÇÃO – GRAVE VIOLAÇÃO À INTIMIDADE E À PRIVACIDADE 1 – A empresa controladora de dados pessoais é figura legítima para figurar no polo passivo de demanda que objetive a indenização pelo vazamento de dados da autora orquestrados por preposto da ré, que repassou o celular da autora para um colega para fins de assédio sexual (LGPD, art. 42). 2 – A ré, ao dar causa ao vazamento de dados, responde pelos danos morais sofridos (LGPD, art. 5º, VI e 42, caput). 3 – É cabível a indenização por danos morais, considerando a violação grave ao direito à intimidade e à privacidade causado pela quebra do dever de proteção de dados pessoais, o que propiciou assédio sexual agressivo. 4 – Indenização majorada, pois a gravidade da situação, a séria negligência da empresa, a postura recalcitrante em reconhecer o erro, e a incipiente jurisprudência estadual autorizam resposta mais enérgica. Valor de dez mil reais que se mostra mais condizente com o cenário

¹⁹⁴ TJSP; Apelação Cível 1000331-24.2021.8.26.0003; Rel. Alfredo Attié; Órgão Julgador: 27ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional III, Jabaquara, 5ª Vara Cível; J. 16/11/2021; Registro 16/11/2021.

narrado. RECURSO DA RÉ NÃO PROVIDO. RECURSO DA AUTORA PROVIDO.¹⁹⁵

O Tribunal de Justiça de São Paulo reconheceu que a divulgação errônea de dados pessoais no *site* “Serasa Limpa Nome”, amparada em dívida prescrita, ainda que não tenha conduzido à negativação, implica no dever de reparar os danos morais, visto que influencia de forma negativa no *score* do consumidor:

INDENIZAÇÃO. Serasa "Limpa Nome". Incidência do CDC. Divulgação de informações de dados do consumidor amparada em dívida prescrita. Comprovado o acesso de terceiros às informações registradas nos cadastros de serviços de proteção ao crédito. Inteligência do art. 43, §5º, do CDC. Inscrição que influencia de forma negativa a pontuação do *score* do consumidor. Plataforma de proteção do crédito que visa alertar os fornecedores sobre eventuais maus pagadores. Prática que viola os artigos 6º, IX e 7º, X, da Lei nº 13.853/2019 – Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGDP). Infringência ao disposto no art. 882 do Código Civil. rt. 43, § 5º, do CDC. Necessidade de exclusão do registro discutido nos autos. Responsabilidade solidária das rés. Dano moral. Caracterizado. Valor indenizatório que deve atender aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade. Precedentes. Sentença reformada. RECURSO PROVIDO¹⁹⁶

Igualmente, foi considerada a ocorrência de dano moral presumido, pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, a falha que ensejou exposição indevida de dados pessoais em *site* da empresa, ainda que por curto período de tempo, após compra de ferramenta pela Internet, por se inserir no risco da atividade o defeito na segurança, caracterizando *fortuito interno*:

COMPRA E VENDA DE BEM MÓVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - VAZAMENTO DE DADOS DO CONSUMIDOR NO WEBSITE DA RÉ - VULNERABILIDADE DO SISTEMA - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA FORNECEDORA - DANOS MORAIS CONFIGURADOS - RECURSO PROVIDO PARA JULGAR A AÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. A Lei Geral de Proteção de Dados dispõe que o operador de dados pessoais deve responder por eventual dano decorrente de falha de segurança, sem prejuízo da aplicabilidade das disposições consumeristas.”¹⁹⁷

Em verdade, inúmeros podem ser os danos ao titular de dados. Os mais graves podem ser aqueles que implicam em revelação de sua privacidade ou intimidade, assim como os que implicam em tratamento discriminatório abusivo ou ilícito e vigilância excessiva.

¹⁹⁵ TJSP. Acórdão. Processo nº 1006311-89.2020.8.26.0001, Rel. Maria Lúcia Pizzotti; J. 01/09/2021. Publ. 01/09/2021.

¹⁹⁶ TJSP; Apelação Cível 1004454-36.2020.8.26.0024; Rel. Anna Paula Dias da Costa; 38ª Câmara de Direito Privado; Foro de Andradina, 2ª Vara; J. 01/12/2021; Registro 01/12/2021.

¹⁹⁷ TJSP; Apelação Cível 1003122-23.2020.8.26.0157; Rel. Renato Sartorelli; 26ª Câmara de Direito Privado; Foro de Cubatão, 4ª Vara; J. 22/06/2021; Registro 22/06/2021.

1.7.3. Prescrição

A LGPD foi silente em relação ao prazo prescricional, o que também tornará necessário avaliar a atividade lesante e o nexo de imputação da responsabilidade civil para aferir o prazo legal para exercício de direitos neste âmbito.

Os institutos da *prescrição* e *decadência* também visam a tranquilidade social, conforme explica José Fernando Simão ao concluir pela: “(...) necessária finitude das relações jurídicas como forma de pacificação de conflitos. Prescrição e decadência refletem alguns dos efeitos do tempo nas relações jurídicas. (...)”¹⁹⁸ e, ainda, ensina que “(...) A prescrição e a decadência geram uma tranquilidade social em decorrência da certeza de que o tempo resolve todos os problemas, ainda que não haja qualquer ação humana para resolvê-los.”¹⁹⁹ Registra também que “É a finitude da vida que espelha a finitude das relações jurídicas.”²⁰⁰ Concluindo, ao final, que:

Seguindo a noção de memória pela qual é preciso lembrar do passado, para compreender o presente e ordenar o futuro, mesmo reconhecendo-se que o direito não pode tudo resolver por meio da infinidade de leis (inflação legislativa), pode-se concluir que os valores da segurança e da justiça são conciliáveis por meio da adequada aplicação dos institutos analisados, permitindo-se, assim, que o justo seja seguro e que o seguro seja justo.²⁰¹

A LGPD, diferentemente do Código de Defesa do Consumidor, foi silente em relação à *prescrição* e à *decadência*, o que reforça ainda mais a necessária interpretação sistemática. Afinal, o ordenamento jurídico prevê marcos temporais distintos para *a perda do direito pela inobservância do prazo*: (i) Código Civil (artigo 189 e seguintes), valendo registrar o prazo

¹⁹⁸ SIMÃO, José Fernando. **Prescrição e decadência: tempo de esclarecer controvérsias**. In: CASSETARI, Christiano (Coordenador); CAMARGO VIANA, Rui Geraldo (Orientador). (Org.). 10 anos de vigência do Código Civil brasileiro de 2002: estudos em homenagem ao professor Carlos Alberto Dabus Maluf. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 218.

¹⁹⁹ op.cit., p. 221.

²⁰⁰ op.cit., p. 223.

²⁰¹ op.cit., p. 235.

geral de 10 (dez) anos, previsto no artigo 205²⁰², do mesmo diploma; (ii) Código de Defesa do Consumidor, que prevê 05 (cinco) anos para fins de prescrição, consoante artigo 27²⁰³ e 30 (trinta) dias ou 90 (noventa) dias, para fins de decadência, no tocante à reclamação quanto a vícios aparentes e de fácil constatação em produtos e serviços não duráveis e duráveis, respectivamente, nos moldes do artigo 26, incisos I e II²⁰⁴; (iii) Direito do Trabalho, cujo prazo é de 05 (cinco) anos para fins de reclamações no âmbito da relação de trabalho, muito embora o pedido de reconhecimento de vínculo seja de natureza declaratória e, portanto, não sujeito à prescrição²⁰⁵, conforme previsto no artigo 7º, inciso XXIX²⁰⁶, da Constituição Federal; (iv) Direito Público, em 05 (cinco) anos, conforme artigo 1º²⁰⁷, da Lei nº 9.494/201997; sem prejuízo de outros prazos prescricionais específicos previstos em leis especiais.

No âmbito da proteção de dados, o entendimento quanto à *prescrição e decadência* será de extrema relevância para fins de mapeamento do *ciclo de vida* dos dados pessoais tratados para fins de *exercício regular de direito em processo judicial, administrativo ou arbitral* (artigo 7º, inciso VI e artigo 11, inciso II, alínea d), haja vista que, nos termos do artigo 16, da LGPD, os dados deverão ser eliminados após o término do tratamento, salvo se incidir as exceções legais.

²⁰² Código Civil, Art. 205: A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor.

²⁰³ Código de Defesa do Consumidor, Art. 27: Prescreve em cinco anos a pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço prevista na Seção II deste Capítulo, iniciando-se a contagem do prazo a partir do conhecimento do dano e de sua autoria.

²⁰⁴ Código de Defesa do Consumidor, Art. 26: O direito de reclamar pelos vícios aparentes ou de fácil constatação caduca em: I - trinta dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produtos não duráveis; II - noventa dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produtos duráveis. (...).

²⁰⁵ Somente para reconhecimento de vínculo trabalhista que o prazo é imprescritível, dada a natureza jurídica das ações meramente declaratórias, sendo certo que essas não se vinculam a direito de prestação ou potestativo. Referidas medidas são pretensões cujo objetivo é o de reconhecer uma relação jurídica preexistente.

²⁰⁶ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XXIX - ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho;

²⁰⁷ Lei nº 9.494/201997, disciplina a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, altera a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e dá outras providências. Artigo 1º: “Prescreverá em cinco anos o direito de obter indenização dos danos causados por agentes de pessoas jurídicas de direito público e de pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos.”

A prescrição e a decadência embora não sejam excludentes de responsabilidade civil, constituem em meios de defesa que podem conduzir ao afastamento da responsabilidade civil.

CAPÍTULO II – EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE CIVIL

O tema das excludentes, embora seja de extrema relevância para a disciplina da responsabilidade civil, não encontra a devida sistematização em nosso ordenamento jurídico, inclusive no tocante à classificação do instituto, como já apontava Carlos Alberto Bittar²⁰⁸.

Consequentemente, a jurisprudência e doutrina acabam por contribuir para o avanço da matéria.

2.1. Origem histórica

A ideia de incidência de causas capazes de afastar a responsabilidade civil do agente remonta ao Código de Hamurábi, conhecido por ser a codificação mais antiga que já existiu, em cujo artigo 266 estabelecia que: “Se um animal for morto no estábulo pela vontade de Deus (um acidente), ou se for morto por leão, o pastor deve declarar sua inocência ante Deus, e o proprietário arcará com as perdas do estábulo.”

A doutrina aponta que, ao assim dispor, o Código de Hamurábi se referiu ao que hoje conhecemos como *força maior*²⁰⁹, nominada no direito estrangeiro como *Act of God*.

Com efeito, o Direito Romano também faz uso dos termos *caso fortuito* e *força maior*, com emprego de expressões variadas, como *casus* ou *casus fortuitus* (caso fortuito), *vis* ou *vis maior* (força maior), *vis divina* (força divina), *fatalitas*, *damnum fatale*²¹⁰. Contudo, o uso das expressões era feito de maneira sinônima, tanto para empregar fatos decorrentes das forças

²⁰⁸ BITTAR, Carlos Alberto. **Responsabilidade Civil nas Atividades Nucleares**. Tese apresentada ao concurso de livre-docente para o Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1982. p. 80-81.

²⁰⁹ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Tratado de Derecho Penal (1962, p. 226) conforme citado por GIANFELICI, Mário César. Caso Fortuito y Caso de Fuerza Mayor: en el sistema de responsabilidade civil. Buenos Aires, Abeledo-perrot, 1995, p. 15. In: JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Tratado de Derecho Penal**. T.6. Buenos Aires: Losada, 1962.

²¹⁰ ARIAS RAMOS, J. *Derecho Romano* (1958, p. 554) conforme citado por GIANFELICI, Mário César. *Caso Fortuito y Caso de Fuerza Mayor: en el sistema de responsabilidade civil*. Buenos Aires, Abeledo-perrot, 1995. p. 16. ARIAS RAMOS, J. *Derecho Romano*. **Revista de Derecho Privado**. Madri, 1958.

naturais como dos atos dos homens. Inclusive, as leis penais romanas asseguravam a ausência de pena em casos que incidiam o caso fortuito e a força maior: *nullum crimen est in casu*²¹¹.

No campo das obrigações, o juriconsulto Ulpiano apregoava que *fortuitus casus nullum humanum consilium praevidere potest*, cuja tradução seria “nenhuma prudência humana pode prever os casos fortuitos.”²¹²

Porém, considerando que os romanos não especificaram o conceito de caso fortuito e de caso de força maior, grande discussão doutrinária começou a surgir, dando margem à rotulação dos institutos sob a ótica da *teoria monista*, em relação aos que defendem que o caso fortuito e a força maior são expressões sinônimas que acarretam o mesmo efeito; e da *teoria dualista*, pela qual se sustenta que caso fortuito e força maior são conceitos distintos, muito embora seus defensores não tenham logrado atingir uma diferenciação unânime entre ambos e tampouco se referida diferença causaria algum impacto prático para fins de liberação do devedor da obrigação²¹³.

Rui Stoco, em relação ao *fato exclusivo da vítima*, ensina que a questão remonta ao Direito Romano: “*quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intelligitur damnum sentire*”²¹⁴, ou seja, “o dano que alguém experimenta por sua própria culpa não é considerado dano seu”.

Clóvis Beviláqua demonstra em sua obra que o *exercício regular de direitos* e a consequente ilicitude do seu *abuso* eram temas identificados no direito romano: “Cícero, afirma, positivamente, que o direito deve ter um limite: *summum jus summa injuria*” (justiça excessiva torna-se injustiça). “O fundamento de seu pensar está na ideia moral da solidariedade humana, digamos, se é lícito exprimir por uma palavra moderna um sentimento

²¹¹ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de Derecho Penal* (1962, p. 226) conforme citado por GIANFELICI, Mário César. *Caso Fortuito y Caso de Fuerza Mayor: en el sistema de responsabilidad civil*. Buenos Aires, Abeledo-perrot, 1995. p. 15.

²¹² CARAMÉS FERRO, *ob. cit.* p. 433 conforme citado por GIANFELICI, Mário César. *Caso Fortuito y Caso de Fuerza Mayor: en el sistema de responsabilidad civil*. Buenos Aires, Abeledo-perrot, 1995. p. 18.

²¹³ GIANFELICI, Mário César. *Caso Fortuito y Caso de Fuerza Mayor: en el sistema de responsabilidad civil*. Buenos Aires, Abeledo-perrot, 1995. p. 27-29.

²¹⁴ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**: doutrina e jurisprudência. 7. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 217.

antigo *homines hominum causa esse generatos, ut ipsi se, aliis ali prodesse possint*” (os homens foram gerados por causa dos homens, para que possam ser úteis uns aos outros).²¹⁵

Alvino Lima destaca que “vários textos do direito romano serviram de fundamento à teoria medieval do *aemulatio*, segundo a qual o ato praticado com intenção maligna de lesar e sem uma utilidade própria, ou com mínima utilidade, acarretava a responsabilidade do agente”²¹⁶. Acrescenta, ainda, que o Código Civil da Prússia²¹⁷, de 1794, teria sido um dos primeiros textos legislativos a prever dispositivo genérico para o *abuso de direito*, inclusive em relação à limitação ao direito de propriedade²¹⁸.

A *irresponsabilidade convencional* como excludente de responsabilidade civil também era aplicada no direito romano - *qua detrahunt non adjiciunt aliquid obligationi* (*Lei nº 72, XVIII, 1, De contr. empt.*), sendo certo que referida cláusula era lícita não só em matéria contratual com também no campo da culpa extracontratual, mas sempre restringindo a referida faculdade privada ao respeito das normas de ordem pública.²¹⁹

2.2. Conceito

Inicialmente, importante registrar que não há uma unanimidade em relação à nomenclatura do instituto sob análise. A doutrina acaba utilizando termos como *causas*

²¹⁵ BEVILÁQUA, Clovis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. p. 424 *apud* AMARANTE, Aparecida. **Excludentes de ilicitude civil**. Belo Horizonte, Del Rey, 1999. p. 63.

²¹⁶ LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. 2. ed. rev. e atual. pelo Prof. Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998. p. 207.

²¹⁷ “O que exerce o seu direito, dentro de limites próprios, não é obrigado a reparar o dano que causa a outrem, mas deve repará-lo, quando resulta claramente das circunstâncias, que entre algumas maneiras possíveis de exercício de seu direito foi escolhida a que é prejudicial a outrem, com intenção de lhe acarretar dano (§§ 36 e 37)” (*Ibidem*, p. 210).

²¹⁸ “Ninguém pode mal-usar a sua propriedade para lesar outrem e causar-lhe prejuízo. Constitui mau uso da propriedade todo aquele que por sua natureza não pode ter outro fim senão o de lesar outrem (A propriedade, 1ª parte, cap. VIII, §§27 e 28).” (*Ibidem*, p. 211).

²¹⁹ DIAS, José de Aguiar. **Cláusula de Não Indenizar**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955. p. 14-15.

*excludentes de responsabilidade*²²⁰, *causas de irresponsabilidade*²²¹, *causas de isenção ou exclusão da responsabilidade*²²², *excludentes da responsabilidade civil*²²³, *meios de defesa*²²⁴, dentre outras.

Cavaliere propõe a distinção entre (i) *causas de exclusão de culpabilidade*, atinentes aos casos de incapacidade; (ii) *causas de exclusão de responsabilidade* relacionadas à exclusão donexo causal; e (iii) *causas de exclusão de ilicitude*, no âmbito global, conhecidas como *causas de justificação*²²⁵.

Carlos Alberto Bittar aponta que, como causas excludentes de responsabilidade, devem ser considerados “fatores de ordem natural ou voluntária, previstos em lei, que, interferindo no encadeamento causal, eximem o agente de seu efeito.”²²⁶ Registra o ilustre jurista, ainda, os seguintes princípios básicos neste contexto: “a) o da necessidade de previsão legal da excludente; b) o da necessidade de prova no caso concreto; c) o da elisão, para o imputado, nesse caso, da realização do efeito da responsabilidade.”²²⁷

²²⁰ BITTAR, Carlos Alberto. **Responsabilidade Civil nas Atividades Nucleares**. Tese apresentada ao concurso de livre-docente para o Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1982. p. 80.

²²¹ AGUIAR DIAS, José de. **Da responsabilidade civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 905 e seguintes. STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência**. 7. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 211 e seguintes.

²²² CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 15. ed. Barueri: Atlas, 2021. p. 80 e seguintes.

²²³ FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; e ROSENVALD, Nelson. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 569.

²²⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 18. ed. São Paulo, Saraiva Educação, 2019. p. 715 e seguintes.

²²⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio, op cit., p. 54.

²²⁶ BITTAR, Carlos Alberto. **Responsabilidade Civil nas Atividades Nucleares**. Tese apresentada ao concurso de livre-docente para o Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1982. p. 81.

²²⁷ BITTAR, Carlos Alberto. **Responsabilidade Civil nas Atividades Nucleares**. Tese apresentada ao concurso de livre-docente para o Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1982. p. 81.

A razão de ser do instituto das excludentes é assegurar que a responsabilização seja atribuída a quem, efetivamente, produziu o resultado lesivo.

Destarte, como aponta Carlos Alberto Bittar, embora possa variar em termos de alcance, as excludentes podem ser aplicadas tanto, de um lado, no sistema de responsabilidade subjetiva como no de objetiva; e de outro, no âmbito da responsabilidade extracontratual ou da contratual. No campo da responsabilidade subjetiva e da responsabilidade contratual, há maior liberdade para incidência da excludentes, já no sistema de responsabilidade objetiva, a interpretação é mais restrita.²²⁸

Embora se trate de matéria excepcional e, como tal, necessite ter previsão expressa em lei, constata-se que a temática não encontra previsão ordenada em nosso sistema jurídico, competindo ao operador de Direito avaliar se é possível a interpretação sistemática no caso concreto. Assim, a jurisprudência tem um papel fundamental neste tema com grande influência para a consolidação do instituto, “eis que, à míngua de previsão legal, a definição das hipóteses e dos respectivos contornos tem sido obra dos tribunais.”²²⁹

José de Aguiar Dias, ao tratar da responsabilidade contratual e da responsabilidade extracontratual, cataloga como *princípios comuns a todos os casos de responsabilidade civil*, o *dano* e a *relação de causalidade*, mas também os impactos da *força maior* e da *exclusiva culpa da vítima* sobre a responsabilidade civil.²³⁰

²²⁸ BITTAR, Carlos Alberto. **Responsabilidade Civil Teoria e Prática**. Atualização de Eduardo Carlos Bianca Bittar. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 59.

²²⁹ BITTAR, Carlos Alberto. **Responsabilidade Civil nas Atividades Nucleares**. Tese apresentada ao concurso de livre-docente para o Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1982. p. 81.

²³⁰ “Convém esclarecer, aqui, que todos os casos de responsabilidade civil obedecem a quatro séries de exigências comuns: a) o dano, que deve ser certo, podendo, entretanto, ser material ou moral; b) e a relação de causalidade, a *causal connexion*, laço ou relação direta de causa e efeito entre o fato gerador da responsabilidade e o dano são pressupostos indispensáveis; c) a força maior e a exclusiva culpa da vítima têm, sobre a ação de responsabilidade civil, precisamente porque suprimem esse laço de causa e efeito, o mesmo efeito preclusivo; d) as autorizações judiciárias e administrativas não constituem motivo de exoneração de responsabilidade.” (DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 11 ed. Revista, atualizada de acordo com o Código Civil de 2002, e aumentada por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 131-132).

Nota-se, a partir daí, que o célebre jurista coloca as excludentes de responsabilidade como princípios vetores da responsabilidade civil em *todos* os casos, o que permite atrair sua aplicação em macro e microssistemas, ainda que esses não as tenha previsto expressamente, a menos que tenha sido proibida sua utilização de forma expressa, como ocorre, por exemplo, no macrosistema do Código Civil, quando no artigo 735²³¹ é excepcionada a utilização da excludente do fato de terceiro, no âmbito da responsabilidade contratual do transportador.

José de Aguiar Dias acrescenta, ainda, outras hipóteses de *excludentes de responsabilidade civil*, ao explicar que a *causa de exoneração* pode consistir em “ressalva de ordem legal (imprudência da vítima, caso fortuito ou de força maior etc.), em transação, em renúncia, *a posteriori*, ao crédito reparatório ou em estipulação convencional”²³².

As *causas excludentes de antijuridicidade ou ilicitude* são aquelas em que há o rompimento da ilegalidade da conduta, como é o caso do *estado de necessidade*, da *legítima defesa*, do *exercício regular de direito* e do *consentimento do lesado*. Importante consignar que referidas excludentes não são absolutas para o fim de sempre isentar o agente quanto à responsabilidade civil.

A título de exemplo, é possível mencionar o *estado de necessidade*, pelo qual se assegura à pessoa lesada ou dono da coisa que não forem culpados do perigo, o direito à indenização, consoante se extrai do artigo 929, do Código Civil.

As *excludentes de causalidade*, por sua vez, são as que rompem o *nexo causal* e, via de regra, também afastam o dever de indenizar, como ocorre com o *caso fortuito e a força maior*, o *fato exclusivo da vítima* e o *fato exclusivo de terceiros*.

Logo, as *excludentes de responsabilidade civil* são situações que, via de regra, isentam o agente do dever de indenizar, seja por *romperem o nexo de causalidade*, como ocorre no *fato exclusivo da vítima* ou de *terceiro, caso fortuito e força maior* ou, então, por constituírem *atos*

²³¹ Código Civil, Art. 735: A responsabilidade contratual do transportador por acidente com o passageiro não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva.

²³² AGUIAR DIAS, José de. **Cláusula de Não Indenizar**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955. p. 35.

lícitos, como é o caso da *legítima defesa*; do *estado de necessidade* ou *remoção de perigo iminente*; do *exercício regular de direito*, nos termos do artigo 188, do Código Civil, e ainda, do *consentimento* da vítima.

2.3. Proposta de Sistematização da Disciplina das Excludentes

Não há um rol taxativo das causas excludentes de responsabilidade civil. Como aponta Carlos Alberto Bittar²³³, há previsão expressa de algumas excludentes nos Códigos, porém outras resultam do trabalho jurisprudencial, depois da maturação doutrinária.

Considerando a precariedade da sistematização legal do instituto, tomou-se a liberdade de propor uma forma de organização da disciplina das excludentes, por meio da separação entre *excludentes gerais previstas ou reconhecidas no macrossistema do Código Civil*, *excludentes especiais previstas em microssistemas* (como o Código de Defesa do Consumidor, por exemplo) e *excludentes contratuais do dever de reparar* (previstas em contrato, observados os limites legais), a fim de contextualizar a forma pela qual deverão ser interpretadas as excludentes previstas na LGPD.

Em resumo, por ser a garantia de reparação da vítima o foco principal da responsabilidade civil, é necessário que as excludentes de responsabilidade civil tenham previsão legal, o que pode ocorrer no âmbito de um *macrossistema*, como é o Código Civil, quanto em *microssistemas* decorrentes de leis específicas, como é o Código de Defesa do Consumidor e da Lei Geral de Proteção de Dados. A lei especial, por prevalecer sobre a geral (como o Código Civil), poderá excluir a incidência de determinada excludente geral, inclusive para fins de estabelecer a responsabilidade pelo risco integral.

Portanto, o intérprete do Direito deve estar atento que nem sempre há previsão legal expressa e clara sobre a incidência da excludente em todos os casos de responsabilidade civil. Note que o Código Civil menciona muito pouco, por exemplo, sobre o fato exclusivo da

²³³ BITTAR, Carlos Alberto. **Responsabilidade Civil**. Teoria e Prática. Atualização de Eduardo Carlos Bianca Bittar. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 58.

vítima (vide artigo 936, CC - para situações específicas envolvendo animais; e parágrafo único, do artigo 738, CC – no âmbito do transporte), prevendo de forma expressa o *fato concorrente da vítima* (artigo 945, CC). Porém, por romper o nexo causal, essa excludente deverá ser sempre assegurada se aplicável ao caso concreto, exceto se houver a exclusão expressa de sua aplicação pelo próprio Código Civil ou por lei especial, afinal, o fato exclusivo da vítima rompe o nexo causal que é pressuposto legal da responsabilidade civil (artigo 927, CC – “aquele que causar dano”).

Noutras palavras, a exigência de previsão legal das excludentes é pré-requisito para todos os casos de isenção de responsabilidade civil. Cabendo à lei especial prever nuances específicas de excludentes de responsabilidade civil ou exceções para sua incidência no âmbito do *microsistema*.

Por outro lado, a aplicação das *excludentes gerais*, relacionadas aos próprios pressupostos legais da responsabilidade civil, poderá decorrer do exercício da equidade pelo juiz, conforme previsto no parágrafo único, do artigo 723, do Código de Processo Civil, segundo o qual: “O juiz não é obrigado a observar critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que considerar mais conveniente ou oportuna”.

Igualmente, se a lei especial for omissa ou incompleta em matéria de excludentes, poderá o juiz decidir o caso de acordo com a *analogia*, os *costumes* e os *princípios gerais de direito* e, ainda, na aplicação da lei, atenderá aos *fins sociais* a que ela se dirige e às exigências do *bem comum* (artigos 4º e 5º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), tomando por base o que dispõe a doutrina e jurisprudência como vetores de interpretação do ordenamento jurídico.

Assim, para a melhor compreensão deste trabalho, propõe-se a sistematização da disciplina das excludentes de responsabilidade civil em *excludentes gerais*, ou seja, aquelas previstas ou já reconhecidas para o *macrossistema* do Código Civil e aplicáveis, via de regra, a qualquer caso de responsabilidade civil por serem inerentes aos seus pressupostos legais, a saber, (i) as *excludentes de antijuridicidade ou ilicitude* (legítima defesa, estado de necessidade, exercício regular de direito e consentimento do lesado); e (ii) as *excludentes de causalidade ou nexo causal* (*caso fortuito* ou *força maior*, o *fato exclusivo da vítima*, *fato*

exclusivo de terceiro e o *fato concorrente* que, embora não seja totalmente excludente da responsabilidade civil, tem o condão de atenuá-la).

Entretanto, frente à ausência de previsão legal expressa, alguns doutrinadores negam a viabilidade de aplicar as excludentes previstas ou já reconhecidas como aplicáveis ao *macrossistema*, aqui nominadas como *gerais*, em *microssistemas* que não as previram de forma expressa, como é o caso do Código de Defesa do Consumidor, sendo certo que referida discussão também poderá acontecer em relação à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, já que essa catalogou excludentes, cujo rol poderá ser entendido por alguns como taxativo.

Da análise do texto legal dos artigos 12, §3º e 14, §3º, do Código de Defesa do Consumidor, verifica-se o emprego do advérbio “só” (tal qual ocorre com a LGPD), o que levou diversos juristas a entender que, por se tratar de uma relação não paritária e, em razão da hipossuficiência do consumidor, não poderia haver a interface com outras causas excludentes de responsabilidade civil previstas no Código Civil²³⁴, como é o caso da *culpa concorrente* (ou concorrência de causas):

A culpa exclusiva é inconfundível com a culpa concorrente: no primeiro caso, desaparece a relação de causalidade entre o defeito do produto e o evento danoso, dissolvendo-se a própria relação de responsabilidade; no segundo, a responsabilidade se atenua em razão da concorrência de culpa, e os aplicadores da norma costumam condenar o agente causador do dano a reparar pela metade o prejuízo, cabendo à vítima arcar com a outra metade.

A doutrina, contudo, sem vozes discordantes, tem sustentado o entendimento de que a lei pode eleger a culpa exclusiva como única excludente de responsabilidade, como fez o Código de Defesa do Consumidor nesta passagem. Caracterizada, portanto, a concorrência de culpa, subsiste a responsabilidade integral do fabricante e demais fornecedores arrolados no caput, pela reparação dos danos.²³⁵

²³⁴ Silmara Juny de Abreu Chinellato e Antonio Carlos Morato indicam os seguintes autores que perfilham a taxatividade do rol de excludentes previstas no Código de Defesa do Consumidor: “Claudia Lima Marques, Antonio Herman Benjamin e Bruno Miragem, em obra em coautoria, Luiz Antonio Rizzato Nunes, Marcelo Junqueira Calixto, Sérgio Cavalieri Filho, Marco Aurelio Lopes Ferreira da Silva”. (CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu; MORATO, Antonio Carlos. Responsabilidade Civil e o risco do desenvolvimento nas relações de consumo. *In*: NERY, Rosa Maria de Andrade; DONNINI, Rogério (Coord.). **Responsabilidade civil**: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 54).

²³⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto: direito material e processo coletivo: volume único / Ada Pellegrini Grinover... [et al.]; colaboração Vicente Gomes de Oliveira Filho e João Ferreira Braga. p. 201.

Referida interpretação sistemática das causas excludentes, porém, é admitida por alguns autores, pois não se está diante de concorrência de culpas, mas sim de concorrência de causas, com destaque especial para o fato de que o nexo causal é pressuposto inerente a qualquer tipo de responsabilidade, conforme explica Cavalieri:

Se o comportamento do consumidor não é a causa única do acidente de consumo, mas concorre para ele, pode-se falar em culpa concorrente? A maioria dos autores não admite a culpa concorrente nas relações de consumo por considerar incompatível a concorrência de culpa na responsabilidade objetiva. Como falar em culpa concorrente onde não há culpa? Por esse fundamento, todavia, a tese é insustentável porque, como vimos, o problema é de concorrência de causas e não de culpas, e o nexo causal é pressuposto fundamental em qualquer espécie de responsabilidade. Entendemos, assim, que mesmo em sede de responsabilidade objetiva é possível a participação da vítima (culpa concorrente) na produção do resultado, como, de resto, tem admitido a jurisprudência em casos de responsabilidade civil no Estado. O tema não está pacificado, havendo autores que admitem a concorrência de culpa nas relações de consumo como causa minorante da responsabilidade do fornecedor, a exemplo das legislações europeias (Arruda Alvim, Código do Consumidor comentado, 2. ed., RT, p. 126); outros, como Zelmo Denari, sustentam que, tendo a lei elegido a culpa exclusiva como causa extintiva de responsabilidade, como fez o Código do Consumidor, embora caracterizada a concorrência de culpa, persistirá a responsabilidade integral do fornecedor de produtos ou serviços (Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, 2. ed., Forense, p. 90)²³⁶

Na mesma linha, quanto à possibilidade de reconhecimento da incidência do fato concorrente, no âmbito das relações consumeristas:

Apesar da omissão legislativa, tendo o art. 12 corretamente incluído o fato exclusivo da vítima dentre o rol de excludentes do nexo causal, jamais significa que a constatação de um fato concorrente será desprezada como elemento de mitigação da obrigação de indenizar do fornecedor. Se o consumidor de alguma forma participou com o seu comportamento para a efetivação do dano por ele sofrido, evidentemente esse fato refletirá no quantum da reparação. Se por um lado o CDC elegeu idoneamente o regime da responsabilidade objetiva, por outro lado não pretendeu converter o fornecedor em uma espécie de segurador universal e nem infantilizar o consumidor a ponto de retirar-lhe a responsabilidade por seus comportamentos. Qualquer interpretação contrária afronta a própria ordem de mercado e o princípio da boa-fé objetiva, aplicável a ambas as partes em qualquer espécie de negócio jurídico.

²³⁷

Marco Fábio Morsello, ao tratar do caso fortuito e força maior, no âmbito das relações de consumo, esclarece que “a excludente em comento, que tem o condão de romper o nexo

²³⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 15. ed. Barueri: Atlas, 2021. p. 580.

²³⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; e ROSENVALD, Nelson. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553612086/>. Acesso em: 15 ago. 2020. p. 582.

causal com o dano-evento, é inerente à responsabilidade objetiva, à míngua de norma expressa.”²³⁸

No direito comparado, denota-se que o *nexo causal* é pressuposto básico de responsabilidade civil na França, Alemanha e Estados Unidos²³⁹.

Assim, por serem pressupostos inerentes à responsabilidade civil, com respeito às opiniões contrárias, necessária a interpretação sistemática do ordenamento jurídico, com a garantia da incidência das excludentes previstas ou reconhecidas no *macrossistema*, salvo se sua aplicação foi, expressamente, afastada pelos *microssistemas*.

2.3.1. Excludentes Gerais de Responsabilidade Civil

No Código Civil vigente, o legislador exprime os valores jurídicos da sociedade e reflete os problemas de uma época. Referido diploma contempla regras comuns e cogentes balizadoras do comportamento humano, como bem pontua Francisco Amaral²⁴⁰, o qual também alerta para o fato de que a *justiça* é a vontade constante e perpétua de dar a cada um o que é seu e que a *segurança* significa não só a paz, ordem e estabilidade, mas a certeza da realização do direito. Com isso, a interpretação jurídica se constitui no tema central da metodologia da realização do direito, pois se busca um direito civil que se quer vivente.

²³⁸ MORSELLO, Marco Fabio. **Contrato de Transporte**: novos paradigmas do caso fortuito e força maior. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 28.

²³⁹ “Apesar das distinções apontadas, é fácil observar que existe grande similitude entre os pressupostos básicos da responsabilidade civil nos três modelos: (i) na França, são requisitos da responsabilidade a *faute*, o dano e o *nexo causal*; (ii) na Alemanha, a *faute* é desdobrada em seus aspectos de antijuridicidade e culpabilidade, sendo igualmente exigíveis o *nexo causal* e o dano associado à violação de direitos ou de interesses juridicamente protegidos e (iii) no modelo anglo-saxão, a maioria dos *torts* exige a culpa, o dano e o *nexo causal*, com a ressalva de que, na *negligence*, é necessária a violação de um dever de cuidado previamente existente entre as partes.” (FRAZÃO, Ana. Pressupostos e Funções da Responsabilidade Civil Subjetiva na Atualidade: Um Exame a partir do Direito Comparado. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, São Paulo, v. 77, n. 4, p. 17-43, out./dez. 2011. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/28339/001_frazao.pdf?sequence=4. Acesso em: 26 dez. 2021).

²⁴⁰ AMARAL, Francisco. **Código Civil e interpretação jurídica**. Revista Brasileira de Direito Comparado, n. 44/45, p. 147-167, jan./jun. 2013. p. 4-5.

O Código Civil, enquanto *macrossistema*, será uma importante fonte jurídica e deverá dialogar com outros *microssistemas*, como é o caso do Código de Defesa do Consumidor, quando com ele não colidir, e da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais.

Consequentemente, o Código Civil tem um papel importante de exercer a função centralizadora, em relação às diversas leis especiais que vão surgindo, frutos dos novos arranjos sociais, como é o caso do *microssistema* da proteção de dados pessoais.

O Código Civil, em diversas passagens, traz *excludentes gerais de responsabilidade civil*, aqui subdivididas em: *excludentes de antijuridicidade ou ilicitude*, causas capazes de validar a conduta lesante do agente e *excludentes de causalidade ou de nexo causal*, causas que rompem o nexos causal existente entre a conduta do agente e o dano experimentado pela vítima.

O *macrossistema* das excludentes, aqui nominado como *excludentes gerais de responsabilidade civil*, consiste no conjunto de elementos aplicáveis a qualquer tipo de responsabilidade civil, uma vez que as excludentes fulminam pressupostos legais obrigatórios a qualquer tipo de responsabilidade civil.

Nesse sentido, as *excludentes gerais de responsabilidade civil* decorrem da própria natureza da responsabilidade civil, ou seja, atuam como um princípio geral de validade universal (*cláusula geral*), uma vez que rompem os pressupostos legais de responsabilidade civil, em especial a caracterização de *ato ilícito* e o *nexo causal*. Em razão disso, para que não sejam aplicáveis a um determinado *microssistema*, precisam de previsão legal expressa que determine seu afastamento, como ocorre nos casos de responsabilidade pelo risco integral.

Via de regra, as *excludentes gerais* estão previstas no Código Civil, seja como reflexo dos pressupostos legais da responsabilidade civil (artigos 186, 187, 389 e 927) ou, ainda, decorrentes de previsão específica, como ocorre, e.g., nos artigos 188 (excludentes de ilicitude) e 393 (caso fortuito e força maior).

Não há, portanto, uma catalogação ou rol das excludentes de causalidade no Código Civil, por exemplo, estando a matéria esparsa no referido diploma, razão pela qual referida

sistematização tem ficado a cargo da doutrina e jurisprudência, com o reconhecimento das causas aplicáveis a todos os tipos de responsabilidade. Até mesmo no rol de excludentes de ilicitude (artigo 188, CC), não há menção ao *consentimento*, por exemplo, o qual, se realizado nos termos exigidos pelo ordenamento jurídico, opera como um legitimador da ação do agente e, portanto, retira a ilicitude da conduta, como é pacífico na doutrina e jurisprudência.

2.3.2. Excludentes Especiais de Responsabilidade Civil

Por sua vez, os *microssistemas* das excludentes, aqui nominados como *excludentes especiais de responsabilidade civil*, são considerados como aqueles em que as leis especiais preveem as excludentes aplicáveis naquele núcleo de proteção como, por exemplo, o Código de Defesa do Consumidor, o Marco Civil da Internet e, principalmente, para fins deste estudo, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, cujo texto prevê que o controlador e o operador “só” não serão responsabilizados se provarem que *não realizaram o tratamento de dados pessoais que lhes é atribuído; que não houve violação à legislação de proteção de dados; ou culpa exclusiva do titular dos dados ou de terceiro.*

Referidos *microssistemas* poderão prever não só o detalhamento sobre como determinada excludente se aplica naquele segmento, mas também prever o afastamento da incidência de uma ou várias excludentes. Porém, frise-se, por estarem as excludentes ligadas com os pressupostos da responsabilidade civil, na condição de regras universais, isso precisa ser feito de forma expressa, a fim de harmonizar o ordenamento jurídico.

2.3.3. Excludentes Contratuais do Dever de Reparar

As *excludentes contratuais do dever de reparar* são decorrentes da autonomia de vontade das partes, tratando-se de um ajuste contratual prévio sobre as consequências decorrentes do inadimplemento das obrigações.

José de Aguiar Dias explica que a *exoneração convencional* “ora reveste a forma de transferência da obrigação a terceiro”²⁴¹, situação atinente ao *seguro de responsabilidade*, “ora a de exclusão que, em última análise, é também transferência, não da obrigação, mas sim das consequências do dano à própria vítima”²⁴², situação em que se encontra a *cláusula de irresponsabilidade*.

A cláusula de indenizar é considerada, portanto, uma “excludente de responsabilidade”, como ensina Caio Mário da Silva Pereira, pois “seus efeitos consistem no afastamento da obrigação consequente ao *ato danoso*”.²⁴³

As *excludentes contratuais do dever de reparar* (cláusula de não indenizar), como se verá adiante, encontram limites nas normas de ordem pública e só são aplicáveis à responsabilidade civil contratual. Contudo, dada a sua relevância, são acrescidas na proposta de sistematização das excludentes, até para que suas nuances sejam consideradas quando da análise do caso concreto, visto que o regime dos contratos é de extrema importância nas relações humanas.

Feitas essas considerações voltadas à organização da disciplina das excludentes, a seguir, serão explicadas as *excludentes gerais*, a fim de que se possa entender e interpretar a disciplina das *excludentes especiais* no contexto da proteção de dados, o que ocorrerá no próximo capítulo.

2.4. Excludentes de Antijuridicidade ou de Ilícitude

As *excludentes de antijuridicidade ou ilicitude* também são conhecidas, mundialmente, como *causas de justificação*.

²⁴¹ AGUIAR DIAS, José de. **Cláusula de Não Indenizar**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955. p. 36.

²⁴² *Ibidem*, p. 36.

²⁴³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. Atualizador: Gustavo Tepedino. 12. ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 392.

A lesão a direito nem sempre conduz à responsabilidade. O sistema jurídico prevê situações que validam o direito de lesar. Alvino Lima aponta que este direito pode decorrer do paralelismo de atividades humanas, como é o caso de direito de concorrência; assim como do antagonismo, como, por exemplo, pelo exercício da legítima defesa.²⁴⁴

Nem todo ato danoso é ilícito²⁴⁵, de forma que só haverá dever de indenizar se o dano é decorrente de conduta ilícita.

O artigo 188, do Código Civil, estatui que não constituem atos ilícitos (i) os praticados em *legítima defesa* ou no *exercício regular de um direito* reconhecido; e (ii) a *deterioração ou destruição da coisa alheia*, ou a *lesão a pessoa*, a fim de remover *perigo iminente*, situação essa conhecida como *estado de necessidade*.

Porém, pela interpretação sistemática do ordenamento jurídico, também é possível aferir outras causas excludentes de responsabilidade civil, como é o caso do *estrito cumprimento de dever legal*, modalidade do *exercício regular de direitos*, e o *consentimento* do lesado.

2.4.1. Legítima Defesa

Embora a legítima defesa seja uma excludente de ilicitude expressa (artigo 188, inciso I, CC), o Código Civil não faz alusão aos requisitos necessários para caracterização da excludente de *legítima defesa*, de forma que o seu conceito pode ser extraído do artigo 25, do Código Penal, que assim dispõe: “Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.”

²⁴⁴ LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. 2. ed. rev. e atual. pelo Prof. Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998. p. 204.

²⁴⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 15. ed. Barueri: Atlas, 2021. p. 54.

O Código Civil português, por sua vez, classifica a excludente de legítima defesa nos seguintes termos:

ARTIGO 337.º

(Legítima defesa)

1. Considera-se justificado o acto destinado a afastar qualquer agressão actual e contrária à lei contra a pessoa ou património do agente ou de terceiro, desde que não seja possível fazê-lo pelos meios normais e o prejuízo causado pelo acto não seja manifestamente superior ao que pode resultar da agressão.

2. O acto considera-se igualmente justificado, ainda que haja excesso de legítima defesa, se o excesso for devido a perturbação ou medo não culposos do agente.²⁴⁶

Depreende-se do artigo português acima que há previsão de admissibilidade do *excesso de legítima defesa*, desde que decorrente a perturbação ou medo não culposos do agente.

Importante registrar que a excludente de legítima defesa pode ser suscitada não só para repelir ameaça ou agressão injusta às pessoas, mas também ao seu patrimônio.

Quando a legítima defesa é exercida para proteção de direito de terceiro, mister a observância dos mesmos pressupostos para a defesa de direito próprio. Não é necessária qualquer relação jurídica entre a pessoa que está com seu direito ameaçado e aquele que repele a injusta agressão.

Ao estender a legítima defesa à proteção de direitos de terceiro, Aparecida Amarante esclarece que “a lei transforma o cidadão em defensor do direito em relação àquele que se encontra momentaneamente fora da proteção da autoridade (do Estado).”²⁴⁷

Caio Mario Pereira da Silva aponta que para a configuração da excludente de legítima defesa, é necessário que estejam presentes os seguintes requisitos: (i) *agressão injusta por parte de outrem*, (ii) que a ameaça de *dano seja atual ou iminente*; e (iii) *proporcionalidade da reação à agressão*²⁴⁸.

²⁴⁶ Decreto-Lei nº 47344/66. Diário da República Eletrónico. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/477358/details/normal?l=1>. Acesso em: 29 ago. 2020.

²⁴⁷ AMARANTE, Aparecida. **Excludentes de ilicitude civil**. Belo Horizonte, Del Rey, 1999. p. 54.

²⁴⁸ SILVA, Caio Mario Pereira da. **Responsabilidade Civil**. Atualizador Gustavo Tepedino. 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 373.

No Brasil, o *excesso de defesa* será considerado ilícito, justamente por se revestir de *abuso de direito*.

O terceiro, eventualmente lesado pela parte que agiu em legítima defesa, como ocorre, por exemplo, em caso de *erro na execução*, pode exigir reparação. Todavia, é assegurado ao agente que agiu em legítima defesa o direito de regresso contra a pessoa beneficiada pela ação em legítima defesa.

2.4.2. Exercício Regular de Direitos

O *exercício regular de direitos* também é causa expressa de excludente de ilicitude, conforme artigo 188, inciso I, do Código Civil, e pode ser conceituado como a realização de conduta pelo agente de forma compatível com aquilo que lhe é assegurado pelo ordenamento jurídico. No dizer de Cavalieri, é o direito exercido regularmente, conforme seu fim econômico, social, a boa-fé e os bons costumes; onde há direito não há ilícito²⁴⁹.

Dessa forma, não pode ser penalizado o agente que age de acordo com o seu direito, afinal, sua conduta é lícita, não estando, portanto, presente o requisito do “ato ilícito” necessário à configuração do dever de indenizar.

A jurisprudência reconhece o *exercício regular de direitos* do credor que negativa o nome do devedor, mediante sua inclusão nos órgãos de proteção ao crédito²⁵⁰.

Contudo, a excludente de exercício regular de direitos encontra limites no direito de terceiros.²⁵¹

²⁴⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 15. ed. Barueri: Atlas, 2021. p. 54.

²⁵⁰ Nesse sentido, confira-se: STJ, AgRg nos EDcl no AREsp 256.878/MG, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. 17/09/2013, DJe 20/09/2013.

²⁵¹ Como ensina Aparecida Amarante “Cada direito tem seu raio de ação e seu exercício; só é legítimo quando se move dentro da área fixada na lei. Fugindo de sua órbita, ainda que originariamente tenha sido exercitado nos seus limites, atingirá o campo do direito alheio, surgindo conflito.” (AMARANTE, Aparecida. **Excludentes de ilicitude civil**. Belo Horizonte, Del Rey, 1999. p. 68).

2.4.2.1. Estrito Cumprimento de Dever Legal

Embora o Código Civil não faça menção expressa à excludente do *estrito cumprimento do dever legal*, a doutrina acaba considerando esse instituto como uma vertente do *exercício regular de direitos*, podendo ser aplicado tanto a funcionário público quanto a empregados na iniciativa privada²⁵².

Em Portugal, o *estrito cumprimento de dever legal*, como excludente, também não é previsto na lei civil, “mas decorre, por necessidade lógica, da própria ideia de dever (...). Todavia, nem sempre o sujeito de um dever pode invocar o cumprimento de outro para justificar a violação do primeiro.”²⁵³

A ideia do *estrito cumprimento de dever legal*, como causa de exclusão da ilicitude, é retirada do texto do Código Penal, especificamente do artigo 23, inciso III²⁵⁴, o qual, embora preveja o instituto, não traz a sua definição, como o fez em relação ao *estado de necessidade* e à *legítima defesa*.

Em algumas situações, ainda que o agente tenha sido absolvido no âmbito criminal, em decorrência do reconhecimento da excludente do *estrito cumprimento de dever legal*, nem sempre poderá haver o afastamento da responsabilidade civil, especialmente em relação a danos causados a terceiros e quando existir excesso que também será punível tanto na lei penal, conforme parágrafo único, do artigo 23, do Código Penal, quanto no âmbito cível, por

²⁵² FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; e ROSENVALD, Nelson. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553612086/>. Acesso em: 6 set. 2020. p. 232.

²⁵³ JORGE, Fernando Pessoa. **Ensaio sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil**. Coimbra: Almedina, 1995. p. 167.

²⁵⁴ Exclusão de ilicitude. Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato: I - em estado de necessidade; II - em legítima defesa; III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito. Excesso punível. Parágrafo único - O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposos.

se configurar *abuso de direito*. O abuso de autoridade também poderá configurar excesso punível.

Para configuração desta excludente, importante que a conduta do agente se amolde às expressões “dever legal”, ou seja, é o agir conforme dever imposto por lei, no seu sentido amplo enquanto norma de direito positivo, dela excluindo-se deveres morais e éticos; e “cumprimento estrito” decorrente do exercício do ato com razoabilidade, sob pena de abuso de direito ou excesso no agir.

Fernando Pessoa Jorge muito bem coloca a necessidade de existência de “*dois deveres jurídicos válidos*: a imposição de determinada conduta pela lei pode, sem dúvida, *impedir o nascimento de uma obrigação* ou *provocar o seu desaparecimento*.”²⁵⁵ E acrescenta que o *valor* ou *importância relativa* do dever será fundamental para entendimento desta excludente, visto que “o cumprimento do dever mais forte justifica o inadimplemento do dever mais fraco, enquanto que o cumprimento deste não justifica a violação daquele. A importância dos deveres afere-se pelo *valor do bem* ou *interesse* que através deles se prossegue.”²⁵⁶

Essa excludente é importante, inclusive, para fins de delimitação do direito de regresso, visto que, em algumas situações, o Estado ou empregador, poderão responder pelos danos causados pelos seus prepostos em face de terceiros, porém, não poderão buscar o ressarcimento em face de seus representantes, caso esses consigam comprovar ter agido em *estrito cumprimento de dever legal*.

2.4.3. Estado de Necessidade

O *estado de necessidade* é causa excludente de ilicitude, como está expresso no artigo 188, inciso II, do Código Civil. Decorre do ato estritamente necessário, e sem excessos, do qual resulta lesão ou destruição da coisa alheia ou lesão a pessoa, a fim de que seja evitado

²⁵⁵ JORGE, Fernando Pessoa. **Ensaio sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil**. Coimbra: Almedina, 1995. p. 169.

²⁵⁶ *Ibidem*, p. 174.

perigo atual ou iminente (não pode ser perigo hipotético, eventual, possível ou remoto²⁵⁷). O ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.

O artigo 24, do Código Penal, prevê que o *estado de necessidade* é uma das causas de *exclusão de ilicitude* da prática criminosa (artigo 23, inciso I, CP), ressalvada a responsabilidade do excesso doloso ou culposo, oportunidade em que elenca os seguintes requisitos: (i) prática do fato para salvar de perigo atual direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir; (ii) não provocado pela vontade do agente; (iii) impassível de ser evitado de outro modo; e (iv) inexistência de dever legal de enfrentar o perigo.

José de Aguiar Dias diz que a *legítima defesa* é espécie do gênero *estado de necessidade*²⁵⁸. Caio Mario da Silva Pereira aponta para uma *similitude ontológica* entre os referidos institutos, porém afirma que na *legítima defesa* “há uma agressão dirigida à pessoa ou aos bens”²⁵⁹ Ao passo que, no *estado de necessidade*, “não se configura uma agressão, porém desenha-se uma situação fática, em que o indivíduo vê uma coisa sua na iminência de sofrer um dano. A fim de removê-lo ou evitá-lo, sacrifica a coisa alheia”²⁶⁰.

Trata-se de situação em que se opera conflito de interesses, uma vez que “um indivíduo, ante a perspectiva de lesão a um direito seu, ofende direito alheio. Na iminência de perigo a que vê exposta coisa sua, o agente causa dano a coisa alheia.”²⁶¹

²⁵⁷ DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 11. ed. Revista, atualizada de acordo com o Código Civil de 2002, e aumentada por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 922.

²⁵⁸ *Ibidem*, p. 925.

²⁵⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. Atualizador Gustavo Tepedino. 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 381.

²⁶⁰ *Ibidem*, p. 381.

²⁶¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. Atualizador Gustavo Tepedino. 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 380.

José de Aguiar Dias ensina que quem está em estado de necessidade “não quer o mal, nem estaria em condições de evitá-lo, mediante maior atenção, prudência ou diligência. O dano é o único meio de que dispõe para escapar ao perigo”²⁶².

A título de exemplo, é possível mencionar o motorista que desvia bruscamente o seu veículo e colide com outro, a fim de evitar o atropelamento de um pedestre que atravessava fora da faixa.

Contudo, em algumas situações, o estado de necessidade não afastará o dever de indenizar. Isso porque o artigo 929, do Código Civil, assegura a indenização à vítima do perigo se ela não for culpada do evento danoso²⁶³, justamente para privilegiar a garantia de reparação da vítima, que é o foco principal da responsabilidade civil.

Em caso de acidente de trânsito julgado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, no qual alegou-se estado de necessidade, foi assegurada a reparação da vítima, oportunidade em que foram replicados os ensinamentos de Peretti-Griva:

'Se é humano que cada um procure salvar-se, é também humano que aquele que sofre, por fato nosso, o dano, em vez de nós, tenha direito de reclamar a convenção patrimonial do sacrifício que lhe tenhamos causado. O estado de necessidade, considerado como força maior na determinação do dano, se fosse deixado a si, haveria imposto suas consequências danosas sobre nós: nós os desviamos de seu mecanismo, para fazê-lo atingir um terceiro inocente. Somos, assim, responsáveis pelo evento'. (Responsabilità Civile Attinente ala Circolazione dei Veicoli. Turim: Utet, 1936, p. 14 e s.)²⁶⁴

²⁶² DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 11. ed. Revista, atualizada de acordo com o Código Civil de 2002, e aumentada por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 921.

²⁶³ Nesse sentido, confira-se o seguinte julgado: “RESPONSABILIDADE CIVIL. Estado de necessidade. Ônibus. Freada que provoca queda de passageiro. - A empresa responde pelo dano sofrido por passageira que sofre queda no interior do coletivo, provocada por freada brusca do veículo, em decorrência de estilhaçamento do vidro do ônibus provocado por terceiro. - O motorista que age em estado de necessidade e causa dano em terceiro que não provocou o perigo, deve a este indenizar, com direito regressivo contra o que criou o perigo. Arts. 160, II, 1519 e 1520 do CCivil. Recurso não conhecido.” (REsp 209.062/RJ, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, j. 22/06/1999, DJ 05/08/2002, p. 345).

²⁶⁴ “AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. Acidente de trânsito. Atropelamento. Alegado estado de necessidade que não afasta o dever de indenizar os prejuízos causados a outrem. Despesas médicas devidamente comprovadas que devem ser reembolsadas. Pensão mensal que é devida em montante equivalente à perda salarial decorrente do recebimento de auxílio-doença previdenciário. Dano moral configurado. Fixação que, por ser acima da praxe para os casos similares, admite redução. Não comprovação de cláusula expressa de exclusão da indenização por dano moral na apólice, que impõe à seguradora o dever de indenizar. Inteligência da Súmula 402 do STJ. Honorários advocatícios que devem incidir sobre o valor da condenação, nos termos do art. 20 do CPC. Recurso do autor

Afinal, “não é justo que o terceiro, em quem recai o resultado do ato necessário, sofra o prejuízo, para permitir que dele se livre aquele a quem o dano foi dirigido”.²⁶⁵

De qualquer forma, o autor do dano terá ação regressiva contra o terceiro responsável pelo perigo, assim como contra aquele em defesa de quem se causou o dano, a fim de que seja indenizado pela importância que tiver ressarcido ao lesado, conforme prevê o artigo 930 do Código Civil.

2.4.4. Consentimento do Lesado

No Código Civil Português, o *consentimento* do lesado é, expressamente, previsto como uma excludente de ilicitude, nos termos do artigo 340º:

ARTIGO 340º

(Consentimento do lesado)

1. O acto lesivo dos direitos de outrem é lícito, desde que este tenha consentido na lesão.
2. O consentimento do lesado não exclui, porém, a ilicitude do acto, quando este for contrário a uma proibição legal ou aos bons costumes.
3. Tem-se por consentida a lesão, quando esta se deu no interesse do lesado e de acordo com a sua vontade presumível.²⁶⁶

O Código Civil Argentino também contempla, expressamente, o *consentimento* do lesado como excludente de ilicitude (causa de justificação), nos termos do artigo 340º:

ARTIGO 1720. Consentimento do lesado

Sem prejuízo de disposições especiais, o consentimento livre e esclarecido do lesado, na medida em que não constitua cláusula abusiva, exime de responsabilidade pelos danos decorrentes da lesão aos bens disponíveis.²⁶⁷

conhecido em parte e, nesta, parcialmente provido. Recursos dos réus e da litisdenunciada providos em parte.” (TJSP; Apelação Cível 0015990-76.2009.8.26.0564; Rel. Dimas Rubens Fonseca; 27ª Câmara de Direito Privado, Foro de São Bernardo do Campo - 8ª Vara Cível, J. 12/11/2013, Registro 07/12/2013)

²⁶⁵ DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 11. ed. Revista, atualizada de acordo com o Código Civil de 2002, e aumentada por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 923.

²⁶⁶ Decreto-Lei nº 47344/66. Diário da República Eletrônico. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/477358/details/normal?l=1> – Acesso em: 6 set. 2020.

Diferentemente do Código Civil português e também do argentino que preveem, expressamente, o *consentimento* do lesado como causa excludente de ilicitude, o Código Civil brasileiro não faz referida menção de forma expressa no rol do artigo 188. Contudo, há menção esparsa do consentimento como excludente ao longo do referido diploma civil, sendo certo, ainda, que o entendimento do consentimento como causa excludente de ilicitude do ato do agente decorre de uma análise lógica dos pressupostos da responsabilidade civil.

Fernando Pessoa Jorge explica que consentimento se revela como uma vontade concordante da interferência na esfera jurídica invadida:

O acto ilícito, no domínio das relações privadas, representa a invasão da esfera jurídica alheia, entendida esta como zona da ‘soberania privada’ tutelada pelo direito: ilicitude está nessa interferência, ou seja, na utilização dos bens jurídicos atribuídos a outrem. Tal ingerência passa, todavia, a ser *lícita*, se há *vontade concordante* do titular da esfera jurídica invadida, salvo nos casos em que a lei declara, para o efeito, ineficaz a vontade.

(...)

O fundamento da justificação não está, portanto, na tese segundo a qual, ao consentir na lesão, o titular se torna *partícipe do dano*; está, sim, na eliminação do condicionalismo que, não havendo tal consentimento, tornaria o *dano injusto*. A vontade do lesado não é causa do prejuízo e isso explica que possa haver obrigação de indemnizar, não obstante a licitude da ofensa consentida.²⁶⁸

Francisco Amaral inclui o consentimento do ofendido (*volenti non fit injuria*) como excludente de ilicitude, explicando que: “Se o prejudicado consente na lesão a seu próprio direito, não há ilicitude no comportamento do agente e o dano não é indenizável. Os direitos atingidos devem ser, porém, disponíveis.”²⁶⁹

Esse princípio, por exemplo, releva as lesões que se verificam nas competições esportivas, salvo manifesta intenção de causar dano. Outro exemplo passível de ser

²⁶⁷ Tradução livre do seguinte trecho no original: “ARTÍCULO 1720. *Consentimiento del damnificado. Sin perjuicio de disposiciones especiales, el consentimiento libre e informado del damnificado, en la medida en que no constituya una cláusula abusiva, libera de la responsabilidad por los daños derivados de la lesión de bienes disponibles.*” Disponível em: <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-26994-235975>. Acesso em: 4 dez. 2021

²⁶⁸ JORGE, Fernando Pessoa. **Ensaio sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil**. Coimbra: Almedina, 1995. p. 269-270.

²⁶⁹ AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: introdução. 10. ed. revista e modificada. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 645.

mencionado é o consentimento indicado como excludente de ilicitude especial, no âmbito do dever de sigilo bancário, consoante se infere do §3º, inciso V, da LC nº 105/2001 - Lei de Sigilo Bancário:

Art. 1º As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.

§3º Não constitui violação do dever de sigilo: (...)

V – a revelação de informações sigilosas com o *consentimento* expresso dos interessados; (...)

A autonomia de vontade segue tendo papel importante nos negócios jurídicos, porém “admite-se a jurisdicização de certos interesses, em cujo núcleo não se manifesta o aspecto volitivo.”²⁷⁰

Clóvis V. do Couto e Silva conceitua *autonomia de vontade* como a “a possibilidade, embora não ilimitada, que possuem os particulares para resolver seus conflitos de interesses, criar associações, efetuar o escambo dos bens e dinamizar, enfim, a vida em sociedade.”²⁷¹ Porém, recorda que referida atividade individual está sob a vigilância do Estado.

Logo, o *consentimento* do indivíduo, via de regra, também é uma *excludente geral de antijuridicidade ou ilicitude*, em respeito à autonomia de sua vontade, desde que (i) o indivíduo tenha capacidade para o necessário discernimento, (ii) a situação a se consentir esteja na sua esfera de disponibilidade, ou seja, não violando sua própria dignidade humana, direito de terceiros, o interesse público, os costumes e que (iii) não contenha proibição legal, inclusive no âmbito penal, como ocorre nos seguintes exemplos de *exceções ao consentimento como excludente de ilicitude*: (a) limitações ao direito de propriedade em respeito à sua função social²⁷²; (b) induzimento, instigação ou auxílio a suicídio ou a automutilação²⁷³, inclusive no âmbito da Internet; (c) aborto consentido²⁷⁴, (d) eutanásia voluntária; dentre outros.

²⁷⁰ SILVA, Clóvis V. do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. p. 31.

²⁷¹ *Ibidem*, p. 24.

²⁷² Constituição Federal, artigo 5º, inciso XXII: Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

²⁷³ O Código Penal, no artigo 122, com redação dada pela Lei nº 13.968, de 2019, criminaliza a conduta de “Induzimento, instigação ou auxílio a suicídio ou a automutilação”: Art. 122. Induzir ou instigar alguém a

2.5. Excludentes de Causalidade ou do Nexo Causal

O Código Civil não prevê um rol específico de excludentes de causalidade ou do nexos causal, mas apenas faz menções esparsas no decorrer do texto legal sobre tais hipóteses que, via de regra, exoneram o agente do dever de indenizar, a saber: (i) *caso fortuito ou força maior*, conforme artigos 393²⁷⁵, 603²⁷⁶, 625, inciso I²⁷⁷, 636²⁷⁸, 642²⁷⁹, 696, parágrafo único²⁸⁰,

suicidar-se ou a praticar automutilação ou prestar-lhe auxílio material para que o faça: Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos. § 1º Se da automutilação ou da tentativa de suicídio resulta lesão corporal de natureza grave ou gravíssima, nos termos dos §§ 1º e 2º do art. 129 deste Código: Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos. § 2º Se o suicídio se consuma ou se da automutilação resulta morte: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos. § 3º A pena é duplicada: I - se o crime é praticado por motivo egoístico, torpe ou fútil; II - se a vítima é menor ou tem diminuída, por qualquer causa, a capacidade de resistência. § 4º A pena é aumentada até o dobro se a conduta é realizada por meio da rede de computadores, de rede social ou transmitida em tempo real. § 5º Aumenta-se a pena em metade se o agente é líder ou coordenador de grupo ou de rede virtual. § 6º Se o crime de que trata o § 1º deste artigo resulta em lesão corporal de natureza gravíssima e é cometido contra menor de 14 (quatorze) anos ou contra quem, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência, responde o agente pelo crime descrito no § 2º do art. 129 deste Código. § 7º Se o crime de que trata o § 2º deste artigo é cometido contra menor de 14 (quatorze) anos ou contra quem não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência, responde o agente pelo crime de homicídio, nos termos do art. 121 deste Código. (Incluído pela Lei nº 13.968, de 2019)

²⁷⁴ O aborto consentido é conduta criminalizada pelo artigo 124, do Código Penal: “Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento. Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: Pena - detenção, de um a três anos.

²⁷⁵ Código Civil, Art. 393: O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado. Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

²⁷⁶ Código Civil, Art. 607: O contrato de prestação de serviço acaba com a morte de qualquer das partes. Termina, ainda, pelo escoamento do prazo, pela conclusão da obra, pela rescisão do contrato mediante aviso prévio, por inadimplemento de qualquer das partes ou pela impossibilidade da continuação do contrato, motivada por força maior.

²⁷⁷ Código Civil, Art. 625: Poderá o empreiteiro suspender a obra: I - por culpa do dono, ou por motivo de força maior; (...)

²⁷⁸ Código Civil, Art. 636: O depositário, que por força maior houver perdido a coisa depositada e recebido outra em seu lugar, é obrigado a entregar a segunda ao depositante, e ceder-lhe as ações que no caso tiver contra o terceiro responsável pela restituição da primeira.

²⁷⁹ Código Civil, Art. 642: O depositário não responde pelos casos de força maior; mas, para que lhe valha a escusa, terá de prová-los.

²⁸⁰ Código Civil, Art. 696: No desempenho das suas incumbências o comissário é obrigado a agir com cuidado e diligência, não só para evitar qualquer prejuízo ao comitente, mas ainda para lhe proporcionar o lucro que

702²⁸¹, 719²⁸², 734²⁸³, 737²⁸⁴, 753²⁸⁵ e 936; (ii) *fato exclusivo da vítima*, nos termos do artigo 625, inciso I, 936²⁸⁶ e 945²⁸⁷; e (iii) *fato de terceiro*, consoante artigo 930²⁸⁸.

O próprio Código Civil traz exceções à aplicação das *excludentes gerais de causalidade* ao longo de seu texto, como se infere em relação ao *caso fortuito e força maior*, pela análise dos artigos 246²⁸⁹, 399²⁹⁰, 492§1^{o291}, 575²⁹², 583²⁹³, 667²⁹⁴, 862²⁹⁵ e 868²⁹⁶ e do *fato de terceiro*, no artigo 735²⁹⁷.

razoavelmente se podia esperar do negócio. Parágrafo único. Responderá o comissário, salvo motivo de força maior, por qualquer prejuízo que, por ação ou omissão, ocasionar ao comitente.

²⁸¹ Código Civil, Art. 702: No caso de morte do comissário, ou, quando, por motivo de força maior, não puder concluir o negócio, será devida pelo comitente uma remuneração proporcional aos trabalhos realizados.

²⁸² Código Civil, Art. 719: Se o agente não puder continuar o trabalho por motivo de força maior, terá direito à remuneração correspondente aos serviços realizados, cabendo esse direito aos herdeiros no caso de morte.

²⁸³ Código Civil, Art. 734: O transportador responde pelos danos causados às pessoas transportadas e suas bagagens, salvo motivo de força maior, sendo nula qualquer cláusula excludente da responsabilidade. (...)

²⁸⁴ Código Civil, Art. 737: O transportador está sujeito aos horários e itinerários previstos, sob pena de responder por perdas e danos, salvo motivo de força maior.

²⁸⁵ Código Civil, Art. 753: Se o transporte não puder ser feito ou sofrer longa interrupção, o transportador solicitará, incontinenti, instruções ao remetente, e zelará pela coisa, por cujo perecimento ou deterioração responderá, salvo força maior.

²⁸⁶ Código Civil, Art. 936: O dono, ou detentor, do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar culpa da vítima ou força maior.

²⁸⁷ Código Civil, Art. 945: Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.

²⁸⁸ Código Civil, Art. 930: No caso do inciso II do art. 188, se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este terá o autor do dano ação regressiva para haver a importância que tiver ressarcido ao lesado.

²⁸⁹ Código Civil, Art. 246: Antes da escolha, não poderá o devedor alegar perda ou deterioração da coisa, ainda que por força maior ou caso fortuito.

²⁹⁰ Código Civil, Art. 399: O devedor em mora responde pela impossibilidade da prestação, embora essa impossibilidade resulte de caso fortuito ou de força maior, se estes ocorrerem durante o atraso; salvo se provar isenção de culpa, ou que o dano sobreviria ainda quando a obrigação fosse oportunamente desempenhada.

²⁹¹ Código Civil, Art. 492: Até o momento da tradição, os riscos da coisa correm por conta do vendedor, e os do preço por conta do comprador. §1º Todavia, os casos fortuitos, ocorrentes no ato de contar, marcar ou assinalar coisas, que comumente se recebem, contando, pesando, medindo ou assinalando, e que já tiverem sido postas à disposição do comprador, correrão por conta deste. (...).

Com base nisso, denota-se que não é feita a devida sistematização das *excludentes gerais* de causalidade ou denexo causal, o que acabou ficando a cargo do trabalho da doutrina e jurisprudência, nos moldes em que será especificado adiante.

2.5.1. Caso Fortuito ou Força Maior

O *caso fortuito* ou *força maior* são situações impassíveis de serem evitadas, seja por sua *imprevisibilidade* ou por sua *irresistibilidade*, razão pela qual, via de regra, são causas excludentes de responsabilidade civil.

Como explica a doutrina, trata-se de um “*fato externo à conduta do agente, de caráter inevitável, a que se atribui a causa necessária ao dano: Daí inferimos os seus dois atributos: a externalidade e a inevitabilidade.*”²⁹⁸

²⁹² Código Civil, Art. 575: Se, notificado o locatário, não restituir a coisa, pagará, enquanto a tiver em seu poder, o aluguel que o locador arbitrar, e responderá pelo dano que ela venha a sofrer, embora proveniente de caso fortuito. (...)

²⁹³ Código Civil, Art. 583: Se, correndo risco o objeto do comodato juntamente com outros do comodatário, antepuser este a salvação dos seus abandonando o do comodante, responderá pelo dano ocorrido, ainda que se possa atribuir a caso fortuito, ou força maior.

²⁹⁴ Código Civil, Art. 667: O mandatário é obrigado a aplicar toda sua diligência habitual na execução do mandato, e a indenizar qualquer prejuízo causado por culpa sua ou daquele a quem substabelecer, sem autorização, poderes que devia exercer pessoalmente. §1º Se, não obstante proibição do mandante, o mandatário se fizer substituir na execução do mandato, responderá ao seu constituinte pelos prejuízos ocorridos sob a gerência do substituto, embora provenientes de caso fortuito, salvo provando que o caso teria sobrevindo, ainda que não tivesse havido substabelecimento. (...)

²⁹⁵ Código Civil, Art. 862: Se a gestão foi iniciada contra a vontade manifesta ou presumível do interessado, responderá o gestor até pelos casos fortuitos, não provando que teriam sobrevindo, ainda quando se houvesse abatido.

²⁹⁶ Código Civil, Art. Art. 868: O gestor responde pelo caso fortuito quando fizer operações arriscadas, ainda que o dono costumasse fazê-las, ou quando preterir interesse deste em proveito de interesses seus.

²⁹⁷ Código Civil, Art. 735: A responsabilidade contratual do transportador por acidente com o passageiro não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva.

²⁹⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; e ROSENVALD, Nelson. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553612086/>. Acesso em: 15 ago. 2020. p. 571.

O artigo 393, do Código Civil, trata tais institutos, praticamente, como sinônimos. A distinção entre os conceitos é feita pela doutrina, inclusive sem uniformidade.

O artigo 1730, do Código Civil e Comercial argentino, prevê, expressamente, que os termos “caso fortuito” e “força maior” são sinônimos.

Caso fortuito e força maior, ou na língua francesa, *cas fortuit* e *force majeure*, estão previstos no artigo 1.148 do Código Civil francês, como explica Carlos Alberto Dabus Maluf:

Promulgado o Código Civil francês, uma outra diferenciação foi sugerida por alguns comentadores, embora a maioria delas se limitasse a salientar o alcance jurídico das duas expressões, sem distingui-las, advertindo apenas que se tratava, em ambos os casos, de acontecimento invencível, de uma causa estranha, não imputável ao devedor e, que por isso mesmo, o isentava de responsabilidade pela inexecução da obrigação. Ensairam-no Demolombe e Marcabé, adotando, entretanto, critérios, diametralmente diversos. Ao passo que para o primeiro, a força maior exprimiria a ideia de um acidente da natureza (v.g., a inundação, o raio etc.), enquanto o caso fortuito indicaria um fato do homem (a guerra, as violências et.); já para o segundo o sentido das expressões era precisamente o oposto: caso fortuito referir-se-ia à ação e forças ininteligentes, ao passo que força maior designaria o fato de terceiros.²⁹⁹

Carlos Alberto Dabus Maluf elenca os doutrinadores pátrios que tratam ambas as expressões como diferentes, a partir da penetração do pensamento do legislador, com o intuito de encontrar um significado especial para cada uma delas: Clóvis Bevilacqua, João Luiz Alves, Tito Fulgêncio, Bento de Faria, Carvalho de Mendonça, Orlando Gomes, Caio Mário da Silva Pereira, Arnoldo Wald, Álvaro Villaça Azevedo, Maria Helena Diniz e Silvio de Salvo Venosa. Entendimento que também é seguido por doutrinadores portugueses, franceses e italianos³⁰⁰.

²⁹⁹ MALUF, Carlos Alberto Dabus. Do caso fortuito e da força maior - excludentes de culpabilidade no Código Civil de 2002. *In: Responsabilidade civil: estudos em homenagem ao Professor Rui Geraldo de Camargo Viana/coordenação Rosa Maria de Andrade Nery, Rogério Donnini*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 82.

³⁰⁰ MALUF, Carlos Alberto Dabus. Do caso fortuito e da força maior – Excludentes de Culpabilidade no Código Civil de 2002. *In: Responsabilidade civil: estudos em homenagem ao Professor Rui Geraldo de Camargo Viana/coordenação Rosa Maria de Andrade Nery, Rogério Donnini*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 82-83.

Nesse aspecto, Carlos Alberto Dabus Maluf explica que a distinção repousaria no fato de que a *força maior* indica “eventos exclusivos de toda responsabilidade, mesmo a objetiva”³⁰¹, acrescentando que “o caso de força maior seria toda circunstância insuscetível de acarretar, jamais, por si mesma, uma responsabilidade qualquer para com a vítima do prejuízo”³⁰². O *caso fortuito*, por sua vez, “poderia, por vezes, dar lugar à reparação civil”³⁰³. Acrescenta, ainda, o professor paulista que a exterioridade seria o ponto alto de distinção entre os referidos conceitos e decorreria “da falta de conexão racional entre o fato prejudicial e o meio, o organismo ou a empresa, no qual aquele se houvesse verificado, estando entendido que aquela não seria necessariamente exclusiva da culpa, sempre geradora de responsabilidade quando ocorresse”³⁰⁴.

A doutrina aponta que “as excludentes de caso fortuito e força maior devem ser severamente filtradas na responsabilidade objetiva”³⁰⁵, visto que, nesse caso, “o legislador optou por proteger a vítima”³⁰⁶ e “não quis deixar dano sem reparação”³⁰⁷.

Nesse contexto, emerge inclusive a discussão sobre situações configuradoras de *fortuito interno* e *fortuito externo*, conceitos trazidos à doutrina brasileira pelo civilista Agostinho Alvim³⁰⁸, sendo aquele o que se relaciona com o objeto da atividade, e esse último, como um evento externo sem qualquer relação precedente com o agente.

³⁰¹ *Ibidem*, p. 84.

³⁰² *Ibidem*, p. 84-85.

³⁰³ *Ibidem*, p. 85.

³⁰⁴ *Ibidem*, p. 85.

³⁰⁵ BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil. 4. ed.** São Paulo: Saraiva Educação, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553612086/>. Acesso em: 23.08.2020. p. 871.

³⁰⁶ *Ibidem*, p. 871.

³⁰⁷ *Ibidem*, p. 871.

³⁰⁸ ALVIM, Agostinho. **Da Inexecução das Obrigações e suas Consequências.** 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 325 e seguintes.

Agostinho Alvim, em sua célebre obra, ensina que a distinção que vem sendo estampada na doutrina moderna “vê no caso fortuito um impedimento relacionado com a pessoa do devedor ou com a sua empresa enquanto a força maior é um acontecimento externo”³⁰⁹, de forma que tal distinção resultaria na possibilidade de se estabelecer um tratamento distinto ao devedor, com base no fundamento de sua responsabilidade.

Ao tratar da responsabilidade do transportador, o Código Civil fez menção apenas à excludente de *força maior*, no *caput* do artigo 734³¹⁰, no artigo 737³¹¹ e no *caput* do artigo 753³¹², o que pode revelar que o legislador, de fato, entende haver distinção entre o referido conceito e o de caso fortuito. Aliás, a jurisprudência não tem afastado a responsabilidade do transportador pelo chamado *fortuito interno*, como aqueles relacionados à morte ou mal súbito de motorista, defeitos mecânicos, dentre outros. Os delitos relacionados a assaltos no interior do veículo, contudo, são considerados fatos estranhos ao contrato de transporte e, conseqüentemente, *fortuitos externos*.

O *estado da técnica* é fundamental para se verificar a incidência de *caso fortuito ou força maior*, pois o próprio avanço tecnológico pode resolver questões outrora não passíveis de resolução.

Em razão disso, a doutrina passou a consolidar, para fins da responsabilidade civil, a distinção entre *fortuito interno* e *fortuito externo*, visto que apenas esse último romperia o nexo causal entre o dano experimentado e a conduta do agente, com o conseqüente dever de indenizar.

³⁰⁹ ALVIM, Agostinho Neves de Arruda. **Da Inexecução das Obrigações e suas Conseqüências**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1980.p. 330.

³¹⁰ Art. 734. O transportador responde pelos danos causados às pessoas transportadas e suas bagagens, salvo motivo de força maior, sendo nula qualquer cláusula excludente da responsabilidade. Parágrafo único. É lícito ao transportador exigir a declaração do valor da bagagem a fim de fixar o limite da indenização.

³¹¹ Art. 737. O transportador está sujeito aos horários e itinerários previstos, sob pena de responder por perdas e danos, salvo motivo de força maior.

³¹² Art. 753. Se o transporte não puder ser feito ou sofrer longa interrupção, o transportador solicitará, incontinenti, instruções ao remetente, e zelará pela coisa, por cujo perecimento ou deterioração responderá, salvo força maior. (...).

O *fortuito interno*, portanto, é parte do risco do negócio, ou seja, trata-se de um fato previsível à atividade desenvolvida pela parte, ainda que não possa ser totalmente evitado. O *fortuito interno*, portanto, não terá o condão de eximir o agente do dever de indenizar. O *fortuito externo*, por sua vez, é o fato imprevisível e inevitável totalmente alheio à atividade, visto que não guarda relação causal com o negócio. Para Agostinho Alvim, o *fortuito externo* seria o evento de força maior.

A jurisprudência traz diversos exemplos do chamado *fortuito interno* e, portanto, não passíveis de afastar o dever de indenizar, como: (i) falha no fornecimento de serviços essenciais (energia elétrica, internet, TV por assinatura etc.) em razão de intempéries da natureza por si só³¹³; (ii) extravio de mala e manutenção não programada de aeronave³¹⁴; (iii) contrato mediante uso de documentos falsos (crediários, contas bancárias, empréstimos etc.)³¹⁵; (iv) transações bancárias fora do perfil³¹⁶; (v) compensação de cheque em valor superior³¹⁷, dentre outros.

Por outro lado, em relação ao *fortuito externo* – que afasta o dever de indenizar – é possível mencionar, a título de exemplo, o (i) o assalto de correntista na via pública após o saque³¹⁸; e (ii) ato libidinoso no interior do trem³¹⁹.

Marco Fábio Morsello fala em *força maior extrínseca*, a qual pode ser conceituada como o “fato inevitável, irresistível, extrínseco e, por via de consequência, estranho à

³¹³ TJSP, Apelação nº 1000478-74.2016.8.26.0084, Des. Lino Machado, j. 25/10/2017.

³¹⁴ TJSP; Apelação Cível 1000185-51.2019.8.26.0003; Rel. Marco Fábio Morsello; J. 01/08/2019.

³¹⁵ TJSP, apelação cível 1003571-27.2018.8.26.0229, Des. Hamid Bdine, j. 28/08/2019.

³¹⁶ TJSP; Apelação Cível 1009994-66.2016.8.26.0554; Rel. Jovino de Sylos; 16ª Câmara de Direito Privado; Foro de Santo André - 7ª Vara Cível, j. 18/09/2018; Registro 20/12/2018.

³¹⁷ Precedente citado: REsp 1.199.782-PR, Segunda Seção, DJe 12/9/2011 (REPETITIVO). REsp 1.093.440-PR, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 2/4/2013.

³¹⁸ STJ, REsp 1.284.962-MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 11/12/2012.

³¹⁹ STJ, Informativo nº 0642 Publicação: 15 de março de 2019.

organização empresarial ou terceirizada do negócio do devedor, sem, portanto, qualquer vínculo com a empresa”³²⁰.

Importante registrar que, consoante artigo 393, do Código Civil, é admissível ao devedor assumir os riscos decorrentes do *caso fortuito* ou de *força maior*, porém é necessário que o faça de maneira expressa.

2.5.2. Fato Exclusivo da Vítima

O Código Civil prevê a *culpa da vítima* como causa excludente de responsabilidade civil, conforme se infere dos artigos 625, inciso I³²¹, 936³²² e 945³²³.

Contudo, considerando que as causas excludentes, em verdade, não se relacionam com a *culpa*, mas sim com o pressuposto do nexo causal, a doutrina aponta que o correto é falar em *fato exclusivo da vítima*³²⁴, visto que o comportamento da vítima é relevante para fins de se estabelecer a relação de causalidade.

Ainda, vale reiterar que há diferença entre o *nexo de imputação* (se a responsabilidade é do tipo subjetiva ou objetiva), no qual se encontra a “culpa”, do *nexo causal* (vínculo entre o

³²⁰ MORSELLO, Marco Fabio. **Contrato de Transporte: novos paradigmas do caso fortuito e força maior**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 186-187.

³²¹ Código Civil, Art. 625: Poderá o empreiteiro suspender a obra: I - por culpa do dono, ou por motivo de força maior; (...)

³²² Código Civil, Art. 936: O dono, ou detentor, do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar culpa da vítima ou força maior.

³²³ Código Civil, Art. 945: Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.

³²⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 15. ed. Barueri: Atlas, 2021. p. 110.

dano à vítima e comportamento do agente), no qual se encontra a “causa”, para se concluir por ser mais adequado o uso da expressão *fato da vítima*.³²⁵

Importante registrar que a excludente de responsabilidade civil de *fato exclusivo da vítima*, por romper o nexo causal, se aplica até mesmo no âmbito de situações abarcadas pela responsabilidade objetiva, como explicitou o Enunciado 459, do Conselho de Justiça Federal, na V Jornada de Direito Civil, pelo qual foi firmado o seguinte entendimento: “A conduta da vítima pode ser fator atenuante do nexo de causalidade na responsabilidade civil objetiva.”³²⁶

2.5.2.1. Fato Concorrente

Outro ponto importante para o debate aqui proposto é a *culpa concorrente*, ou pelas mesmas razões trazidas retro, melhor seria, o *fato concorrente* ou a *concorrência de causas*, já que referida excludente está relacionada ao nexo causal.

O fato concorrente não é causa excludente da responsabilidade civil, mas tem o condão de atenuá-la, visto que o julgador levará em consideração a proporcionalidade da conduta das partes para o evento danoso, afinal, ambas contribuíram para o resultado.

O Código Civil prevê a *culpa concorrente* ou a *concorrência de causas*, conforme se extrai do parágrafo único do artigo 738, pelo qual é admitido que o juiz reduza equitativamente a indenização devida à vítima, se essa transgrediu normas e instruções regulamentares estabelecidas pelo transportador. Igualmente, o artigo 945, do mesmo diploma

³²⁵ “Finalizando, tenha-se em mente que a presença ou ausência de culpa é um dado relacionado ao nexo de imputação e não ao nexo causal. A ausência de culpa do ofensor não autoriza ninguém a concluir que houve força maior ou fato exclusivo da vítima. O nexo de imputação consiste na razão pela qual se atribui a uma pessoa a obrigação de indenizar. Às vezes ele nascerá do ilícito culposos (imputação subjetiva) e em outras situações de uma imposição da lei ou risco inerente a uma atividade (imputação objetiva). Mas o nexo de imputação em nada se relaciona com o nexo causal, que se prende à aferição de quais danos são efeitos necessários do fato do agente, independentemente de esse fato ser culposos ou não.” (BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação. p. 578).

³²⁶ Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/413> - Acesso em: 15 ago. 2020.

civil, prevê que a indenização será fixada com base no comportamento da vítima em confronto com o do autor do dano, nos casos em que aquela tenha concorrido para o evento danoso.

Nesse sentido, trata-se o fato concorrente de um balizador para a fixação do valor indenizatório, visto que competirá ao magistrado avaliar qual a proporção, em termos de responsabilidade pelo dano, entre a conduta da vítima e do ofensor, com a consequente indicação do valor indenizatório sopesadas as concausas.

No Enunciado 630, do Conselho de Justiça Federal, na VIII Jornada de Direito Civil, foi firmado o seguinte entendimento:

Culpas não se compensam. Para os efeitos do art. 945 do Código Civil, cabe observar os seguintes critérios: (i) há diminuição do quantum da reparação do dano causado quando, ao lado da conduta do lesante, verifica-se ação ou omissão do próprio lesado da qual resulta o dano, ou o seu agravamento, desde que (ii) reportadas ambas as condutas a um mesmo fato, ou ao mesmo fundamento de imputação, conquanto possam ser simultâneas ou sucessivas, devendo-se considerar o percentual causal do agir de cada um.³²⁷

Fala-se, ainda, em *causalidade múltipla* para situações em que o dano é decorrente de múltiplos agentes que dão causa ao evento danoso e a força maior.

2.5.3. Fato Exclusivo de Terceiro

O Código Civil não traz muitos detalhes sobre o enquadramento do *fato de terceiro* como excludente de responsabilidade civil. Há uma tímida menção da excludente, nominada como *culpa de terceiro*, no artigo 930, para prever a possibilidade de direito de regresso do autor do dano que agiu em estado de necessidade contra o responsável pelo perigo.

Entretanto, como já explicado em relação ao *fato exclusivo da vítima*, por se tratar de ato exclusivo de terceiro, o qual elimina o pressuposto do nexo causal e não da culpa (nexo de

³²⁷ Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/1204>. Acesso em: 15 ago. 2020.

imputação), em termos de responsabilidade civil “a boa técnica recomenda falar em fato de terceiro em lugar de culpa de terceiro.”³²⁸

Em algumas situações excepcionais, o ordenamento jurídico preverá a responsabilidade por fato de terceiro, de forma que não haverá o afastamento do dever de indenizar, seja porque tal terceiro é parte do risco da atividade, o que implicaria no *fortuito interno* já abordado retro, ou ainda, porque a lei impõe a obrigação legal de responsabilidade pelo referido ato de terceiro, como ocorre nos casos constantes no artigo 932, do Código Civil, em que os pais respondem pelos atos dos filhos menores, empregador pelo empregado etc., assim como na responsabilidade do transportador por acidente com o passageiro, prevista no artigo 735 do mesmo diploma e, ainda, em relação ao proprietário do veículo por ato ilícito do condutor e a do médico, por ato do enfermeiro ou auxiliar, como alerta Francisco Amaral.³²⁹

Nesse sentido, *terceiro* é quem não é parte da relação entre *agente* e *vítima*.

Para fins de enquadramento na excludente de fato de terceiro, mister que o ato desse último interfira na relação causal.

2.6. Risco do Desenvolvimento

Quem deve responder pelos riscos inerentes ao desenvolvimento, que constitui a base da civilização de um povo? Deve ser atribuída a responsabilidade ao fornecedor pelo risco criado? Deve o risco do desenvolvimento ser suportado pelas pessoas em prol do bem comum que lhes favorece? Ou então, frente à dificuldade de responder as questões anteriores, o risco do desenvolvimento deve ser suportado pelo Estado, com a socialização dos riscos?

³²⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 15. ed. Barueri: Atlas, 2021. p. 111.

³²⁹ “São casos especiais de responsabilidade por fato de terceiro a do proprietário de veículo por ato ilícito do condutor, não preposto, e a do médico, por ato de enfermeiro ou auxiliar. No caso de prejuízos causados por veículo conduzido por outrem que não o proprietário, este somente se exonera, se provar que o veículo entrou em circulação contra vontade, como no caso de furto. Fora disso presume-se a culpa do condutor e a do proprietário. Responde, também, o médico pelos atos ilícitos de seus auxiliares, enfermeiros etc., que agirem sob sua orientação, mas não responde pelo ato culposo, independente, do enfermeiro ou auxiliar, caso em que a responsabilidade é do nosocômio.” (AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: introdução. 10. ed. revista e modificada. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 677).

Em verdade, ainda existe muita controvérsia e hesitação na doutrina sobre a aceitação do risco do desenvolvimento como causa *excludente de responsabilidade civil*³³⁰. De qualquer forma, na sociedade moderna, em que o desenvolvimento dá passos gigantescos, o tema ganha grande relevância não só para a disciplina do direito do consumidor, mas também para o direito privado em si.

O risco do desenvolvimento tem sido invocado como hipótese de excludente de responsabilidade do fornecedor de produtos e serviços no mercado de consumo, em decorrência “da circunstância de que ele não sabia, nem tinha razões para saber, da periculosidade do produto ao inseri-lo no mercado, que só veio a ser descoberta pelo avanço da ciência posterior à sua introdução.”³³¹

Marcelo Junqueira Calixto conceitua *riscos do desenvolvimento* como “aqueles riscos não cognoscíveis pelo mais avançado estado a ciência e da técnica no momento da introdução do produto no mercado de consumo e que só vêm a ser descobertos após um período de uso do produto, em decorrência do avanço dos estudos científicos”³³². A título de exemplos, menciona:

(...) os cigarros, que hoje comprovadamente podem acarretar o câncer de pulmão, o silicone implantado pelas mulheres seus seios, o antiolesterol MER-29, que acarretou a cegueira em algumas pessoas que dele fizeram uso, o talco Morhange, que provocou a morte de algumas crianças na França e, talvez o caso mais famoso, o Contergan-Talidomida que, ingerido por mulheres grávidas, acarretou o nascimento de crianças fisicamente deformadas. A esses casos já históricos podem somar-se outros ainda discutidos do ponto de vista científico, como o remédio Lipobay, o medicamento Propulsid, o tratamento de reposição hormonal para mulheres e o consumo de organismos geneticamente modificados (OGMs). (...) ³³³

³³⁰ Silmara Juny de Abreu Chinellato e Antonio Carlos Morato indicam que James Marins, Gustavo Tepedino, Fábio Ulhoa Coelho e Rui Stoco são favoráveis ao risco do desenvolvimento como excludente. A favor, estariam os próprios professores, José Reinaldo de Lima Lopes e Zelmo Denari. (CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu; MORATO, Antonio Carlos. Responsabilidade Civil e o risco do desenvolvimento nas relações de consumo. *In*: NERY, Rosa Maria de Andrade; DONNINI, Rogério (Coord.). **Responsabilidade civil**: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 48-49 e 52).

³³¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; e ROSENVALD, Nelson. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 872.

³³² CALIXTO, Marcelo Junqueira. **A Responsabilidade Civil do Fornecedor de Produtos pelos Riscos do Desenvolvimento**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 175-176.

³³³ *Ibidem*, p. 177-181.

Para entendimento do risco do desenvolvimento como matéria excludente, necessário entender o “‘estado da ciência e da técnica’, também designado por ‘estado da arte’, conforme adverte João Calvão da Silva.”³³⁴

Silmara Juny de Abreu Chinellato e Antonio Carlos Morato alertam que o risco do desenvolvimento não se confunde com a hipótese prevista no §2º, do artigo 12, do CDC, a qual trata do produto que não é considerado defeituoso pela colocação de outro de melhor qualidade no mercado, oportunidade em que colacionam o exemplo da evolução técnica dos automóveis que se tornaram mais seguros, assim como seus respectivos equipamentos de segurança³³⁵.

Acrescentam os professores que “a falta da necessária diferenciação entre produto perigoso e risco do desenvolvimento tem levado alguns doutrinadores a sustentar que este teria sido admitido pelo direito brasileiro como excludente de responsabilidade do fornecedor”³³⁶. Em relação à periculosidade, conhecida e previsível, apontam a possibilidade de classificá-la em *inerente*, ou seja, é de sua essência (como faca, tesoura e produtos de limpeza), *adquirida*, em decorrência de um defeito de fabricação (carro com defeito no motor ou freios) e *presumida*, pela falha de informação (faixa etária para brinquedos infantis, informações direcionadas a doenças específicas)³³⁷.

³³⁴ CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu; MORATO, Antonio Carlos. Responsabilidade Civil e o risco do desenvolvimento nas relações de consumo. *In*: NERY, Rosa Maria de Andrade; DONNINI, Rogério (Coord.). **Responsabilidade civil**: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 27.

CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu; MORATO, Antonio Carlos. Responsabilidade Civil e o risco do desenvolvimento nas relações de consumo. *In*: NERY, Rosa Maria de Andrade; DONNINI, Rogério (Coord.). **Responsabilidade civil**: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 29.

³³⁶ *Ibidem*, p. 30.

³³⁷ *Ibidem*, p. 30-31.

Na sequência, os professores consideram “artificiais e infundadas quaisquer tentativas que tenham como escopo eliminar ou reduzir a responsabilidade do fornecedor”³³⁸, justificando que:

Também não é razoável propor irresponsabilidade quanto a produto que não tenha defeitos verificáveis no momento de sua inserção no mercado (defeitos *incognoscíveis*), pois a responsabilidade existe, seja o defeito conhecido, seja desconhecido.

Ainda menos aceitável é pretender negligenciar – mesmo para os que defendem o risco do desenvolvimento como excludente – o fato de que há um padrão universal de qualidade (um *standard* de fornecedor *ideal*), plenamente alcançável quando se verifica que vivemos em um mercado global de consumo, não sendo admissível sustentar que os conhecimentos técnicos do fornecedor, diante de sua inserção limitada no mercado de consumo, dispensariam-no de alcançar padrões internacionais de qualidade no que diz respeito à segurança do consumidor.³³⁹

Silmara Juny de Abreu Chinellato e Antonio Carlos Morato também entendem incorreto imputar ao Estado a responsabilidade civil pelo risco do desenvolvimento, em regra ou com exclusividade, inclusive em decorrência de raciocínio “econômico” e a visão “Direito e Economia” (*Law and Economics*)³⁴⁰.

Ao final, anuem com as posições do doutrinador francês Calais-Auloy, para concluir pelo afastamento da incidência da excludente do risco do desenvolvimento “para imputar ao fornecedor os ônus do risco do desenvolvimento”³⁴¹, conforme responsabilidade constante no artigo 12, do Código de Defesa do Consumidor, o qual não teria acolhido o risco do desenvolvimento como excludente, uma vez que “não alcança todas as hipóteses de falta de segurança do produto”³⁴², “não afasta a genérica responsabilidade civil pelo risco da atividade que orienta a responsabilidade do produtor”³⁴³, a “legítima expectativa do consumidor não é

³³⁸ *Ibidem*, p. 31.

³³⁹ *Ibidem*, p. 31.

³⁴⁰ CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu; MORATO, Antonio Carlos. Responsabilidade Civil e o risco do desenvolvimento nas relações de consumo. In: NERY, Rosa Maria de Andrade; DONNINI, Rogério (Coord.). **Responsabilidade civil**: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 35.

³⁴¹ *Ibidem*, p. 47.

³⁴² *Ibidem*, p. 49.

³⁴³ *Ibidem*, p. 49.

invocável”³⁴⁴, pois recai sobre o produtor o ônus de conhecer o estado da ciência e tornar o produto seguro, afinal, “quem aútere os cômodos, deve suportar os incômodos”³⁴⁵, sendo certo ainda que:

(...) o risco do desenvolvimento relaciona-se com o fato do produto, com sua segurança, envolvendo direito à vida, à integridade física e psíquica do consumidor, direitos da personalidade de grande relevância, somente poderia ser admitido no ordenamento jurídico de modo expresse, como ocorre nos países europeus que adotaram a Diretiva 85/374, e jamais implícito.³⁴⁶

O artigo 931³⁴⁷, do Código Civil, estatui a responsabilidade objetiva dos empresários individuais e empresas sobre os produtos postos em circulação, porém admite que tal regra seja excepcionada nos casos previstos em lei como, por exemplo, acontece em relação às *excludentes de responsabilidade civil*.

Sobre o assunto, vale mencionar os Enunciados 42 e 43, da Jornada de Direito Civil realizada pelo Centro de Estudos Judiciários, do Conselho de Justiça Federal, que assim dispõem, respectivamente: “Art. 931: O art. 931 amplia o conceito de fato do produto existente no art. 12 do Código de Defesa do Consumidor, imputando responsabilidade civil à empresa e aos empresários individuais vinculados à circulação dos produtos” e “Art. 931: A responsabilidade civil pelo fato do produto, prevista no art. 931 do novo Código Civil, também inclui os riscos do desenvolvimento.”³⁴⁸

Assim, para ser considerada *excludente geral* ou *especial de responsabilidade civil*, o risco do desenvolvimento precisaria de previsão legal expressa nesse sentido, como ocorre na Diretiva Europeia nº 85/374, pela qual foi admitido que cada país decida internamente sobre a

³⁴⁴ *Ibidem*, p. 49.

³⁴⁵ *Ibidem*, p. 56.

³⁴⁶ *Ibidem*, p. 57-58.

³⁴⁷ Código Civil, artigo 931: Ressalvados outros casos previstos em lei especial, os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação.

³⁴⁸ Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/compilacaoenunciadosaprovados-jornadas-1-3-4.pdf> - Acesso em: 13 set. 2020.

questão, visto que não se trata de uma consequência lógica de rompimento dos pressupostos da responsabilidade civil, especialmente o ato ilícito e nexa causal.

Cavaliere entende que seria “injusto financiar o progresso às custas do usuário individual”³⁴⁹, o que traria retrocesso à responsabilidade objetiva, porém conclui que “se a inovação é benéfica ao consumo em geral, nada impede que todos tenhamos que pagar o preço do progresso.”³⁵⁰

No âmbito europeu, também é possível extrair a *excludente do risco do desenvolvimento*, cuja previsão está contemplada na Diretiva 85/374, da qual se extrai os seguintes aspectos fundamentais indicados por Silmara Juny de Abreu Chinellato e Antonio Carlos Morato:

- a) funda-se na responsabilidade civil objetiva;
- b) consagra o risco do desenvolvimento com causa excludente da responsabilidade civil;
- c) para ser admitida essa excludente, o produtor tem o ônus de provar que, no momento da colocação do produto no mercado, não era possível detectar a existência do defeito;
- d) a legislação interna de cada Estado-membro pode ou não incorporar a excludente do risco do desenvolvimento;
- e) o critério temporal para aferição do estado da ciência e da técnica ou estado da arte é o da colocação do produto no mercado e não o da verificação do dano.³⁵¹

Em relação ao risco do desenvolvimento, com base na Diretiva 85/374, Silmara Juny de Abreu Chinellato e Antonio Carlos Morato explicam que:

Segundo o Relatório Responsabilidade do Produto na União Europeia, para a Comissão Europeia, elaborado por John Meltzer, Rod Freeman e Siobhan Thomson, apenas dois países – Luxemburgo e Finlândia – usaram a opção de não adotar a excludente do risco do desenvolvimento. Outros países, entre os quais França e Espanha, adotaram-na com ressalvas.³⁵²

³⁴⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 15. ed. Barueri: Atlas, 2021. p. 277.

³⁵⁰ *Ibidem*, p. 277.

³⁵¹ CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu; MORATO, Antonio Carlos. Responsabilidade Civil e o risco do desenvolvimento nas relações de consumo. *In*: NERY, Rosa Maria de Andrade; DONNINI, Rogério (Coord.). **Responsabilidade civil**: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 31-32.

³⁵² *Ibidem*, p. 32.

João Calvão da Silva entende que o “defeito não cognoscível em face do estado da ciência e da técnica”³⁵³ deve ser inserido no rol de excludentes de responsabilidade civil, nos seguintes termos:

(...) o produtor não é responsável se provar ‘que o estado dos conhecimentos científicos e técnicos, no momento em que pôs o produto em circulação, não permitia detectar a existência do defeito’ (art. 5º, al. e)). Desenvolvemos já esta causa de exclusão da responsabilidade. É todavia conveniente sublinhar que o estado da ciência e da técnica constitui a *grande moldura* do novo regime de responsabilidade decorrente de produtos defeituosos, moldura que o produtor deve acompanhar *pari passu*, sem poder fiar-se nas normas legais existentes que, a qualquer momento, podem ser ultrapassadas. As ‘regras da arte’ a que o fabricante deve obediência são definidas pelo estado da ciência e da técnica, o qual dita com carácter verdadeiramente imperativo ou vinculativo em cada momento o *facere* produtivo. Por isso, o estado da ciência e da técnica não se confunde com as normas técnicas ou profissionais, como os usos ou costumes da indústria nem com a lei. Vai além de tudo isso, de nada valendo as cláusulas contratuais que impliquem a sua derrogação. Nesse sentido, pode falar-se do ‘princípio do primado das regras da arte ou do estado da ciência e da técnica.’³⁵⁴

Nesse prisma, o legislador deve decidir o rumo que irá tomar em relação ao risco do desenvolvimento. Em relação às vítimas da talidomida, trágico exemplo histórico de risco do desenvolvimento, o Brasil acabou socializando os riscos, uma vez que as pensões vitalícias e indenizações foram pagas pelo INSS, conforme previsto, respectivamente, pela Lei nº 7.070/82³⁵⁵ e Lei nº 12.190/2010³⁵⁶.

Igualmente, no contexto da Covid-19, a Lei nº 14.125/2021, que dispõe sobre a responsabilidade civil relativa a eventos adversos pós-vacinação contra a Covid-19 e sobre a aquisição e distribuição de vacinas por pessoas jurídicas de direito privado, no artigo 1º, autoriza a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios a adquirir vacinas e a assumir os riscos referentes à responsabilidade civil, nos termos do instrumento de aquisição ou fornecimento de vacinas celebrado, em relação a eventos adversos pós-vacinação, desde que a

³⁵³ SILVA, João Calvão da. **Responsabilidade Civil do Produtor**. Coimbra: Almedina, 1990. p. 727.

³⁵⁴ SILVA, João Calvão da. **Responsabilidade Civil do Produtor**. Coimbra: Almedina, 1990. p. 727.

³⁵⁵ Lei nº 7.070/82, artigo 1º: Fica o Poder Executivo autorizado a conceder pensão especial, mensal, vitalícia e intransferível, aos portadores da deficiência física conhecida como Síndrome da Talidomida que a requererem, devida a partir da entrada do pedido de pagamento no Instituto Nacional de Previdência Social - INPS.

³⁵⁶ Concede indenização por dano moral às pessoas com deficiência física decorrente do uso da talidomida, altera a Lei nº 7.070, de 20 de dezembro de 1982, e dá outras providências.

Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) tenha concedido o respectivo registro ou autorização temporária de uso emergencial.

Em suma, para que o risco do desenvolvimento seja considerado excludente de responsabilidade civil deverá ter previsão expressa em lei, como ocorreu nas situações exemplificadas retro.

2.7. Excludentes Contratuais do Dever de Reparar – Cláusula de Não Indenizar

A autonomia da vontade e a liberdade contratual, estatuídas no artigo 421, do Código Civil, são o fundamento para as excludentes contratuais do dever de reparar.

Referidos princípios foram reforçados pela Declaração de Direitos de Liberdade Econômica (Lei nº 13.874/2019), a qual acresceu um parágrafo ao artigo 421, do diploma civil retro, a fim de estatuir que, nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual. Igualmente, trouxe o artigo 421-A ao Código Civil, justamente para conferir liberdade às partes negociantes para (i) estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução; (ii) a alocação de riscos; e (iii) a revisão contratual de maneira excepcional e limitada.

No campo de aplicação da responsabilidade civil um problema não tardou a aparecer, o consistente em equilibrar interesses antagônicos decorrentes da necessária reparação da vítima de um lado e, de outro, do receio de que a intensiva preocupação com a referida reparação se convertesse em “aniquilamento da iniciativa privada, ferindo, conseqüentemente, a própria comunidade, a quem essa atividade interessa e beneficia”³⁵⁷.

³⁵⁷ DIAS, José de Aguiar. **Cláusula de Não Indenizar**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955. p. 19.

A partir daí, os juristas definiram quatro fórmulas de busca de equilíbrio consistentes na *cláusula penal*, *cláusula de limitação de responsabilidade*, *cláusula de irresponsabilidade* e *seguro de responsabilidade*³⁵⁸.

No direito brasileiro, o contrato é visto não só como um importante negócio jurídico, mas também como instrumento de alocação de riscos.³⁵⁹

Via de regra, a *cláusula penal* tem caráter compensatório de prejuízos decorrentes do inadimplemento contratual, de forma que “não é admissível a cumulação de cláusula penal e de indenização pela falta de cumprimento do contrato”³⁶⁰.

Se eleita a *cláusula penal compensatória*, elimina-se a necessidade de liquidação de perdas e danos, já pré-fixados, consoante se infere do artigo 410³⁶¹ do Código Civil. Nesse sentido, o credor não precisa alegar ou comprovar prejuízo para exigir o valor previsto na pena convencional. Por outro lado, ainda que o prejuízo sofrido pelo credor exceda ao valor previsto na cláusula penal, não pode esse exigir indenização suplementar se assim não foi convenionado. Se o tiver sido, a pena vale como mínimo da indenização, competindo ao credor provar o prejuízo excedente, como se extrai do artigo 416 do Código Civil.

Contudo, as partes poderão atribuir à cláusula penal o efeito de pena moratória, prevendo expressamente a possibilidade de efetiva reparação pelos prejuízos decorrentes do inadimplemento contratual.

Em sede contratual, o devedor pode, igualmente, afastar as consequências da responsabilidade que lhe é atribuída por lei, mediante *cláusula de não indenizar*, de *não responsabilidade* ou de *irresponsabilidade convencional*.

³⁵⁸ *Ibidem*, p. 20.

³⁵⁹ ROSENVALD, Nelson. O Coronavírus e a Responsabilidade nos Contratos Internacionais. *In: Coronavírus e responsabilidade civil: impactos contratuais e extracontratuais*; coordenado por Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho, Nelson Rosenthal, Roberta Densa. Indaiatuba: Editora Foco, 2020. p. 4.

³⁶⁰ RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 572.

³⁶¹ Código Civil: Art. 410. Quando se estipular a cláusula penal para o caso de total inadimplemento da obrigação, esta converter-se-á em alternativa a benefício do credor.

Caio Mario da Silva Pereira aponta para a impropriedade da utilização do termo “cláusula de irresponsabilidade”, visto que o correto seria o uso da expressão *cláusula de não indenizar*³⁶², como cunhada pelo jurista Aguiar Dias.

Segundo Cavalieri, a melhor definição doutrinária da *cláusula de não indenizar* é aquela que diz ser “o ajuste que visa afastar as consequências normais da inexecução de uma obrigação; a estipulação através da qual o devedor se libera da reparação do dano, ou seja, da indenização propriamente dita.”³⁶³

Não se deve confundir as excludentes de responsabilidade civil com a cláusula de não indenizar, visto que aquelas excluem a responsabilidade civil em si, ao passo que essa última, apenas as consequências, no caso, o dever de reparar.

Arnaldo Rizzardo esclarece que “não produzem validade as cláusulas que exoneram de responsabilidade, se estabelecidas na lei, ou decorrem da ordem jurídica, ou constituam as obrigações o núcleo do contrato”, como é o caso de contratos de depósito em que se exclua a responsabilidade pela guarda do bem depositado. Caio Mário da Silva Pereira entende que também não são admissíveis quando a estipulação afronta os bons costumes e a boa-fé³⁶⁴.

Frise-se que este tipo de cláusula é inerente à responsabilidade contratual, não sendo admitida na responsabilidade extracontratual³⁶⁵ até porque nessa última “as partes nada contratam”³⁶⁶.

³⁶² PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. Atualizador: Gustavo Tepedino. 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 390.

³⁶³ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 15. ed. Barueri: Atlas, 2021. p. 608.

³⁶⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva, op. cit., p. 390.

³⁶⁵ Como destaca Arnaldo Rizzardo Em síntese, inválida a cláusula na responsabilidade extracontratual, pois as previsões estão inseridas na lei. Acontece que não se permite às pessoas derrogar as disposições da lei. Se não pretendem seus efeitos, basta não acionar para que sejam os mesmos colocados em prática. (RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 578).

³⁶⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 15. ed. Barueri: Atlas, 2021. p. 609.

Agostinho Alvim ensina que “assim como devedor pode assumir responsabilidade que não lhe cabe, pode também afastar as que a lei lhe atribui, pela cláusula de não-responsabilidade.”³⁶⁷

Nesse sentido, com o uso das excludentes contratuais, é possível às partes convencionarem sobre (i) limitação de valores indenizatórios; (ii) atenuação do dever de reparar, como no caso de ficar estabelecido que o devedor só responde por culpa grave; (iii) transferência do pagamento da indenização a um terceiro, como ocorre em relação ao *seguro*; (iv) estabelecer uma cláusula penal compensatória para evitar a liquidação do dano; (v) renunciar a indenização, dentre outras possibilidades³⁶⁸.

Todavia, esse tipo de cláusula encontra uma série de restrições em nosso ordenamento, como em caso de sua utilização em *contratos de adesão não paritários*, *contratos existenciais*, além da própria limitação decorrente das *normas de ordem pública*.

Cavaliere também acrescenta como limites à cláusula de indenizar o *dolo* (ato intencional antijurídico) e a *culpa grave* (“negligência extrema, grosseira ausência de vigilância, em que até o homem menos cuidadoso não incide nos seus próprios negócios”³⁶⁹), visto que isso contradiz a própria ideia de ordem pública³⁷⁰ e viola o princípio da boa-fé.

Sobre o tema, no artigo 1.229, do Código Civil Italiano, há proibição expressa de cláusula de limitação de responsabilidade que deriva de violação de normas de ordem pública.³⁷¹

³⁶⁷ ALVIM, Agostinho. **Da Inexecução das Obrigações e suas Consequências**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 336.

³⁶⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 15. ed. Barueri: Atlas, 2021. p. 609.

³⁶⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio, *ibidem*, p. 611.

³⁷⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio, *ibidem*, p. 610.

³⁷¹ Tradução livre: Art. 1229. (Cláusulas de isenção de responsabilidade). Qualquer acordo que exclua ou limite a responsabilidade do devedor por conduta dolosa ou negligência grave é nulo. Qualquer convenção preventiva de isenção ou limitação de responsabilidade também é nula nos casos em que o fato do devedor ou dos seus auxiliares constituir violação de obrigações decorrentes de normas de ordem pública. Texto original “Art. 1229. (Cláusulas di esonero da responsabilita'). E' nullo qualsiasi patto che esclude o limita preventivamente la

José de Aguiar Dias explica que a cláusula de irresponsabilidade guarda grandes afinidades com o seguro de responsabilidade³⁷².

Em verdade, a *cláusula de não indenizar* não é muito bem-vista e até é proibida em algumas passagens do ordenamento jurídico. No *caput* do artigo 734, do Código Civil, há menção expressa à cláusula excludente de responsabilidade, mas em um sentido de proibição, visto que declara ser nula qualquer cláusula nesse sentido para afastar o dever de reparar os danos por parte do transportador perante as pessoas transportadas e suas bagagens.

Do mesmo modo, o artigo 25, do CDC, contempla vedação expressa de estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenuie a obrigação de indenizar por vício do produto e do serviço. Esse tipo de cláusula de não indenizar está nominalmente taxada como *abusiva* no rol do artigo 51, inciso I³⁷³, do mesmo diploma, resultando em disposição nula de pleno direito. A exceção será a cláusula de limitação de responsabilidade que poderá ser aceita em situações justificáveis.

José de Aguiar Dias conceitua a *cláusula ou convenção de irresponsabilidade* como:

estipulação prévia por declaração unilateral, ou não, pela qual a parte que viria a obrigar-se civilmente perante outra afasta, de acordo com esta, a aplicação da lei comum ao seu caso. Visa a anular, modificar ou restringir as consequências normais de um fato da responsabilidade do beneficiário da estipulação. (...)

(...) Para saber da validade da cláusula de irresponsabilidade, o processo mais simples é investigar se a norma de direito comum que estabelece a responsabilidade e que por essa convenção ficará afastada atende a interesse de ordem pública ou é destinada a mera tutela individual. O direito que a lei confere tão-somente em contemplação do interesse privado pode ser afastado pela convenção de irresponsabilidade. Isso não pode acontecer, entretanto, com as normas que visam à

responsabilita' del debitore per dolo o per colpa grave. E' nullo altresì qualsiasi patto preventivo di esonero o di limitazione di responsabilita' per i casi in cui il fatto del debitore o dei suoi ausiliari costituisca violazione di obblighi derivanti da norme di ordine pubblico.”. Disponível em: <https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.regio:1942-03-16;262!vig=> - Acesso em: 15.11.2021.

³⁷² AGUIAR DIAS, José de. **Cláusula de Não Indenizar**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955. p. 26.

³⁷³ CDC: Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: I - impossibilitem, exonem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis.

proteção da ordem pública e dos bons costumes, porque as convenções particulares não as podem deixar sem efeito.³⁷⁴

A título de exemplo, José de Aguiar Dias traz a questão do locador que, por cláusula contratual, não se obrigará pelas reparações ou consertos, em razão da qual, ainda que o locatário sofra danos em decorrência da ausência de reparo, não poderá pleitear reparação em face do locador³⁷⁵.

O ilustre jurista acrescenta que são cláusulas ilícitas: “a de transferência de obrigações essenciais do contratante, as que exonerem de responsabilidade pelo dolo ou culpa grave e, em geral, todas as que interesse à proteção da vida, da integridade física e da saúde do contratante.”³⁷⁶

José de Aguiar Dias aponta que a cláusula de irresponsabilidade teve melhor sorte na França, cujos tribunais têm acolhido esse tipo de pacto com mais facilidade, inclusive “tem sido constantemente decidido que a cláusula impressa no bilhete de transporte ou passagem, com o objetivo de isentar o transportador aéreo de qualquer responsabilidade por qualquer acidente, deve ser reconhecida válida.”³⁷⁷

Em algumas passagens do ordenamento jurídico há previsão sobre a autorização de pacto de não indenizar, como em matéria de evicção, em que as partes podem, por cláusula expressa, reforçar, diminuir ou excluir a responsabilidade, conforme expresso no artigo 448, do Código Civil.

Contudo, considerando que esse tipo de cláusula contempla uma renúncia em seu núcleo, deve ser interpretada de maneira restrita.

³⁷⁴ DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 11. ed. Revista, atualizada de acordo com o Código Civil de 2002 e aumentada por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 906.

³⁷⁵ *Ibidem*, p. 907.

³⁷⁶ *Ibidem*, p. 907.

³⁷⁷ *Ibidem*, p. 908.

CAPÍTULO III – EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE CIVIL NO CONTEXTO DA PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

Denota-se do ordenamento jurídico que o tema das excludentes não é devidamente explorado e tampouco sistematizado de maneira adequada, sendo poucas as obras que catalogam, em detalhes, o regime das excludentes de responsabilidade civil, não existindo, inclusive, forte sintonia entre os doutrinadores, quiçá porque o próprio Código Civil também não sistematiza o instituto de forma adequada, como demonstrado no capítulo anterior.

A necessidade de uma tutela específica da proteção de dados começou a ser sentida com os avanços tecnológicos que passaram a possibilitar o tratamento de dados em larga escala, substituindo o tratamento manual pelo automatizado³⁷⁸.

Contudo, é chegado o momento de buscar o devido equilíbrio entre a responsabilidade e a irresponsabilidade civil, como aponta José Luiz Gavião de Almeida ao expor sobre o excesso na proteção do lesado:

Essa linha filosófica que hoje inspira a responsabilidade civil merece a preocupação daqueles que estão a estudar e trabalhar com a matéria. Buscar um ponto de equilíbrio, evitando essa desenfreada preocupação em proteger a vítima com a responsabilização de quem, não raro, não se mostra indicado a pagar pelo dano, é uma inquietação que deve tomar conta dos que estudam o instituto da responsabilidade civil. Tem sido comum entregar obrigação de reparar o dano, sem uma justificativa que se mostre coerente com a sistemática do instituto, a quem nada fez para suportar o prejuízo.³⁷⁹

A inserção de um artigo com a previsão de excludentes de responsabilidade civil na LGPD gerou muita polêmica, visto que, como demonstrado no primeiro capítulo, muitos doutrinadores passaram a considerar essa premissa para concluir pela responsabilidade civil de natureza objetiva, no contexto de violações à proteção de dados, especialmente porque o texto da lei, no *caput* do artigo 43, da LGPD, usou o advérbio “só” para aparentemente limitar as causas pelas quais os agentes de tratamento não serão responsabilizados.

³⁷⁸ CORDEIRO, A. Barreto Menezes. **Direito da Proteção de Dados: à luz do RGPD e da Lei nº 58/2019**. Editora Almedina. Coimbra, 2020. p. 53.

³⁷⁹ ALMEIDA, José Luiz Gavião de. Novos rumos da responsabilidade civil por ato ilícito. *In*: José Luiz Gavião de Almeida. (Org.). **Temas Atuais de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2007, v. 1, p. 57-73. p. 63-64.

Contudo, apesar do notório saber jurídico de grandes nomes na doutrina que seguiram por esse caminho, não se afigura adequado vincular a disciplina das *excludentes* ao *nexo de imputação ou fator de atribuição* da responsabilidade civil, nesse último sim repousa a natureza jurídica objetiva ou subjetiva do dever de reparar.

No contexto da LGPD, entende-se que o *nexo de imputação ou fator de atribuição* da responsabilidade deverá ser definido a partir da *atividade lesiva*, de forma que, via de regra, será de natureza *subjetiva*, porém, em alguns contextos, como em relação ao consumidor, perante o Poder Público ou nas atividades de risco (parágrafo único, do artigo 927, do Código Civil), a responsabilidade civil poderá ser *objetiva*.

Por outro lado, as excludentes também não são parâmetro para definição da natureza jurídica da responsabilidade civil, visto que são aplicáveis tanto ao regime jurídico da responsabilidade objetiva, como ao da responsabilidade subjetiva, uma vez que estão vinculadas aos pressupostos inerentes ao instituto da responsabilidade civil em si, na exata medida em que ou fulminam a ilicitude/antijuridicidade da conduta ou então rompem o nexo causal, pressupostos esses sem os quais, salvo previsão legal expressa em contrário, isentam o agente do dever de reparar.

O artigo 44, da LGPD, traz hipóteses que ensejam *presunção de ilicitude* do tratamento de dados pessoais, visto que irá considerá-lo *irregular* quando: (i) não observar a legislação; (ii) não fornecer segurança nos termos do artigo 46³⁸⁰, da LGPD, a saber, adoção de medidas de segurança, técnicas e administrativas³⁸¹, aptas a proteger os dados pessoais de acessos não

³⁸⁰ Art. 46. Os agentes de tratamento devem adotar medidas de segurança, técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou qualquer forma de tratamento inadequado ou ilícito. §1º A autoridade nacional poderá dispor sobre padrões técnicos mínimos para tornar aplicável o disposto no caput deste artigo, considerados a natureza das informações tratadas, as características específicas do tratamento e o estado atual da tecnologia, especialmente no caso de dados pessoais sensíveis, assim como os princípios previstos no caput do art. 6º desta Lei. § 2º As medidas de que trata o caput deste artigo deverão ser observadas desde a fase de concepção do produto ou do serviço até a sua execução.

³⁸¹ A ANPD editou Guia Orientativo sobre a Segurança da Informação para Agentes de Tratamento de Pequeno Porte, o qual contempla a descrição de exemplos de medidas técnicas (controle de acesso, segurança dos dados pessoais armazenados, segurança das comunicações, manutenção de programa de gerenciamento de vulnerabilidades, medidas relacionadas ao uso de dispositivos móveis, medidas relacionadas ao serviço de nuvem) e administrativas (Política de segurança da informação, conscientização e treinamento, gerenciamento de

autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou qualquer forma de tratamento inadequado ou ilícito, desde a fase de concepção do produto ou serviço até a sua execução.

Aliás, consoante parágrafo único do artigo 44, da LGPD, deverá responder pelos danos decorrentes da violação da segurança dos dados o controlador ou o operador que, ao deixar de adotar as medidas de segurança previstas artigo 46 da LGPD, der causa ao dano.

Como consequência lógica do disposto no artigo 44, da LGPD, o tratamento de dados será *regular* e, portanto, atrairá a *presunção de licitude*, quando realizado com *segurança*, de acordo com o *estado da arte* (incisos I a III, do artigo 44, LGPD), assim como quando está em conformidade com a *legislação* – note que referido termo é mencionado *lato sensu* e não de forma limitada à “*legislação de proteção de dados*”, como ocorreu no artigo 43, inciso II, do mesmo diploma – o que reforça a necessária interpretação sistemática, até mesmo para abranger excludentes não previstas na LGPD, mas que são inerentes ao ordenamento jurídico e decorrentes da própria natureza do instituto da responsabilidade civil.

Afinal, para que as excludentes gerais fossem afastadas do *microsistema* da proteção de dados pessoais, seria necessário previsão expressa nesse sentido pelo novel diploma, exatamente como ocorre em alguns casos de responsabilidade civil decorrente do transporte ou do risco integral, por exemplo.

Nesse sentido, ainda que o artigo 43, da LGPD, tenha utilizado o advérbio “só”, outras excludentes que são inerentes ao sistema de responsabilidade civil, as quais foram nominadas neste trabalho como *excludentes gerais*, deverão ter aplicação no contexto da proteção de dados, afinal, a LGPD precisa ser harmonizada com o ordenamento jurídico vigente, o que inclusive está expresso no artigo 64, da LGPD, até mesmo porque sua missão é ousada e abrangente ao regular o tratamento de dados pessoais em harmonia com o *macrossistema privado e público*, assim como com outros *microsistemas*, como o CDC, Marco Civil da

Internet, a CLT, o ECA, Estatuto do Idoso, Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), Lei de Acesso à Informação, dentre outros.

Corroborando a necessária sistematização entre normas gerais e especiais, existentes dentro da própria disciplina da proteção de dados, vale trazer as explicações de Menezes Cordeiro:

II. A juventude do Direito da proteção de dados contrasta com a sua complexidade e com a multiplicação de regimes especiais, pelo que tem todo o interesse aplicar aqui a sistematização clássica: Direito da proteção de dados geral e Direito da proteção de dados especial. O nível de especialização opera, essencialmente, em quatro dimensões distintas: (i) categorias especiais de dados; (ii) categorias especiais de tratamentos; (iii) categorias especiais de responsáveis pelo tratamento; e (iv) natureza das consequências jurídicas associadas a tratamentos ilícitos. Não se trata de manifestações estanques, dicotômicas ou excludentes, pelo contrário são não raramente cumulativas.

A recondução de um determinado regime ou preceito ao universo do Direito especial não é indiferente: pressupõe conhecimentos jurídico sectoriais; pense-se no caso paradigmático do artigo 88.º, relativo ao tratamento no contexto laboral.³⁸²

As excludentes de responsabilidade civil permitirão, inclusive, aferir a *boa-fé* dos agentes de tratamento, visto que seu agir poderá estar legitimado por uma causa excludente de ilicitude e, portanto, ser na verdade um ato lícito.

Eduardo Tomasevicius Filho destaca, de forma muito pertinente, a necessária observância do princípio *boa-fé*, em matéria de proteção de dados, conforme consta de forma expressa no *caput* do artigo 6º³⁸³, da LGPD, pelo qual:

(...) proíbe-se a mentira, o abuso, o oportunismo, a falta de consideração e a incoerência de comportamento, e impõem-se a transparência e a preservação da confiança legitimamente despertada. De modo simplificado, age-se em conformidade com a *boa-fé* mediante o cumprimento de três deveres: coerência, informação e cooperação.³⁸⁴

³⁸² CORDEIRO, A. Barreto Menezes. **Direito da Proteção de Dados: à luz do RGPD e da Lei nº 58/2019**. Coimbra: Almedina, 2020. p. 36.

³⁸³ LGPD: Art. 6º As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a *boa-fé* e os seguintes princípios: (...).

³⁸⁴ TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. O princípio da *boa-fé* na Lei Geral de Proteção de Dados. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-09/direito-civil-atual-principio-boa-fe-lgpd> - Acesso em: 12.09.2020.

Inclusive, será considerada a “boa-fé do infrator” pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados, quando da aplicação da sanção, conforme previsto de maneira expressa no artigo 52, §1º, inciso II³⁸⁵, da LGPD.

3.1. Ônus da prova

Um ponto relevante relacionado à disciplina da responsabilidade civil e das causas que lhe são excludentes é o ônus da prova. Inclusive, a LGPD à míngua de previsões processuais expressas, inseriu o tema das provas na seção da Responsabilidade e do Ressarcimento de Danos.

A disciplina das excludentes na LGPD está prevista no artigo 43, o qual imputa ao agente de tratamento o ônus da prova quanto à sua ocorrência, o que está em linha com o artigo 373, do Código de Processo Civil, afinal, ao réu, no caso os agentes de tratamento, incumbe o ônus da prova quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, geralmente, o titular de dados.

Embora o Código de Processo Civil tenha indicado como meios de prova a *ata notarial* (artigo 384); o *depoimento pessoal* (artigo 385 a 388); a *confissão* (artigo 389 a 395); a *exibição de documento ou coisa* (artigo 396 a 404); a *prova documental* (artigo 405 a 429); os *documentos eletrônicos* (artigo 439 a 441); a *prova testemunhal* (artigo 442 a 449); a *prova pericial* (artigo 464 a 480) e *inspeção judicial* (artigo 481 a 484), nos termos do artigo 369, do mesmo diploma, restou estabelecido que as partes podem empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa, ainda que os meios utilizados não estejam expressamente especificados no Código de Processo Civil.

³⁸⁵ LGPD: Art. 52. Os agentes de tratamento de dados, em razão das infrações cometidas às normas previstas nesta Lei, ficam sujeitos às seguintes sanções administrativas aplicáveis pela autoridade nacional: (...) § 1º As sanções serão aplicadas após procedimento administrativo que possibilite a oportunidade da ampla defesa, de forma gradativa, isolada ou cumulativa, de acordo com as peculiaridades do caso concreto e considerados os seguintes parâmetros e critérios: II - a boa-fé do infrator; (...)

O juiz é o destinatário da prova e poderá apreciar livremente a prova constante dos autos, porém precisará indicar as razões da formação de seu convencimento, em respeito ao *princípio do livre convencimento motivado*, estampado no artigo 371, do Código de Processo Civil³⁸⁶.

A boa-fé é um importante vetor interpretativo das atividades de tratamento de dados pessoais, as quais deverão estar pautadas no princípio da transparência, com a consequente garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento (artigo 6º, da LGPD).

Presume-se a boa-fé dos agentes de tratamento, de forma que a má-fé deverá ser provada. Consequentemente, quem alegar o descumprimento das normas de proteção de dados, como regra geral, deverá comprovar suas alegações, salvo se lograr obter a inversão do ônus da prova.

O dever de provar, via de regra, acompanha aquele que faz a alegação. Contudo, o artigo 42, §2º, da LGPD, prevê que o juiz, no processo civil, poderá inverter o ônus da prova a favor do titular dos dados quando (i) a seu juízo, for verossímil a alegação, (ii) houver hipossuficiência para fins de produção de prova ou (iii) quando a produção de prova pelo titular resultar-lhe excessivamente onerosa.

Salvo a questão acima atinente ao ônus da prova, a LGPD não previu regras processuais, de forma que o Código de Processo Civil será aplicável de maneira subsidiária aos processos sobre essa temática, assim como ocorre, no que não for incompatível, com o processo trabalhista, o processo penal, processo administrativo e juizados especiais.

Aliás, referido diploma processual também prevê a possibilidade de estabelecer a *carga dinâmica ao ônus da prova* (artigo 373, §1º, CPC), (i) nos casos previstos em lei; e diante de peculiaridades da causa relacionadas (ii) à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo probatório; ou (iii) à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário.

³⁸⁶ Código de Processo Civil: Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.

Contudo, em alguns contextos, a produção de provas pode assumir o *status* da chamada *prova diabólica* por exigir uma providência inviável de ser realizada por qualquer meio.

Haroldo Lourenço explica que, em casos de *prova diabólica*, “o ônus da prova deverá ser distribuído dinamicamente”³⁸⁷, inclusive em situações envolvendo o artigo 6º, inciso VIII, do CDC, que também permite a inversão do ônus da prova, a fim de se estar afinado com os princípios aplicáveis à matéria.

A novidade do Código de Processo Civil vigente também recai sobre a possibilidade de existir, entre as partes, *convenção sobre distribuição diversa do ônus da prova* (artigo 373, §3º e §4º, CPC), o que pode acontecer *antes* ou *durante* o processo, faculdade admissível somente nos casos em que (i) a lide não recaia sobre direito indisponível da parte; e (ii) não se torne excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

Em razão disso, os agentes de tratamento podem estabelecer cláusulas sobre o ônus da prova no âmbito dos contratos que firmarem entre si ou até mesmo no curso do processo, seja na posição de controladores, operadores ou suboperadores, conforme permite o mencionado §3º, do artigo 373, do CPC. Porém, não é possível estabelecer esse tipo de pacto sobre o ônus da prova com o titular, visto que a proteção de dados é um direito de natureza indisponível, atraindo a exceção prevista no inciso I, do aludido dispositivo. Além disso, não será admitida a convenção das partes sobre o ônus da prova, se tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do seu direito, como visto retro.

Para fins da disciplina da proteção de dados – que também deverá ser harmonizada com as regras processuais – os agentes de tratamento, assim como o próprio titular, poderão utilizar quaisquer meios de prova para comprovar o cumprimento ou descumprimento de obrigações decorrentes de normas de proteção de dados, o que pode transitar entre os mais diversos tipos de negócios jurídicos, como declarações, termos, contratos, políticas,

³⁸⁷ LOURENÇO, Haroldo. **Teoria Dinâmica do Ônus da Prova no Novo CPC (Lei nº 13.105/15)**. Rio de Janeiro: GEN, 2015. p. 107.

instrumentos de aceite do tratamento (*opt-in*³⁸⁸ e *opt-out*³⁸⁹), documentos físicos e eletrônicos, auditorias sistêmicas, testemunhas, inspeções judiciais, dentre outros.

Aliás, em diversas passagens, a LGPD faz menção expressa sobre o ônus da prova, inclusive quanto à demonstração de cumprimento das normas de proteção de dados, como se infere das seguintes passagens: (i) *consentimento* (artigo 8º, §2º); (ii) *comprovação de impossibilidade da comunicação de outros agentes de tratamento* para que realizem a correção, a eliminação, a anonimização ou o bloqueio dos dados (artigo 18, §6º); (iii) *comprovação, pelo controlador, de garantias de cumprimento dos princípios, dos direitos do titular e do regime de proteção de dados previstos na LGPD, para fins de transferência internacional* (artigo 33, inciso II); (iv) *registro das operações de tratamento de dados* (artigo 37); (v) *possibilidade de inversão do ônus da prova* (artigo 42, §2º); (vi) *excludentes de responsabilidade civil* (artigo 43); (vii) *comprovação de adoção de medidas técnicas adequadas que tornem os dados pessoais afetados por incidente ininteligíveis* (artigo 48, §3º); (viii) *ônus do titular de comprovar que apresentou reclamação ao controlador não solucionada no prazo estabelecido em regulamentação, para fins da competência da Autoridade Nacional de Proteção de Dados apreciar suas petições* (artigo 55-J).³⁹⁰

Ainda, é ônus dos agentes de tratamento, em especial do controlador, comprovar o cumprimento dos princípios, observância dos direitos do titular e existência de uma base legal autorizadora do tratamento de dados pessoais. É recomendável que o controlador implemente um programa de governança que, no mínimo, demonstre seu comprometimento em adotar

³⁸⁸ *OPT-IN* - processo pelo qual o usuário autoriza uma determinada ação por parte de uma empresa, geralmente a coleta de dados e o seu compartilhamento com empresas parceiras ou o recebimento de mensagens enviadas por empresas. (Glossário de Segurança da Informação, aprovado pela Portaria nº 93, de 26.09.2019, do Ministro de Estado Chefe do Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República, Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-93-de-26-de-setembro-de-2019-219115663> - Acesso em: 03 jan. 2022).

³⁸⁹ *OPT-OUT* - processo pelo qual o usuário desautoriza uma empresa a continuar com uma determinada ação previamente permitida. (Glossário de Segurança da Informação, aprovado pela Portaria nº 93, de 26.09.2019, do Ministro de Estado Chefe do Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República, Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-93-de-26-de-setembro-de-2019-219115663> - Acesso em: 03 jan. 2022).

³⁹⁰ FERRÃO, Rubia; KHAYAT, Gabriel; QUINELATO, Pietra. O ônus da prova na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais.

processos e políticas internas que assegurem o cumprimento, de forma abrangente, de normas e boas práticas relativas à proteção de dados pessoais (artigo 50, inciso I, “a”, LGPD), o que poderá ser considerado pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados como parâmetro e critério para fins de imposição das sanções (artigo 52, §1º, inciso VIII e IX, LGPD).³⁹¹

A produção de provas pelos agentes de tratamento também passa pela realização do registro das operações de tratamento, a confirmação da transparência de maneira efetiva, por meio de políticas internas e externas, gestão de documentos, como aqueles que retratam o “consentimento” do titular, e.g., celebração de contratos e até mesmo auditoria para comprovar o nível de segurança compatível com o estado da arte, a boa-fé relacionada a adequação do tratamento àquilo revelado ao titular, efetiva eliminação de dados pessoais nas hipóteses legais etc.

Verifica-se que a LGPD disciplina a questão do ônus da prova de maneira semelhante ao CDC, ao prever que o titular será hipossuficiente no contexto da proteção de dados.

Assim, os agentes de tratamento deverão se preparar para a produção das provas. Nesse sentido, primordial que referidos agentes conheçam aquilo que é parte do seu encargo probatório, a fim de se prepararem para o registro das respectivas evidências. Afinal, em alguns contextos, se isso não for feito, a prova poderá se tornar impraticável, inviabilizando, por exemplo, o pedido de perícia em juízo (artigo 464, inciso III, CPC).

Conseqüentemente, a governança corporativa em matéria de proteção de dados também deve abranger o tema da produção de provas, a partir de procedimentos internos que assegurem o registro das evidências relevantes, seja por meio de ferramentas específicas que permitam a coleta automática de registros eletrônicos ou a inserção de impressões digitais e marcas d’água em bases de dados para o fim de torná-las únicas, já que os dados pessoais serão sempre semelhantes em alguns contextos, o que pode facilitar a comprovação da excludente prevista no artigo 43, inciso I, da LGPD (não realizou o tratamento), ou então, facilitar a comprovação de ausência do nexos causal, como se demonstrará no próximo tópico.

³⁹¹ FERRÃO, Rubia; KHAYAT, Gabriel; QUINELATO, Pietra. O ônus da prova na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais.

3.2. Excludente de Responsabilidade pela Não Realização de Tratamento de Dados Pessoais pelo Agente (artigo 43, inciso I, LGPD)

Dispõe o artigo 43, inciso I, da LGPD, que os *agentes de tratamento só não serão responsabilizados quando provarem que não realizaram o tratamento de dados pessoais que lhes é atribuído.*

Referida causa pode ser enquadrada como *excludente especial de responsabilidade civil*, visto que, embora guarde relação com a excludente geral de causalidade, por romper o nexo causal, tem suas nuances detalhadas na própria LGPD, lei especial dedicada ao microsistema da proteção de dados.

A primeira causa excludente prevista, expressamente, na LGPD é, portanto, a comprovação pelo controlador ou operador que *não realizou o tratamento de dados pessoais.*

A comprovação de *não realização do tratamento* assume o status de uma *prova negativa.*

Moacyr Amaral Santos explica que o fato negativo não se pode provar se enfraqueceu, ou seja, para negar ter estado em determinado lugar, poderá o agente provar que estava em outro; para negar que seu carro seja preto, pode se provar que é branco.³⁹²

No contexto da LGPD, o agente pode demonstrar que o tratamento em questão foi realizado por outro agente de tratamento, ou então, em uma prova comparativa, que o tratamento que realiza não é semelhante ao que está sendo acusado de ilícito.

Como já exposto sobre os ônus da prova, os agentes de tratamento deverão se preparar para documentar e gerar evidências sobre as operações de tratamento. Conseqüentemente, a governança corporativa em matéria de proteção de dados também deve abranger o tema da produção de provas, a partir de procedimentos internos que assegurem o registro das

³⁹² SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras linhas de Direito Processual Civil. p. 347

evidências relevantes, seja por meio de ferramentas específicas que permitam a coleta automática de registros eletrônicos (*logs ou registros de auditoria*³⁹³, por exemplo) ou pela adoção de ferramentas que atribuam identidade única ao tratamento.

O conceito de dados pessoais escolhido pela LGPD é extremamente abrangente, visto que adstrito a qualquer informação relacionada a um titular, seja ele identificado ou identificável.

Nesse contexto, são dados pessoais, por exemplo, os dados de cadastro e documentos oficiais de um indivíduo, alguns dos quais podem sofrer atualizações como o endereço e o telefone, porém outros, nunca ou dificilmente, serão modificados ao longo do tempo, como números de documentos oficiais (RG, CPF etc.) e o nome, por exemplo, que geralmente permanece o mesmo ao longo de toda a vida do indivíduo, embora possa ser alterado por casamento ou divórcio.

Assim, uma grande categoria de dados pessoais será exatamente a mesma em qualquer base de dados em que estiver inserida. O que, eventualmente, pode ser diferente é a forma como os dados são estruturados, classificados e organizados de um modo geral.

Por isso, referida categoria de dados pessoais será de grande circulação na vida em sociedade e acabará alimentando bases de dados de diversos agentes de tratamento, inclusive de *birôs de crédito*.³⁹⁴

³⁹³ O Glossário de Segurança da Informação, aprovado pela Portaria nº 93, de 26.09.2019, do Ministro de Estado Chefe do Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República traz o seguinte conceito para *log ou registro de auditoria*: “registro de eventos relevantes em um dispositivo ou sistema computacional.” (Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-93-de-26-de-setembro-de-2019-219115663> - Acesso em: 04.12.2021).

³⁹⁴ “Bureaux (ou birô, no vernáculo) de crédito tradicionalmente é uma instituição privada, com ou sem fins lucrativos, que administra bases de dados sobre a situação dos tomadores de crédito do sistema financeiro (v. Simeon Djankova, Caralee McLiesha, Andrei Shleifer. Private credit in 129 countries. *Journal of Financial Economics* 84 [2007]. p. 305). Hoje, entretanto, essas entidades ampliaram seu escopo, atuando não apenas no setor financeiro, mas em diversos setores, inclusive provendo informações para o setor público, transformando-se em verdadeiros bureaux de informação (...) (Transparência e Governança nos algoritmos: um estudo de caso sobre o setor de birôs de crédito. Instituto de Tecnologia & Sociedade do Rio. Disponível em: <https://itsrio.org/wp-content/uploads/2017/05/algorithm-transparency-and-governance-pt-br.pdf/> - Acesso em: 04.12.2020. p. 2).

A empresa ITS Rio realizou um levantamento sobre a natureza *pública* ou *privada* de dados disponibilizados pelos *birôs de crédito*³⁹⁵, oportunidade em que foram catalogadas como de disponibilidade *pública* as informações pessoais de CPF, nome, data de nascimento, naturalidade, estado civil, cônjuge; e de disponibilidade *privada*, as informações pessoais de RG, grau de instrução, ocupação, empregador e profissão.

Portanto, determinados dados pessoais, como os indicados retro, serão sempre os mesmos, independentemente das bases de dados em que estejam inseridos, o que torna mais desafiador identificar o agente que “realizou o tratamento de dados pessoais” e, via de consequência, a apuração do responsável pelo tratamento em uma situação danosa, especialmente em incidentes de vazamento de dados.

Assim, os agentes de tratamento precisam trazer identidade às suas bases de dados, até mesmo para diferenciá-las de bases de terceiros, pois será deles o ônus de comprovar que não realizaram o tratamento de dados que lhes é imputado.

Nesse sentido, é recomendável que os agentes de tratamento imputem elementos identificadores às suas bases de dados como, por exemplo, com o uso de técnica conhecida como *esteganografia*:

O termo esteganografia deriva do grego, em que estegano significa ‘esconder ou mascarar’, e grafia, ‘escrita’ [PETRI 2004]. Assim, esse termo pode ser definido como a arte de esconder informações, tornando-as ocultas. Muitas técnicas esteganográficas, por exemplo, escondem dados dentro de arquivos. Seu principal objetivo é que esses dados não sejam percebidos por terceiros; ou seja, a presença de mensagens escondidas dentro de arquivos é simplesmente desconhecida [ARTZ 2001]. Somente o receptor da mensagem tem conhecimento de sua existência, assim como da maneira como extraí-la.

Muitos são os meios utilizados para a aplicação da esteganografia. Mensagens podem ser escondidas em imagens, por exemplo, utilizando-se de algumas técnicas específicas, como a do bit menos significativo, que será descrita mais adiante. Além de imagens, arquivos de áudio também podem ser usados para ocultar mensagens, de maneira que estas não sejam percebidas por quem estiver ouvindo o som. Outros

³⁹⁵ Transparência e Governança nos algoritmos: um estudo de caso sobre o setor de birôs de crédito. Instituto de Tecnologia & Sociedade do Rio. Disponível em: <https://itsrio.org/wp-content/uploads/2017/05/algorithm-transparency-and-governance-pt-br.pdf/>– Acesso em: 04.12.2020. p. 54/60.

métodos usam também arquivos de texto, arquivos HTML e pacotes TCP para esconder informações [ARTZ 2001].³⁹⁶

Rosemarie Jones fala da ciência da esteganografia, no contexto das violações de direitos autorais (*copyright infringement*), oportunidade em que destaca o uso de tecnologia para a proteção das obras. Referida autora também explica que a técnica da esteganografia também tem sido identificada como “impressão digital” (*digital fingerprinting*) ou “marca d’água digital” (*digital watermarking*)³⁹⁷.

Rosemarie Jones explica que a comparação entre a marca d’água digital e as marcas d’água convencionais em papel é útil, pois referidas técnicas “servirão de prova de autenticidade”³⁹⁸, por se tratar de identificadores únicos. Destaca, ainda, a necessidade de que referidas marcas digitais, para serem efetivas, permaneçam reconhecíveis, mesmo que o documento tenha passado por vários tipos de conversões como fotocópia, edição, digitalização e redigitalização, manipulação por programas de imagem, compressão de arquivo ou conversão em formatos de arquivo³⁹⁹.

Assim, a marca d’água em bases de dados pode contemplar informações sobre o controlador, o que também constitui uma importante ferramenta para proteção do segredo de negócio e para detectar eventuais violações de direitos autorais, já que a base de dados poderá ser protegida, nos termos do artigo 7º, inciso XIII, da Lei de Direitos Autorais, nº 9.610/98⁴⁰⁰,

³⁹⁶ CHIRIGATI, Fernando Seabra; KIKUCHI, Rafael Shinji Aoki; e GOMES, Talita Lopes. Esteganografia. Disponível em: https://www.gta.ufrj.br/grad/09_1/versao-final/stegano/introducao.html - Acesso em: 4 dez. 2021.

³⁹⁷ JONES, Rosemarie F. Wet Footprints? Digital Watermarks: A Trail to the Copyright Infringer on the Internet, 26 Pepp. L. Rev. Iss. 3 (1999). Disponível em: <https://digitalcommons.pepperdine.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1437&context=plr>. – Acesso em: 4 dez. 2021. p. 568.

³⁹⁸ JONES, Rosemarie F. Wet Footprints? Digital Watermarks: A Trail to the Copyright Infringer on the Internet, 26 Pepp. L. Rev. Iss. 3 (1999). Disponível em: <https://digitalcommons.pepperdine.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1437&context=plr>. – Acesso em: 4 dez. 2021. p. 568.

³⁹⁹ JONES, Rosemarie F. Wet Footprints? Digital Watermarks: A Trail to the Copyright Infringer on the Internet, 26 Pepp. L. Rev. Iss. 3 (1999). Disponível em: <https://digitalcommons.pepperdine.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1437&context=plr>. – Acesso em: 4 dez. 2021. p. 567.

⁴⁰⁰ Lei nº 9.610/98: Art. 7º São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como: (...) XIII - as coletâneas ou compilações, antologias, enciclopédias, dicionários, bases de dados e outras obras, que, por sua seleção, organização ou disposição de seu conteúdo, constituam uma criação intelectual.

assim como em episódios de concorrência desleal, previstos no artigo 195, incisos XI e XII, da Lei de Propriedade Industrial nº 9.279/96⁴⁰¹.

Outra forma de inserir identificações é pelo uso das técnicas de *metadados* (ou *metadata*), os quais podem ser assim classificados:

representam ‘dados sobre dados’ fornecendo os recursos necessários para entender os dados através do tempo, ou seja, são dados estruturados que fornecem uma descrição concisa a respeito dos dados armazenados e permitem encontrar, gerenciar, compreender ou preservar informações a respeito dos dados ao longo do tempo. Têm um papel importante na gestão de dados, pois a partir deles as informações são processadas, atualizadas e consultadas. As informações de como os dados foram criados/derivados, ambiente em que residem ou residiram, alterações realizadas, entre outras, são obtidas de metadados;⁴⁰²

Além disso, também há a técnica de *impressão digital* (*fingerprinting*) que são códigos inseridos em arquivos como áudios, vídeos ou textos para gerar uma impressão digital única passível de ser cruzada com um banco de dados de trabalhos protegidos, permitindo a identificação e remoção de conteúdos idênticos⁴⁰³. Isso já é feito, por exemplo, visando a proteção de propriedade intelectual que, frequentemente, acaba sendo alvo de pirataria. Com o uso desse tipo de técnica é possível rastrear fotografias e músicas que são usadas indevidamente na internet.

Importante registrar que a técnica de esteganografia é distinta da criptografia⁴⁰⁴, visto que referidas técnicas tem objetivos diferentes, já que a criptografia visa proteger o conteúdo,

⁴⁰¹ Lei nº 9.279/96: Art. 195. Comete crime de concorrência desleal quem: (...) XI - divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de conhecimentos, informações ou dados confidenciais, utilizáveis na indústria, comércio ou prestação de serviços, excluídos aqueles que sejam de conhecimento público ou que sejam evidentes para um técnico no assunto, a que teve acesso mediante relação contratual ou empregatícia, mesmo após o término do contrato; XII - divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de conhecimentos ou informações a que se refere o inciso anterior, obtidos por meios ilícitos ou a que teve acesso mediante fraude;.

⁴⁰² Glossário de Segurança da Informação, aprovado pela Portaria nº 93, de 26.09.2019, do Ministro de Estado Chefe do Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República, Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-93-de-26-de-setembro-de-2019-219115663> - Acesso em: 04.12.2021.

⁴⁰³ MATTES, Anita; GALO, Jaqueline San; PONTES, Leonardo Machado. Responsabilidade Civil dos Provedores (Posfácio). p. 413.

⁴⁰⁴ “CRIPTOGRAFIA - arte de proteção da informação através de sua transformação em um texto cifrado (criptografado), com o uso de uma chave de cifragem e de procedimentos computacionais previamente estabelecidos, a fim de que somente o(s) possuidor(es) da chave de decifragem possa(m) reverter o texto

evitando-se o acesso não autorizado, ao passo que a esteganografia busca ocultar o conteúdo em si. Noutras palavras, “na criptografia, os receptores sabem da existência das mensagens, porém não conseguem, a princípio, lê-las; a esteganografia tenta fazer com que os receptores não percebam que há uma mensagem naquele meio [WAYNER 2002].”⁴⁰⁵

A LGPD, no artigo 5º, inciso X, escolheu o substantivo “tratamento” para abranger toda operação realizada com dados pessoais. Assim, tratamento é gênero do qual são espécies a coleta, processamento, armazenamento, compartilhamento, avaliação e até mesmo a eliminação, dentre outras infinitas possibilidades de ações possíveis com os dados pessoais.

Nesta sociedade da informação, pode-se dizer que há toda uma economia baseada no tratamento de dados. Assim, é certo que o titular, a todo momento, é convidado, para não dizer compelido, a fornecer seus dados pessoais para ter acesso ao produto ou serviço almejado. Aliás, frequentemente, os dados são tratados sem que o titular sequer tenha conhecimento⁴⁰⁶.

Os serviços estão cada vez mais conectados. O instituto dos dados financeiros abertos (*open banking* e *open finance*), por exemplo, já é uma realidade e revela que o dado pessoal

criptografado de volta ao original (texto pleno). A chave de decifragem pode ser igual (criptografia simétrica) ou diferente (criptografia assimétrica) da chave de cifragem.” (Glossário de Segurança da Informação, aprovado pela Portaria nº 93, de 26.09.2019, do Ministro de Estado Chefe do Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República, Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-93-de-26-de-setembro-de-2019-219115663> - Acesso em: 03 jan. 2022).

⁴⁰⁵ CHIRIGATI, Fernando Seabra; KIKUCHI, Rafael Shinji Aoki; e GOMES, Talita Lopes. Esteganografia. Disponível em: https://www.gta.ufrj.br/grad/09_1/versao-final/stegano/introducao.html - Acesso em: 4 dez. 2021.

⁴⁰⁶ “Ademais, o fluxo desses dados perpassa por uma complexa rede de atores que os utilizam por meio de práticas e de operações com fins diversos. É impossível que o titular de dados tenha conhecimento prévio de todos esses elementos não só por limitações de cognição, mas também por questões estruturais. É dizer: seja pela escala em que a informação é processada, seja pela enorme capacidade de agregação da informação pelas novas tecnologias, é improvável que o indivíduo, no momento da coleta, gerencie plenamente algo que ocorrerá no futuro e que envolve inúmeras incertezas acerca de como todas as informações e dados acerca de um indivíduo serão agregados, cruzados ou utilizados.” (MENDES, Laura Schertel; FONSECA, Gabriel Campos Soares da. Proteção de dados para além do consentimento: tendências de materialização. p. 99. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992200/>. Acesso em: 21.11.21).

pode ser tratado em diversas plataformas e sistemas, por uma variedade de agentes e para múltiplas finalidades.⁴⁰⁷

Afinal, na sociedade em que vivemos, os dados pessoais são o combustível da economia digital, de forma que, em algumas situações, constituem verdadeiro “meio de pagamento”, uma vez que a chamada “economia a custo zero” vai ser alicerçada na monetização dos dados pessoais.

Assim, podem acontecer situações de vulneração de direitos estatuídos pela LGPD que o titular possa se confundir ou se equivocar quanto ao real responsável pela conduta ilícita, dada a complexidade das atividades envolvendo tratamento de dados pessoais que, inclusive, pode abranger vários controladores, os quais podem operar de maneira conjunta ou independente.

Então, a vítima de um tratamento ilícito precisará identificar qual é, exatamente, o tratamento danoso de seus dados, pois é seu o ônus da prova quanto ao fato constitutivo de seu direito, salvo se admissível a inversão do ônus da prova.

Para ilustrar a questão, vale recordar do caso envolvendo a empresa Boa Vista SCPC. Em setembro de 2018⁴⁰⁸, veículos de comunicação noticiaram suposto vazamento de uma base de dados pessoais da referida empresa, o que culminou na instauração de inquérito civil⁴⁰⁹, em trâmite perante a Unidade Especial de Proteção de Dados e Inteligência Artificial – ESPEC, do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, sob o nº 08190.052296/18-50.

⁴⁰⁷ Sobre o tema, consulte a Resolução Conjunta nº 1, de 04.05.20, que dispõe sobre a implementação do Sistema Financeiro Aberto (Open Banking), Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-conjunta-n-1-de-4-de-maio-de-2020-255165055> - Acesso em: 03 jan. 2022.

⁴⁰⁸ Cf. notícia “Boa Vista SCPC apura possível vazamento de dados de milhões de brasileiros”, Disponível em: <https://veja.abril.com.br/economia/boa-vista-scpc-apura-possivel-vazamento-de-dados-de-milhoes-de-brasileiros/>. Acesso em: 23 nov. 2019.

⁴⁰⁹ Cf. notícia “MP-DF abre inquérito para investigar vazamento de dados da Boa Vista SCPC” Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-set-09/mp-df-investigara-vazamento-dados-boa-vista-scpc>. Acesso em: 23 nov. 2019.

Contudo, em 31.10.2018, após apuração e análise técnica das bases de dados em questão, o Promotor de Justiça Coordenador da ESPEC, Dr. Frederico Meinberg Ceroy, promoveu o arquivamento do inquérito civil, sob a seguinte fundamentação:

Conclui-se, dessa forma, que, de fato, ocorreu uma invasão a servidor de desenvolvimento publicado no ambiente de nuvem XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, para fins de testes; entretanto, esta invasão não proporcionou o acesso a dados pessoais de cadastrados do Boa Vista. A listagem de dados pessoais disponibilizadas como sendo do Boa Vista, na verdade, não era do referido birô de crédito (...)⁴¹⁰

Com isso, constatou-se que a base de dados que foi disseminada indevidamente na rede não foi formada pela empresa Boa Vista, ou seja, não foi essa empresa que realizou o referido tratamento de coleta e armazenamento dos referidos dados e, conseqüentemente, tampouco deu causa ao incidente de comunicação/vazamento.

A título de exemplo, suponha-se que um titular, ao ter conhecimento da base de dados vazada, atribua a responsabilidade à Boa Vista SCPC e pleiteie reparação contra essa empresa. Nesse caso, uma perícia técnica, semelhante à que foi realizada pelo Ministério Público, poderia comprovar a excludente de causalidade especial prevista no artigo 43, inciso I, da LGPD, a fim de buscar a comprovação de ausência denexo causal entre o seu comportamento (ou tratamento de dados que realiza) e o dano experimentado (vazamento de dados pessoais), visto que a base de dados indevidamente disponibilizada na Internet não é a que pertence à referida empresa, o que implicaria dizer que a empresa não realizou o tratamento de dados pessoais alegado pelo titular.

Assim, se o agente de tratamento não é o responsável pela atividade de tratamento de dados pessoais que causou dano ao titular, não há que se falar em responder pelos danos causados, uma vez que ausente um dos requisitos inerentes à responsabilidade civil, qual seja, o nexocausal.

Claro que incidentes de vazamento de dados pessoais, até por serem cada vez mais recorrentes, poderão ser os grandes justificadores da arguição da excludente em comento.

⁴¹⁰ Decisão de Promoção de Arquivamento Disponível em: https://www.mpdft.mp.br/portal/pdf/noticias/novembro_2018/Arquivamento_Boa_Vista.pdf. Acesso em: 4 dez. 2021. Os dados de identificação foram omitidos na própria decisão disponível para consulta na internet.

A excludente prevista no inciso I, do artigo 43, da LGPD, pode, por vezes, se misturar com aquela prevista no inciso III, “culpa de terceiro”, muito embora tenham nuances distintas.

O vazamento de dados é um bom exemplo para marcar essa situação.

Se a base de dados sequer foi formada pelo agente de tratamento sob o qual recai a imputação, esse nunca realizou o tratamento que deu causa ao dano, com completo rompimento donexo causal entre o dano causado e a conduta do controlador ou operador.

Porém, há situações em que a base de dados vazada foi formada pelo agente de tratamento acusado, porém o incidente em si – tratamento que causou dano ao titular ou terceiros – é fato de terceiro.

Isso porque o *vazamento* é um tipo de tratamento que pode ser causado por um ato de terceiro, como será demonstrado em detalhes adiante.

O Tribunal de Justiça de São Paulo entendeu não ter sido comprovado o *nexo causal* entre os danos alegados, os quais inclusive não foram reconhecidos por não poderem ser presumidos, e a exposição de dados pessoais atribuída a determinada construtora, até porque as evidências demonstravam que o titular tinha mantido contato com outros corretores. Além disso, não foi acolhida a reconvenção da construtora pelo reconhecimento do exercício regular de direito pelo consumidor, exercido dentro dos limites da boa-fé e lealdade processual:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO COMINATÓRIA CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL E CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA CONSUMIDOR. DENUNCIAÇÃO DA LIDE SOLICITADA PELA PROMITENTE VENDEDORA. INADMISSÍVEL. ARTIGO 88 DO CDC. PRECEDENTES. LEGITIMIDADE PASSIVA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DAS FORNECEDORAS. TEORIA DA APARÊNCIA. REPASSE DE DADOS SEM AUTORIZAÇÃO. AUSÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE. AUTOR QUE MANTEVE CONTATO COM OUTROS CORRETORES. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. PEDIDO RECONVENCIONAL IMPROCEDENTE. RECURSO DO AUTOR DESPROVIDO E DA RÉ PROVIDO EM PARTE. 1. Não se vislumbra negativa de prestação jurisdicional se a sentença proferida está fundamentada, ainda que de forma sucinta, e aprecia os argumentos relevantes para a causa, mesmo que em desacordo com as teses das partes. 2. Se a prova documental e oral são suficientes para o correto equacionamento da demanda, a dispensa de outras provas não configura cerceamento de defesa. 3. A denúncia da lide não é admitida em relação consumerista, por força do disposto no artigo 88 do Código de Defesa do Consumidor. 4. As prestadoras de serviços/fornecedoras de produto que integram a cadeia de consumo, por serem titulares de interesse que se opõe à pretensão inaugural, respondem perante o consumidor,

sobretudo em razão da solidariedade imposta pelo Código de Defesa do Consumidor. 5. Se não existe prova segura de que foi a fornecedora do produto que repassou os dados do consumidor para terceiros sem a sua autorização, não há nexos causal a justificar o acolhimento do pedido de indenização. 6. O simples encaminhamento de mensagens genéricas por "e-mail" ou "WhatsApp", independentemente da autoria, não é conduta susceptível de causar dano moral. 7. A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD - Lei nº 13.709/2018) só é aplicável ao caso concreto a partir da sua vigência plena. 8. O ajuizamento de ação em face da fornecedora de bens ou serviços decorre do risco da própria atividade comercial, não podendo o consumidor ser condenado por buscar o que acreditava que lhe era de direito dentro dos parâmetros legais da boa-fé e lealdade processual.⁴¹¹

Igualmente, em outra lide em que se discutia exposição indevida de dados pessoais em determinado *site* (nome e telefone), não foi reconhecido o *nexo causal* entre a conduta do controlador e o suposto dano experimentado, sendo certo que o próprio dano não teria sido comprovado:

ACÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. Responsabilidade civil objetiva extracontratual. Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD. Autor que reclama prejuízo moral em razão de inserção de seus dados pessoais em "site" administrado pela ré, passando a receber ligações indevidas. SENTENÇA de improcedência. APELAÇÃO do autor, que insiste no acolhimento do pedido inicial. EXAME: Pressupostos da responsabilização civil que consistem em ato ou conduta humana, nexos de causalidade e dano. Ausência de prova segura quanto ao dano e ao nexos de causalidade. Dano moral que no caso dos autos não se constitui "in re ipsa". Sentença mantida. RECURSO NÃO PROVIDO.⁴¹²

Mas o cerne da excludente prevista no inciso I, do artigo 43, da LGPD, é a comprovação de não realização do *tratamento de dados pessoais* atribuído ao agente de tratamento, como poderia ser o caso de outras situações hipotéticas a seguir elencadas:

- (i) os dados objeto de tratamento são *anonimizados* e, conseqüentemente, não configuram “dados pessoais” para fins da LGPD, como está expresso no *caput* do artigo 12⁴¹³, de forma que o agente pode comprovar que não houve “tratamento de dados pessoais” como exige a LGPD, mas sim tratamento de dados anonimizados, o que não se enquadra no bojo de sua alçada protetiva;

⁴¹¹ TJSP; Apelação Cível 1080233-94.2019.8.26.0100; Rel. Maria do Carmo Honorio; 3ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 13ª Vara Cível; J. 24/08/2021; Registro 30/08/2021.

⁴¹² TJSP; Apelação Cível 1014245-32.2019.8.26.0196; Rel. Daise Fajardo Nogueira Jacot; 27ª Câmara de Direito Privado; Foro de Franca - 4ª Vara Cível; J. 26/11/2021; Registro 26/11/2021.

⁴¹³ LGPD: 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.

- (ii) os dados objeto de tratamento estão relacionados a *peessoas jurídicas* e, conseqüentemente, não configuram “dados pessoais” para fins da LGPD, como está expresso nos incisos I e V, do artigo 5º, de forma que o agente pode comprovar que não houve “tratamento de dados pessoais” como exige a LGPD, mas sim tratamento de outras informações que não se enquadram na proteção conferida pela lei;
- (iii) acusação de compartilhamento não autorizado de dados pessoais com terceiros, em que o agente de tratamento comprove que o ente destinatário obteve o dado pessoal por outras fontes públicas ou privadas (sites oficiais, redes sociais ou até mesmo birôs de crédito) e que, portanto, não houve compartilhamento de sua parte, ou seja, não realizou o referido tratamento de dados pessoais (“compartilhamento”);
- (iv) acusações de não eliminação dos dados pessoais pós término do tratamento, conforme *caput* do artigo 16⁴¹⁴, da LGPD, em que o agente de tratamento consiga exibir evidências sistêmicas da eliminação tempestiva, ou seja, consiga demonstrar que não houve armazenamento (outra forma de tratamento) dos dados, em situações não autorizadas, após o término do tratamento.

Outra discussão relevante está no campo de eventual uso compartilhado de dados pessoais, pelo qual não se forma a chamada Controladoria Conjunta, ou seja, não há entre os agentes de tratamento compartilhamento de meios e definição de finalidades ao tratamento.

Como visto no capítulo I, a LGPD prevê a responsabilidade solidária entre os agentes de tratamento que estiverem diretamente envolvidos no tratamento do qual decorreram danos ao titular dos dados, ressalvada a incidência das excludentes do artigo 43.

⁴¹⁴ LGPD: Art. 16. Os dados pessoais serão eliminados após o término de seu tratamento, no âmbito e nos limites técnicos das atividades, autorizada a conservação para as seguintes finalidades: I - cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador; II - estudo por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais; III - transferência a terceiro, desde que respeitados os requisitos de tratamento de dados dispostos nesta Lei; ou IV - uso exclusivo do controlador, vedado seu acesso por terceiro, e desde que anonimizados os dados.

Todavia, se após o compartilhamento de dados pessoais, não se enquadrarem os agentes no conceito de *controladores conjuntos*, instituto que embora não previsto na LGPD foi aceito pela ANPD⁴¹⁵, mas sim de *controladores independentes*, via de regra, não há que se falar em *solidariedade*, para fins de responsabilidade civil. Isso porque emerge a possibilidade de serem suscitadas as excludentes, como a prevista no artigo 43, inciso I, *por não ter a empresa realizado o tratamento nocivo* (para fins discriminatórios por exemplo).

É comum que empresas concedam benefícios aos seus empregados, como por exemplo, seguro saúde, seja por estarem obrigadas por alguma convenção aplicável ao seu segmento, como contraprestação assumida em contrato de trabalho ou mediante consentimento do titular. Nesse sentido, o compartilhamento de dados entre empregador e a empresa de seguro saúde é lícito, visto que pode ser fundamentado em bases legais previstas nos artigos 7º e 11, da LGPD.

A coleta dos dados pessoais do titular empregado é realizada pela empresa empregadora, a qual se enquadra no conceito de controladora. Contudo, salvo se alguma ilicitude acontecer no ato do compartilhamento (espécie de tratamento) ou se demonstrada conduta culposa na escolha da empresa de seguro saúde (falhou em aferir a idoneidade da empresa contratada, por exemplo), não é possível atribuir à empregadora a responsabilidade por eventuais violações à legislação de proteção de dados incorridas pela empresa de seguro saúde, de forma subsequente ao referido compartilhamento, por serem essas controladoras independentes, ou seja, cada uma vai definir, por si só, os meios e finalidades do tratamento de dados, de forma que, se a empregadora controladora *não realizou o tratamento* sobre o qual recai a violação ou ilicitude em face do titular dos dados, mas sim a controladora responsável pelo seguro saúde em questão, não se pode cogitar a responsabilização da empregadora, afinal, não realizou o tratamento reputado como ilícito.

Aliás, no trecho final do artigo 42, §1º, inciso II, há previsão expressa da incidência da disciplina das excludentes especiais previstas na LGPD, para os casos em que incidem a

⁴¹⁵ Vide item 46 do Guia Orientativo para Definições dos Agentes de Tratamento de Dados Pessoais e do Encarregado, da ANPD. p. 6. Disponível em: https://www.gov.br/anpd/pt-br/assuntos/noticias/2021-05-27-guia-agentes-de-tratamento_final.pdf. Acesso em: 24 nov. 2021.

responsabilidade solidária, *verbis*: “os controladores que estiverem diretamente envolvidos no tratamento do qual decorreram danos ao titular dos dados respondem solidariamente, salvo nos casos de exclusão previstos no art. 43 desta Lei.”

Portanto, como meio de defesa, o agente de tratamento poderá demonstrar que não houve de sua parte “tratamento” ou que não se trata de “dados pessoais” as informações objeto de sua operação.

3.3. Excludente de Antijuridicidade ou Ilicitude por Inexistência de Violação à Legislação de Proteção de Dados (artigo 43, inciso II, da LGPD)

O dever de indenizar também poderá ser afastado pela incidência de *excludente de antijuridicidade ou ilicitude* consistente na comprovação, pelo agente de tratamento, que embora tenha realizado o tratamento de dados pessoais que lhe é atribuído, *não houve violação à legislação de proteção de dados*.

Contudo, o instituto do *abuso de direito*, que também é um *ato ilícito* (artigo 187, Código Civil), poderá ser o calcanhar de Aquiles desta excludente.

Josserand⁴¹⁶ explica que poderá emergir responsabilidade civil de atos que podem ser classificados como: (i) *ilegais*, consistentes naqueles que violam um dispositivo legal ou regulatório⁴¹⁷, de forma que são intrinsecamente incorretos; (ii) *culposos* e, mais especificamente, *injustificados ou abusivos*: pelos quais há o exercício de uma prerrogativa legal, de forma que não foram ultrapassados os limites objetivos, porém, os motivos podem ser repreensíveis e contradizerem os propósitos da lei, sendo maliciosos e, portanto, transgressores da finalidade social da lei, sendo certo que a responsabilidade está condicionada a existência de um prejuízo (dano)⁴¹⁸; e (iii) *excessivos* que são os que, embora realizados em

⁴¹⁶ JOSSERAND, Louis. *De l'esprit des droits et de leur relativité: théorie dite de l'abus des droits*. Disponível em <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k3040080q/f21.item.texteImage>. Acesso em 11 dez. 2021. p. 34-35.

⁴¹⁷ *Ibidem*, p. 34.

⁴¹⁸ *Ibidem*, p. 34-35.

virtude de um direito incontestável e com um fim legítimo, resultam em danos a terceiros, razão pela qual geram responsabilidade não por si próprios, mas pelas consequências materiais que resultaram⁴¹⁹.

Como já destacado retro, o *ato ilícito* é um dos pressupostos da responsabilidade civil, o que também vem refletido na LGPD, não só em decorrência da excludente sob análise, mas também porque o *caput* do artigo 42, prevê, expressamente, que o dever de indenizar decorre da “violação à legislação de proteção de dados pessoais”, pelo controlador ou operador, quando do exercício da atividade de tratamento de dados pessoais.

Some-se a isso que o *caput* do artigo 44 previu que o tratamento de dados pessoais será *irregular*, não só “quando deixar de observar a legislação”, mas também “quando não fornecer a segurança que o titular dele pode esperar”, de forma que o nível de segurança deverá ser adequado ao risco atinente ao tratamento.

Destaca-se o uso da expressão “legislação de proteção de dados pessoais”, o que reforça a interpretação sistemática, já que o vocábulo indica um conjunto de leis e não uma lei específica ou a própria LGPD.

Os direitos inerentes à pessoa humana são tutelados no âmbito do tratamento de dados, inclusive nos meios digitais (redes sociais, aplicativos e sistemas), tanto por *normas abertas* presentes na Constituição Federal, Código Civil, Código de Defesa do Consumidor, Código Penal (crimes digitais impróprios que atingem o bem jurídico comum ainda que com o uso de tecnologia e crimes digitais próprios em que o bem imaterial é o bem jurídico protegido), Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90⁴²⁰), Lei de Cadastro Positivo (Lei nº 12.414/2011), Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/2011), Lei de Sigilo Bancário (Lei Complementar nº 105/2001), Lei de Telecomunicações (Lei nº 9.472/1997), Lei do *Habeas Data* (Lei nº 9.507/1997), dentre outras, quanto por *normas específicas*, como é o caso da Lei

⁴¹⁹ *Ibidem*, p. 35.

⁴²⁰ Por meio da Lei nº 11.829, de 25.11.2008, o Estatuto da Criança e do Adolescente foi alterado para aprimorar o combate à produção, venda e distribuição de pornografia infantil, bem como criminalizar a aquisição e a posse de tal material e outras condutas relacionadas à pedofilia na internet.

nº 12.965, de 23.04.2014 (Marco Civil da Internet), do seu decreto regulamentador, o Decreto nº 8.771, de 11.05.2016 e, especialmente, da Lei nº 13.709/2018, que foi nominada como Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais.

O respeito à *legislação de proteção de dados* pode ser demonstrado a partir do cumprimento de três pilares essenciais: (i) observância dos fundamentos (artigo 2º, LGPD) e princípios (artigo 6º, LGPD); (ii) respeito aos direitos do titular (artigos 9º e 18 a 21, LGPD); e (iii) realização do tratamento de dados pessoais com fundamento nas hipóteses legais autorizadas, também conhecidas como bases legais, previstas nos artigos 7º, 11 e 14, da LGPD e nas demais leis aplicáveis.

A LGPD, nos artigos 50 e 51, incentiva a adoção de *boas práticas e de governança*, as quais poderão auxiliar na comprovação de cumprimento da legislação de proteção de dados, pois incentiva que os agentes de tratamento estabeleçam as condições de organização, o regime de funcionamento, os procedimentos, incluindo reclamações e petições de titulares, as normas de segurança, os padrões técnicos, as obrigações específicas para os diversos envolvidos no tratamento, as ações educativas, os mecanismos internos de supervisão e de mitigação de riscos e outros aspectos relacionados ao tratamento de dados pessoais.

Antes da LGPD, o tratamento de dados pessoais era lícito, basicamente, quando fruto de uma *obrigação legal ou regulatória*, do *exercício regular de direitos* ou do *consentimento*, formas essas que implicam em excludentes gerais de antijuridicidade ou ilicitude, muito embora o *consentimento* tenha sido o protagonista no Marco Civil da Internet, lei que mais se aproximou de uma disciplina jurídica específica sobre o tratamento de dados pessoais, porém limitada ao contexto da Internet.

Com a vinda da lei especial de proteção de dados pessoais, a LGPD, há uma maior variedade de bases legais para fundamentar o tratamento de dados pessoais, com conseqüente maior segurança jurídica, na exata medida em que se retira o foco do consentimento do titular para o tratamento de dados, até porque, em inúmeras situações, não será possível atribuir ao titular a decisão sobre os dados que podem e que não podem ser tratados, remanescendo para este, apenas, o exercício dos direitos que lhe são assegurados (artigo 9º combinado com 18, ambos da LGPD), o direito de exigir o respeito aos princípios vetores da atividade (artigo 6º,

da LGPD), nos exatos termos do §6º, do artigo 7º, da LGPD⁴²¹ e o *direito de oposição*, pelo qual o titular poderá se opor a tratamento realizado com fundamento em uma das hipóteses de dispensa de consentimento, em caso de *descumprimento ao disposto na LGPD*.

Afinal, eventual dispensa da exigência do consentimento não desobriga os agentes de tratamento do cumprimento das demais obrigações previstas na LGPD, especialmente da observância dos princípios gerais e da garantia dos direitos do titular (artigo 7º, §6º da LGPD). Some-se a isso que, em relação aos dados pessoais sensíveis, sem fornecimento do consentimento do titular, necessário que o tratamento seja “indispensável” (artigo 11, inciso II, LGPD).

A hipótese de excludente especial em questão guarda forte relação com as *excludentes gerais de antijuridicidade ou ilicitude do exercício regular de direitos e do consentimento do lesado*.

A LGPD apregoa, ainda, que os dados pessoais referentes ao exercício regular de direitos pelo titular não podem ser utilizados em seu prejuízo, nos termos do artigo 21.

A jurisprudência e doutrina, assim como a própria ANPD, terão papel fundamental na definição dos limites do exercício regular de direito e na indicação de parâmetros que tragam segurança jurídica para o entendimento sobre o cumprimento das exigências da LGPD, no contexto desta excludente, o que, se não observado, conduzirão ao abuso.

A seguir, serão trazidos alguns exemplos de possível aplicação prática desta excludente:

(i) Realização de tratamento discriminatório lícito e não abusivo:

A Lei nº 9.029/95 proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de

⁴²¹ LGPD: Art. 7º O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses: (...) § 6º A eventual dispensa da exigência do consentimento não desobriga os agentes de tratamento das demais obrigações previstas nesta Lei, especialmente da observância dos princípios gerais e da garantia dos direitos do titular.

trabalho. No artigo 2º, tipifica como crime com pena de detenção de um a dois anos e multa, as práticas discriminatórias de (i) a exigência de teste, exame, perícia, laudo, atestado, declaração ou qualquer outro procedimento relativo à esterilização ou a estado de gravidez; (ii) a adoção de quaisquer medidas, de iniciativa do empregador, que configurem indução ou instigamento à esterilização genética, assim como promoção do controle de natalidade.

No contexto das relações trabalhistas e processos seletivos, o Código de Trabalho português prevê a proteção de dados dos empregados e candidatos a empregos, mediante a restrição de determinados questionamentos sobre a vida privada e saúde, consoante artigo 17:

Protecção de dados pessoais

1 - O empregador não pode exigir a candidato a emprego ou a trabalhador que preste informações relativas:

a) À sua vida privada, salvo quando estas sejam estritamente necessárias e relevantes para avaliar da respectiva aptidão no que respeita à execução do contrato de trabalho e seja fornecida por escrito a respectiva fundamentação;

b) À sua saúde ou estado de gravidez, salvo quando particulares exigências inerentes à natureza da actividade profissional o justifiquem e seja fornecida por escrito a respectiva fundamentação.

2 - As informações previstas na alínea b) do número anterior são prestadas a médico, que só pode comunicar ao empregador se o trabalhador está ou não apto a desempenhar a actividade.

3 - O candidato a emprego ou o trabalhador que haja fornecido informações de índole pessoal goza do direito ao controlo dos respectivos dados pessoais, podendo tomar conhecimento do seu teor e dos fins a que se destinam, bem como exigir a sua rectificação e actualização.

4 - Os ficheiros e acessos informáticos utilizados pelo empregador para tratamento de dados pessoais do candidato a emprego ou trabalhador ficam sujeitos à legislação em vigor relativa à protecção de dados pessoais.

5 - Constitui contra-ordenação muito grave a violação do disposto nos nºs 1 ou 2.⁴²²

No mesmo sentido, a pesquisa de situação financeira de candidato à vaga de emprego já foi considerada ilícita pelas cortes brasileiras⁴²³, assim como a de antecedentes criminais, pois implica em tratamento discriminatório.

⁴²² Diário da República Eletrónico. Disponível em: <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/lei/2009-34546475> - Acesso em: 5 dez. 2021.

⁴²³ RECURSO DE REVISTA. DANO MORAL. PESQUISA DA SITUAÇÃO FINANCEIRA DE CANDIDATO A EMPREGO - SPC E SERASA. Na hipótese dos autos, extrai-se do acórdão recorrido que é incontroversa a prática pela Ré de pesquisa nos sistemas de proteção ao crédito quando do processo de seleção de candidato ao emprego. Ora, chega a ser absurdo imaginar que o cidadão pode não ser contratado por ter seu nome registrado no SPC ou SERASA. Tais serviços devem ser utilizados para proteger o crédito e não para inviabilizar o emprego. Se o candidato a uma vaga de emprego eventualmente tem dívidas com outras pessoas, esta não pode

A não discriminação é princípio expresso na LGPD, nos termos do artigo 6º, inciso IX, resultando na impossibilidade de realização de tratamento de dados pessoais para fins discriminatórios *ilícitos* ou *abusivos*.

Contudo, existem ressalvas admitidas pelo ordenamento jurídico.

A título de exemplo, é possível mencionar que a consulta de antecedentes criminais é admissível e, portanto, não implica em violação da legislação de proteção de dados pessoais, quando (i) *amparada em expressa previsão legal ou regulatória*, como é o caso da profissão de vigilante, regulamentada pela Lei nº 7.102/83⁴²⁴, em cujo artigo 16 impõe que referido profissional não tenha antecedentes criminais registrados; e (ii) *ser justificável em razão da natureza do ofício ou do grau especial de fidúcia exigido*, como no caso de empregados domésticos, cuidadores de menores, idosos ou deficientes (em creches, asilos ou instituições afins), motoristas rodoviários de carga, empregados que laboram no setor da agroindústria no manejo de ferramentas de trabalho perfurocortantes, bancários e afins, trabalhadores que atuam com substâncias tóxicas, entorpecentes e armas, trabalhadores que atuam com informações sigilosas.⁴²⁵

ser a razão para impedir que o trabalhador obtenha o emprego. E isto se justifica porque para um candidato nesta situação, a recolocação no mercado de trabalho tem justamente o objetivo de saldar as dívidas do trabalhador. Nesse esteio, qualquer restrição ao acesso de um candidato a uma vaga de emprego em razão de seu nome constar em uma das listas de empresas de proteção ao crédito, como SERASA e SPC, é ato discriminatório e deve ser coibido por esta Justiça Especializada. A conduta do empregador é inegavelmente discriminatória, pois visa a inibir a contratação de candidatos que figurem em listas cadastrais dos serviços de proteção ao crédito. A prática da conduta discriminatória em apreço importa ofensa a princípios de ordem constitucional, tais como o da dignidade da pessoa humana, do valor social do trabalho, da isonomia e da não discriminação (arts. 1º, III e IV, 3º, IV, e 5º da Constituição da República). Deve ser ressaltado ainda o teor do artigo 1º, da Lei nº 9.029/95, que prevê a proibição de práticas discriminatórias nas relações de trabalho. Precedentes. Recurso de revista conhecido por violação do artigo 1º da Lei nº 9.029/95 e provido (RR-209-39.2011.5.05.0027, 3ª Turma, Rel. Min. Alexandre de Souza Agra Belmonte, DEJT 02/12/2016).

⁴²⁴ Dispõe sobre segurança para estabelecimentos financeiros, estabelece normas para constituição e funcionamento das empresas particulares que exploram serviços de vigilância e de transporte de valores, e dá outras providências.

⁴²⁵ TST, em acórdão publicado em 22/09/2017, no julgamento do Recurso Repetitivo (RR) 243000-58.2013.5.13.0023.

Assim, não viola a legislação de proteção de dados pessoais quem realiza consulta de antecedentes criminais de acordo com as hipóteses previstas em lei, visto que esse tipo de tratamento discriminatório é lícito e, portanto, excepcionado no artigo 6º, inciso IX, da LGPD.

(ii) Manutenção lícita dos dados pessoais pós término do tratamento:

No artigo 18, da LGPD, são assegurados ao titular, dentre outros, o *direito de eliminação dos dados*, previsto nos incisos IV e VI, do artigo 18, da LGPD⁴²⁶.

A *eliminação* é conceituada como a “exclusão de dado ou de conjunto de dados armazenados em banco de dados, independentemente do procedimento empregado” (artigo 5º, XIV, da LGPD), podendo ser fruto da *revogação do consentimento* pelo titular (artigo 18, inciso VI, da LGPD) ou do *término do tratamento de dados*, no âmbito e nos limites técnicos das atividades (artigo 16, primeira parte do *caput*, da LGPD).

A *eliminação* também poderá ser a sanção imposta pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), por infrações cometidas pelos agentes de tratamento, nos termos do artigo 52, inciso VI, da LGPD.

Porém, foram previstas *excludentes especiais de ilicitude ou antijuridicidade*, no artigo 16, da LGPD, pelo qual é autorizada a conservação dos dados pessoais, pelos agentes de tratamento, após o término do tratamento de dados, para fins de *cumprimento de obrigação legal ou regulatória* pelo controlador; *estudo por órgão de pesquisa*, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais; *transferência a terceiro*, desde que respeitados os requisitos de tratamento de dados dispostos na LGPD; e *uso exclusivo do controlador*, vedado seu acesso por terceiro, e desde que anonimizados os dados.

Assim, os agentes de tratamento de dados também estarão no *exercício regular de direitos* e, portanto, *não houve violação à legislação de proteção de dados*, quando

⁴²⁶ LGPD: Art. 18. O titular dos dados pessoais tem direito a obter do controlador, em relação aos dados do titular por ele tratados, a qualquer momento e mediante requisição: (...) IV - anonimização, bloqueio ou eliminação de dados desnecessários, excessivos ou tratados em desconformidade com o disposto nesta Lei; (...) VI - eliminação dos dados pessoais tratados com o consentimento do titular, exceto nas hipóteses previstas no art. 16 desta Lei;

conservarem os dados pessoais para os fins especificados no artigo 16, da LGPD, destacado retro.

(iii) Adoção das medidas de segurança previstas no artigo 46, da LGPD

Um dos pontos que poderão ter discussões polêmicas é se a excludente em tela poderá eximir o agente de tratamento da responsabilidade civil decorrentes de violações de segurança, nas hipóteses em que comprovar que o tratamento que realiza é regular, em decorrência do modo pelo qual é realizado, o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam e, ainda, que foram empregadas medidas de segurança compatíveis com o tratamento e conforme técnicas disponíveis no mercado à época que foi realizado.

Consoante artigo 46, da LGPD, os agentes de tratamento de dados devem adotar medidas de segurança, técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou qualquer forma de tratamento inadequado ou ilícito, desde a concepção do produto ou do serviço até a sua execução.

A ANPD poderá dispor sobre padrões técnicos mínimos em prol da segurança e sigilo dos dados, considerados a natureza das informações tratadas, as características específicas do tratamento e o estado atual da tecnologia, especialmente no caso de dados pessoais sensíveis.

Cumprindo esse papel, a ANPD emitiu Guia Orientativo sobre a Segurança da Informação para Agentes de Tratamento de Pequeno Porte⁴²⁷, o qual descreve algumas medidas de segurança *técnicas* (controle de acesso, segurança dos dados pessoais armazenados, segurança das comunicações, manutenção de programa de gerenciamento de vulnerabilidades, medidas relacionadas ao uso de dispositivos móveis, medidas relacionadas ao serviço de nuvem) e *administrativas* (Política de segurança da informação, conscientização e treinamento, gerenciamento de contratos).

⁴²⁷ Guia Orientativo sobre Segurança da Informação para Agentes de Pequeno Porte. Disponível em: <https://www.gov.br/anpd/pt-br/documentos-e-publicacoes/guia-vf.pdf> Acesso em: 03 jan. 2022.

Nesse sentido, um agente de tratamento poderia suscitar a excludente em tela como meio de defesa em acusações de violação de segurança, em que consiga comprovar que houve a adoção dos requisitos mínimos para o tratamento de dados, inclusive conforme diretrizes de Segurança da Informação trazidas pela ANPD e, portanto, *não haveria violação da legislação de proteção de dados*, já que foram empregadas medidas de segurança compatíveis com o estado da arte.

Menezes Cordeiro, interpretando o RGPD, entende que o afastamento da ilicitude da conduta dos agentes também poderá guardar relação com a demonstração de cumprimento das medidas de segurança:

(...) A não responsabilização, em concreto, dos responsáveis pelo tratamento [controladores] ou dos subcontratantes [operadores] ocorrerá sempre que consigam afastar a ilicitude e a culpa dos seus atos e omissões ou demonstrar não terem os seus comportamentos contribuído (nexo causal), de forma alguma, para a ocorrência dos danos.

Vejamos alguns exemplos: (i) um terceiro acede, ilicitamente, aos dados recolhidos, mas o responsável ou o subcontratante demonstram terem cumprido todas as medidas de segurança previstas no artigo 32º; (...).⁴²⁸

Todavia, essa vertente da excludente de ilicitude especial em questão é mais passível de ser suscitada no contexto da responsabilidade civil subjetiva que, como exposto no capítulo I, seria a regra geral na LGPD, visto que, nas hipóteses em que a atividade lesiva se enquadre em responsabilidade de natureza objetiva, é possível que o risco de segurança em questão recaia sobre o agente de tratamento, em razão do risco de sua atividade, e não sobre o titular que é a parte hipossuficiente. Porém, o magistrado poderá considerar esses pontos na quantificação da indenização.

(iv) *Dados cujo acesso é público*

O tratamento de *dados* cujo acesso é público também é considerado lícito pela LGPD, especificamente no §3º, do artigo 7º, muito embora se exija que seja considerada a *finalidade*, a *boa-fé* e o *interesse público* que justificaram sua disponibilização.

⁴²⁸ CORDEIRO, A. Barreto Menezes. **Direito da Proteção de Dados: à luz do RGPD e da Lei nº 58/2019.** Coimbra: Almedina, 2020. p. 394.

Dados constantes em escrituras públicas, editais, processos judiciais que não tramitam sob sigilo, contratos sociais e estatutos empresariais, dentre outros, são dados de natureza pública, porém necessário que seja respeitado o contexto que justificou a referida publicidade, ou seja, é preciso respeitar a finalidade da divulgação dos dados pessoais em questão, sob pena de abuso de direito. A mudança de finalidade para uso dos referidos dados, para ser lícita, demandará a fundamentação em uma base legal prevista no artigo 7º, da LGPD.

(v) *Dados tornados públicos pelo titular*

A LGPD também dispensa o consentimento previsto no artigo 7º, inciso I, em relação aos *dados tornados manifestamente públicos pelo titular*, conforme §4º, do mesmo dispositivo, muito embora seja necessário o respeito aos direitos do titular e princípios previstos na lei.

Isso porque os dados tornados públicos pelo próprio titular podem se revestir da natureza do instituto da *renúncia*.⁴²⁹

Alguns titulares publicam diversos dados pessoais em suas redes sociais, como nome, e-mail, imagem, data de aniversário, local onde trabalha etc. Certos dados pessoais poderão ter proteção especial, como ocorre com a imagem, cuja revelação pública não autoriza a exploração comercial (artigo 20, CC).

A revelação pública de dados pessoais poderá impactar, igualmente, na valoração do dano alegado pelo titular.

Se o titular alega lesão pela revelação de dado pessoal que ele próprio expõe publicamente, atrai para si o ônus de provar que realmente houve referido prejuízo do tratamento feito pelo agente (prova do fato constitutivo do seu direito).

Por outro lado, se for alterada a finalidade pela qual esses dados foram tornados públicos pelo titular, recomendável que o tratamento pelo agente esteja fundamentado em

⁴²⁹ CORDEIRO, A. Barreto Menezes. **Direito da Proteção de Dados: à luz do RGPD e da Lei nº 58/2019.** Coimbra: Almedina, 2020. p. 245.

alguma das outras bases legais previstas no artigo 7º, da LGPD, que não o consentimento, visando evitar discussões de ocorrência de *abuso de direito*.

(vi) *Uso de bases legais que dispensam o consentimento:*

Imagine-se que um titular busque reparação pelo tratamento de seus dados pessoais realizado sem consentimento. Porém, suponha-se que o controlador consiga demonstrar que sua atividade está amparada pelo *legítimo interesse*, tendo inclusive conferido transparência à sua atividade e providenciado o relatório de impacto previsto no artigo 9º, §1º e §2º, da LGPD. Em tal hipótese, o agente de tratamento poderá suscitar a causa excludente prevista no inciso II, do artigo 43, da LGPD, comprovando não só o cumprimento das exigências legais, mas também a licitude de sua conduta, já que o artigo 7º, inciso IX, prevê os interesses legítimos como base legal para o tratamento e, portanto, ampara sua atividade.

Ainda no contexto da legalidade da conduta dos agentes de tratamento, no tocante à *não violação da legislação de proteção de dados*, importante destacar que a LGPD ampliou e trouxe segurança jurídica para as bases legais que fundamentam o tratamento de dados pessoais, ou seja, as hipóteses previstas em lei para o *tratamento lícito de dados* (artigos 7º, 11 e 14, LGPD), o qual não está apenas adstrito ao *consentimento*.

Convencionou-se chamar de *bases legais* as hipóteses autorizadoras do tratamento de dados pessoais, previstas nos artigos 7º e 11, da LGPD.

O *consentimento* e o *exercício regular de direitos* são bases legais que tornam *lícito* o tratamento de dados pessoais, independentemente de terem sido mencionados de forma expressa na LGPD (artigos 7º, incisos I, II e VI; e artigo 11º, incisos I e II, alíneas “a” e “d”), visto que estão relacionados à *excludente geral de ilicitude ou antijuridicidade* prevista no artigo 188, inciso I, do Código Civil.

O *legítimo interesse*, por sua vez, embora guarde relação com o *exercício regular de direitos* em certos contextos, como se verá adiante, não foi mencionado no rol taxativo do artigo 11, da LGPD, o qual prevê as bases legais para o tratamento de dados sensíveis. De qualquer forma, o tratamento de dados sensíveis poderá ocorrer quando for indispensável para

o cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador (artigo 11, inciso II, alínea “a”, LGPD), assim como para *exercício regular de direitos, inclusive em contrato e em processo judicial, administrativo e arbitral* (artigo 11, inciso II, alínea “d”, LGPD).

Contudo, pela análise dos artigos 7º e 11, ambos da LGPD, é possível afirmar que houve um franco alargamento das *causas de justificação* para o tratamento de dados, as quais podem afastar, portanto, a ilicitude da conduta do agente de tratamento.

Nesse sentido, a LGPD trouxe no artigo 7º as bases legais para tratamento dos *dados pessoais*, ou seja, hipóteses em que se evidencia a *licitude* do tratamento⁴³⁰, quais sejam: (i) mediante o fornecimento de *consentimento* pelo titular; (ii) para o *cumprimento de obrigação legal ou regulatória* pelo controlador; (iii) pela administração pública, para o tratamento e uso compartilhado de dados necessários à *execução de políticas públicas* previstas em leis e regulamentos ou respaldadas em contratos, convênios ou instrumentos congêneres; (iv) para a realização de *estudos por órgão de pesquisa*, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais; (v) quando necessário para a *execução de contrato ou de procedimentos preliminares* relacionados a contrato do qual seja parte o titular, a pedido do titular dos dados; (vi) para o *exercício regular de direitos* em processo judicial, administrativo ou arbitral; (vii) para a *proteção da vida ou da incolumidade física* do titular ou de terceiro; (viii) para a *tutela da saúde*, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária; (ix) quando necessário para atender aos *interesses legítimos* do controlador ou de terceiro, exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais; ou (x) para a *proteção do crédito*, inclusive quanto ao disposto na legislação pertinente.

No artigo 11, da LGPD, foram trazidas hipóteses semelhantes para o tratamento de *dados pessoais sensíveis*, com exceção das bases de *interesses legítimos e proteção do crédito*, além de ter sido acrescida a hipótese de *garantia da prevenção à fraude e à segurança do titular, nos processos de identificação e autenticação de cadastro em sistemas eletrônicos*,

⁴³⁰ Aliás, o artigo 6º, do Regulamento Geral de Proteção de Dados Europeus nomina o artigo que prevê as bases legais de tratamento de dados pessoais como “Licitude do Tratamento”.

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.

Importante consignar que, tal qual ocorre no Regulamento Geral de Proteção de Dados Europeu⁴³¹, não foi estabelecida qualquer hierarquia entre as bases legais e qualquer uma delas é suficiente para conferir *licitude* ao tratamento de dados pessoais, sendo certo que cabe a cada controlador definir a base legal mais apropriada para fundamentar o tratamento de dados.⁴³²

Em resumo, se o agente de tratamento agiu em conformidade com o que é autorizado, especificamente, pela Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, ou seja, não violou suas disposições, estará amparado por essa excludente especial prevista no inciso II, do artigo 43, da LGPD.

De qualquer forma, dada a relevância do enquadramento das bases legais como excludentes de ilicitude da conduta do agente, essas serão tratadas adiante de forma mais detalhada no contexto específico da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais.

3.3.1. O Consentimento do Titular como Excludente de Antijuridicidade ou Ilicitude

Se a proteção de dados é reflexo do direito de personalidade de um indivíduo, ao qual é assegurado o direito à identidade informacional, o *consentimento* representaria a base legal mais justa para tratamento de seus dados, afinal, o titular é o verdadeiro proprietário de seus

⁴³¹ “(...) nas condições de licitude do tratamento de dados o consentimento do titular surge na mesma posição que os restantes fundamentos.” (BARBOSA, Mafalda Miranda. “Proteção de Dados e Direitos de Personalidade: Uma Relação de Interioridade Constitutiva. Os Benefícios da Protecção e a Responsabilidade Civil”. In Estudos de Direito do Consumidor, do CDC - Centro de Direito do Consumo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2017, nº 12, pp. 75-131. Disponível em: https://www.fd.uc.pt/cdc/pdfs/rev_12_completo.pdf. Acesso em: 21 dez. 2021. p. 88).

⁴³² “É extremamente importante compreender que não há hierarquia entre bases legais: todas são igualmente importantes e podem ser utilizadas, sem que qualquer delas se sobreponha ou prevaleça em relação às demais. Cabe a cada controlador definir qual base legal é a mais apropriada em cada caso, sempre de acordo com as finalidades de tratamento.” (LEONARDI, Marcel. Principais Bases Legais de Tratamento de Dados Pessoais no Setor Privado. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de; MACIEL, Renata (Coords.). **Direito & Internet IV: Sistema de Proteção de Dados Pessoais**. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 321).

dados pessoais. Aliás, o consentimento, por muito tempo, foi uma das principais bases legais na disciplina regulatória da proteção de dados.

Contudo, a vida em sociedade está se tornando cada vez mais complexa, inclusive em decorrência dos avanços tecnológicos, de forma que, em prol de um interesse público, torna-se necessário expandir as hipóteses legais autorizadas do tratamento de dados pessoais, conforme artigos 7º e 11, da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, sem prejuízo de outras bases legais espalhadas pela legislação esparsa sobre o tema, as quais configuram, como visto, excludentes de ilicitude do tratamento de dados pessoais que tiram o foco do consentimento como excludente única de ilicitude.

Nesse sentido, a doutrina começou a demonstrar a insuficiência do consentimento como foco regulatório:

(i) as limitações cognitivas do titular dos dados pessoais para avaliar os custos e benefícios envolvidos quanto aos seus direitos de personalidade; (ii) as situações em que não há uma real liberdade de escolha do titular, por exemplo, em circunstâncias denominadas ‘take it or leave it’; e (iii) as modernas técnicas de tratamento e análise de dados a partir de Big Data que fazem com que a totalidade do valor e a possibilidade de uso desses dados não sejam completamente mensuráveis no momento em que o consentimento é requerido.⁴³³

Conforme exposto no primeiro capítulo, o direito à proteção de dados pessoais é um reflexo dos direitos à personalidade. Em decorrência disso, o *consentimento* acaba assumindo a natureza jurídica de *livre exercício de direito da personalidade*, o que difere da manifestação de vontade em si, a qual pode se formalizar por um negócio jurídico.

Nesse sentido, oportunas as ponderações de Patricia Panisa sobre a natureza jurídica do consentimento livre e esclarecido:

(...) É a existência de múltiplas e únicas personalidades que obriga ao reconhecimento jurídico de que cada ser humano tenha assegurado os direitos de exercício e de desenvolvimento de sua própria personalidade dentro das margens de ação que lhe são garantidas pelo Estado. O respeito à integridade é um desses direitos e é sobre ela (integridade) que o consentimento livre e esclarecido incide.

⁴³³ MENDES, Laura Schertel; FONSECA, Gabriel Campos Soares da. **Proteção de dados para além do consentimento**: tendências de materialização. *In*: Tratado de proteção de dados pessoais / coordenadores Danilo Doneda ... [et al.]. – Rio de Janeiro: Forense, 2021. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992200/>. Acesso em 21.11.2021. p. 95.

Por fim, como exercício de direito da personalidade, o consentimento livre e esclarecido não reclama forma escrita para existir, assim como, a existência de formulário assinado não é de *per si* suficiente para atestar sua existência e eficácia. Pode ocorrer de num caso concreto, não ter havido o documento escrito e não obstante ter existido o consentimento livre e esclarecido, bem como, em outro caso ter havido o documento escrito e assinado e não ter existido o consentimento.⁴³⁴

O *consentimento* é aqui também tratado como uma *excludente especial de ilicitude*, visto que foi expressamente previsto, assegurado e regulamentado pela Lei Geral de Proteção de Dados, que o conceitua no artigo 5º, inciso XII, como “manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada.”

O *consentimento* pode fundamentar qualquer tratamento de dados pessoais e dados pessoais sensíveis que seja realizado pelos agentes de tratamento, conforme artigo 7º, inciso I⁴³⁵, artigo 11, inciso I⁴³⁶, e artigo 14, §1º⁴³⁷, todos da LGPD.

A questão que se emerge é uma assimetria de poderes na relação entre titular e agentes de tratamento, sendo evidente a hipossuficiência daquele em muitos casos, o que traz a reflexão se realmente há autonomia decisória, afinal, se não consentir, geralmente, a consequência será não utilizar os serviços, já que não é comum ver ainda formas adicionais para viabilizar o uso do produto ou serviço sem o referido consentimento para determinados tratamento de dados, como, por exemplo, mediante o pagamento em pecúnia.

Porém, a questão que emerge é se o titular tem discernimento suficiente para ponderar os ônus aos seus direitos de personalidade e os bônus decorrentes do tratamento de dados pessoais.

⁴³⁴ PANISA, Patricia. O Consentimento Livre e Esclarecido na Cirurgia Plástica: e a Responsabilidade Civil Médica. p.178/179.

⁴³⁵ Art. 7º O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses: I - mediante o fornecimento de consentimento pelo titular;

⁴³⁶ Art. 11. O tratamento de dados pessoais sensíveis somente poderá ocorrer nas seguintes hipóteses: I - quando o titular ou seu responsável legal consentir, de forma específica e destacada, para finalidades específicas;

⁴³⁷ Art. 14. O tratamento de dados pessoais de crianças e de adolescentes deverá ser realizado em seu melhor interesse, nos termos deste artigo e da legislação pertinente. § 1º O tratamento de dados pessoais de crianças deverá ser realizado com o consentimento específico e em destaque dado por pelo menos um dos pais ou pelo responsável legal. (...)

Em suma, a exteriorização do *consentimento* é ultimada com a manifestação de vontade do titular quanto ao tratamento de dados que é realizado.

A doutrina argentina, ao interpretar a previsão expressa no Código Civil e Comercial Argentino, sobre a excludente de antijuridicidade em questão (causa de justificação), ensina que:

Quando a vítima consente com o dano sofrido, ele constitui uma causa de justificação e elimina qualquer ilicitude, o que conduz ao indeferimento do pedido de indenização promovido pelo lesado. Esta é uma consequência direta do princípio da autodeterminação ou autonomia pessoal, que permite a cada pessoa tomar as decisões que tomar na sua vida sozinha, com exceção das ações que prejudiquem terceiros (art. 19 CN). No exercício desse direito, a vítima pode - em princípio - aceitar voluntariamente ser prejudicada, e essa aceitação exclui - também em princípio - a ilegalidade do ato ou a omissão danosa.⁴³⁸

Aliás, há diferença na qualificação do *consentimento* constante no Marco Civil da Internet e o previsto na LGPD, visto que aquele fala em *consentimento expreso*, e essa, em *consentimento inequívoco*. Contudo, em matéria de proteção de dados pessoais, deve prevalecer o disposto nesta última, seja por se tratar de lei especial, ou ainda, por estar mais adequada à dinâmica das relações *online*, como explica a Professora Cíntia Rosa Pereira de Lima:

Deve-se entender que o MCI [Marco Civil da Internet] é lei geral, pois estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil. Já a LGPD, além de ser posterior, é específica em comparação ao MCI, portanto, pelas regras de solução de antinomias normativas, prevalece a lei posterior e especial. (...) ⁴³⁹

(...) a LGPD está mais apropriada à dinâmica das relações *on-line*, quando utiliza o termo ‘inequívoco’ em vez do que utiliza o MCI (‘expreso’). (...)

(...) quando se buscam os aplicativos e outros bens e serviços na internet, busca-se agilidade e segurança jurídica. No primeiro aspecto, é inviável exigir um consentimento expreso, como uma assinatura em um contrato do mundo *off-line*, por isso a LGPD fala que o consentimento pode ser inequívoco. (...)

⁴³⁸ Tradução livre do seguinte trecho no original: “*Cuando la víctima consiente el daño sufrido, ello constituye una causal de justificación, y elimina toda nota de antijuridicidad, lo que conduce al rechazo de la pretensión indemnizatoria promovida por el damnificado. Esto es una consecuencia directa del principio de autodeterminación o autonomía personal, que permite a cada persona adoptar en soledad las decisiones que hacen a su vida, con excepción de aquellas acciones que perjudican a terceros (art. 19 CN). En ejercicio de ese derecho, la víctima puede — en principio — aceptar voluntariamente ser dañada, y esa aceptación excluye — también en principio — la antijuridicidad del hecho o la omisión dañosa.*” (CAMELO, Gustavo; HERRERA, Marisa; e PICASSO, Sebastián. *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. p. 425).

⁴³⁹ LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. Consentimento inequívoco versus expreso: o que muda com a LGPD?. p. 63.

Quanto ao segundo aspecto, segurança jurídica, deve-se enfatizar a transparência na coleta, no uso e no armazenamento dos dados pessoais, o que é informado ao usuário sobre a finalidade específica do tratamento de dados.⁴⁴⁰

O conceito de consentimento possui três elementos: (i) manifestação livre, informada e inequívoca⁴⁴¹; (ii) pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais; (iii) para uma finalidade determinada.

O artigo 8º⁴⁴², da LGPD, estatui que o *consentimento* deverá ser fornecido por escrito ou por outro meio que demonstre a manifestação de vontade do titular. Caso seja fornecido por escrito, esse deverá constar de cláusula destacada das demais cláusulas contratuais, sendo certo que o consentimento deverá referir-se a finalidades determinadas, e as autorizações genéricas para o tratamento de dados pessoais serão nulas, afinal, há hipossuficiência do titular em relação aos agentes de tratamento, de forma semelhante ao que ocorre com o consumidor, em uma relação de consumo.

Nesse sentido, o consentimento pode ser dado (i) validando uma opção ao visitar um *site*; (ii) mediante configurações sistêmicas, como tem ocorrido em relação aos *cookies*; (iii) com a configuração de dispositivos próprios (celulares e computadores), (iv) autorização via *opt-in* (seleção de itens); (v) desautorização via *opt-out* etc.

⁴⁴⁰ LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. Consentimento inequívoco versus expresso: o que muda com a LGPD?. p. 64.

⁴⁴¹ Sobre este ponto, Marcel Leonardi esclarece que: “(..) (i) livre, ou seja, representar uma escolha real para o titular de dados, sem qualquer dos vícios de manifestação de vontade; (ii) informado, ou seja, obtido após a apresentação de informações claras, completas e objetivas para o titular a respeito das finalidades de tratamento, e (iii) inequívoco, ou seja, demonstrável por qualquer meio de prova lícita (e não apenas por escrito).” (LEONARDI, Marcel. Principais Bases Legais de Tratamento de Dados Pessoais no Setor Privado. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de; MACIEL, Renata (Coords.). **Direito & Internet IV: Sistema de Proteção de Dados Pessoais**. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 321).

⁴⁴² “Art. 8º O consentimento previsto no inciso I do art. 7º desta Lei deverá ser fornecido por escrito ou por outro meio que demonstre a manifestação de vontade do titular. § 1º Caso o consentimento seja fornecido por escrito, esse deverá constar de cláusula destacada das demais cláusulas contratuais. §2º Cabe ao controlador o ônus da prova de que o consentimento foi obtido em conformidade com o disposto nesta Lei. §3º É vedado o tratamento de dados pessoais mediante vício de consentimento. § 4º O consentimento deverá referir-se a finalidades determinadas, e as autorizações genéricas para o tratamento de dados pessoais serão nulas. §5º O consentimento pode ser revogado a qualquer momento mediante manifestação expressa do titular, por procedimento gratuito e facilitado, ratificados os tratamentos realizados sob amparo do consentimento anteriormente manifestado enquanto não houver requerimento de eliminação, nos termos do inciso VI do caput do art. 18 desta Lei. §6º Em caso de alteração de informação referida nos incisos I, II, III ou V do art. 9º desta Lei, o controlador deverá informar ao titular, com destaque de forma específica do teor das alterações, podendo o titular, nos casos em que o seu consentimento é exigido, revogá-lo caso discorde da alteração.

Adicionalmente, incidirão sobre a manifestação de vontade do titular os requisitos gerais para o negócio jurídico previstos no artigo 104 e seguintes, do Código Civil, especialmente (i) *agente capaz* (conforme regras constantes nos artigos 1º e seguintes do Código Civil); (ii) *objeto lícito* (de acordo com a lei e nos limites das normas de ordem pública), *possível, determinado ou determinável* (finalidades concretas); (iii) *forma prescrita* (por instrumento público, por escrito etc., conforme previsto em lei) ou *não defesa em lei* (outras formas, quando não exista previsão legal, *Opt-in, Opt-out, Termo de Consentimento, Cláusula contratual, disclaimers* etc.).

Consequentemente, a falta de qualquer um desses elementos, torna a base legal de consentimento inadequada para fins de fundamentar o tratamento, o qual será irregular.

O §3º, do artigo 8º, da LGPD, também reafirma que é vedado o tratamento de dados pessoais mediante *vício de consentimento*, os quais estão previstos no artigo 138 e seguintes do Código Civil, como o erro ou ignorância; dolo; coação; estado de perigo; lesão; e a fraude.

Nos termos do artigo 9º, §2º, da LGPD, em caso de mudanças de finalidade do tratamento para o qual foi dado consentimento, incompatíveis com o consentimento original, deverá o controlador informar ao titular dos dados sobre a nova finalidade, podendo esse último *revogar o consentimento*, direito também assegurado ao titular (artigo 18, inciso IX, LGPD), caso discorde das alterações.

Em decorrência disso, é recomendado o chamado *consentimento granular*, ou seja, “deve ser realizado nas diversas fases da coleta dos dados; e não em um único momento, a partir de uma manifestação de vontade genérica e, muitas vezes, inconsciente.”⁴⁴³

A Professora Cíntia Rosa Pereira de Lima também aponta para o *consentimento* decorrente de condutas incompatíveis com a discordância acerca do tratamento de dados pessoais:

(...) o consentimento do titular dos dados pode ser obtido por meio de condutas incompatíveis com a discordância com a coleta, o armazenamento, o tratamento e o

⁴⁴³ LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. Consentimento inequívoco versus expresso: o que muda com a LGPD?. p. 62.

compartilhamento de dados pessoais. Vejamos a prática dos *cookies*, ou seja, um programa utilizado para rastrear a navegação do usuário, que é informado de tal prática de maneira clara no início do *site*, inclusive com a indicação da finalidade específica, qual seja a otimização da navegação. O usuário concorda com tal prática ao continuar navegando no *site*. Tal conduta é incompatível com a recusa. Este um exemplo claro de que é possível obter consentimento inequívoco, por meio de condutas socialmente típicas.⁴⁴⁴

O Superior Tribunal de Justiça, antes da promulgação da LGPD, que tem base legal específica voltada à proteção do crédito, entendeu que não pode ser válida cláusula contratual que “consente” com o compartilhamento de dados pessoais, sem qualquer possibilidade de *opt-out*, em contrato de prestação de serviços de cartão de crédito, afinal, ou o titular consente com a cláusula, ou não terá o cartão, não se tratando, pois do *consentimento livre* que é exigido. Nesse sentido, está o Informativo de Jurisprudência nº 0616, de 17 de janeiro de 2018:

Ramo do Direito: DIREITO DO CONSUMIDOR, DIREITO BANCÁRIO

Tema: Ação civil pública. Cartão de crédito. Cláusulas abusivas. Compartilhamento de dados pessoais. Necessidade de opção por sua negativa. Desrespeito aos princípios da transparência e confiança.

Destaque: É abusiva e ilegal cláusula prevista em contrato de prestação de serviços de cartão de crédito que autoriza o banco contratante a compartilhar dados dos consumidores com outras entidades financeiras ou mantenedoras de cadastros positivos e negativos de consumidores, sem que seja dada opção de discordar daquele compartilhamento.

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

Em termos gerais, caso o consentimento seja revogado pelo titular dos dados, todas as operações que foram fundamentadas no referido consentimento antes de sua revogação, e que estavam em conformidade com a norma, permanecem lícitas. Somente se tornará ilícita a continuidade do tratamento posterior à revogação do consentimento, salvo se referido tratamento puder ser enquadrado em outra hipótese legal prevista nos artigos 7º ou 11, da LGPD.

⁴⁴⁴ LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. Consentimento inequívoco versus expresso: o que muda com a LGPD?. p. 64.

Logo, embora o *consentimento* do titular não tenha sido indicado no artigo 43, da LGPD, como uma excludente expressa, ainda assim tem o condão de retirar a ilicitude da conduta do agente, não só por ser uma *excludente geral de antijuridicidade ou ilicitude*, como visto no capítulo anterior, em respeito às liberdades individuais e autodeterminação do indivíduo, mas também porque foi previsto em outras passagens da LGPD, especialmente nas bases legais para tratamento de dados pessoais, o que permite que seja suscitada a excludente do artigo 43, inciso II, da LGPD.

3.3.2. O Consentimento para Tratamento de Dados Pessoais de Crianças

O artigo 14, da LGPD, traz uma proteção específica às *crianças e adolescentes*, o que é muito válido e pertinente considerando a geração dos *nativos digitais*, ou seja, que já nasceram sob a égide da tecnologia.

A criação do conceito de *nativos digitais* (nativos do novo mundo digital) é atribuída ao norte americano Marc Prensky, o qual classifica os *nativos digitais* como “a primeira geração a crescer com essa tecnologia digital”⁴⁴⁵ em contraposição aos *imigrantes digitais*, os quais tiveram que se adaptar aos novos tempos, com base no seguinte raciocínio:

Como deveríamos nos referir a essa nova geração de jovens? Alguns chamam-nos de N-gen (N de net, ‘rede’, em português), D-gen (D de digital) ou Milenares. Mas o termo mais útil que encontrei para nos referirmos a eles é Nativos Digitais – os novos ‘falantes nativos’ da linguagem digital dos computadores, dos videogames e da internet.

E, se eles são os Nativos, o que isso faz do resto de nós – que chegamos à tecnologia digital (ou ela chegou até nós) mais tarde em nossas vidas? Descobri que é bastante útil pensar em nós mesmos como *Imigrantes Digitais*.

Por quê? Assim como todos os imigrantes, alguns de nós se adaptaram ao novo ambiente digital mais rapidamente que os outros. Mas não importa quão fluentes possamos nos tornar, todos os Imigrantes Digitais retêm, em alguma medida, seu ‘sotaque’, ou seja, seu pé no passado.⁴⁴⁶

⁴⁴⁵ PRENSKY, Mark. "Não me atralhe, mãe - Eu estou aprendendo!": Como os videogames estão preparando os nossos filhos para o sucesso no século XXI - e como você pode ajudar! P. 58.

⁴⁴⁶ PRENSKY, Mark. "Não me atralhe, mãe - Eu estou aprendendo!": Como os videogames estão preparando os nossos filhos para o sucesso no século XXI - e como você pode ajudar! P. 58 e 59.

O tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes, para ser *lícito*, deverá ser realizado em seu *melhor interesse*.

No §1º, do artigo 14, da LGPD, há previsão de que para o tratamento de dados pessoais de *criança*, é necessário *consentimento específico* e em destaque dado por pelo menos um dos pais ou pelo responsável legal. Contudo, não há na LGPD a definição de *criança*, tornando-se necessária a interpretação do termo com base no ordenamento jurídico.

A Lei nº 8.069/90, Estatuto da Criança e do Adolescente, no art. 2º, estabelece que: “Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.”

Contudo, a Convenção sobre os Direitos da Criança, promulgada por meio do Decreto nº 99.710/1990, define criança como a pessoa menor de 18 (dezoito) anos, conforme artigo 1: “Para efeitos da presente Convenção considera-se como criança todo ser humano com menos de dezoito anos de idade, a não ser que, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioria seja alcançada antes.”

Ocorre que referida convenção além de limitar o conceito de criança para fins do referido regramento, também não prevê a figura do adolescente, a qual foi contemplada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, razão pela qual mais adequado que se considere a definição deste último diploma que prevê a criança como a pessoa até 12 (doze) anos de idade incompletos, até mesmo porque esse é um costume social.

Importante que não se confunda o necessário consentimento para fundamentar o tratamento de dados pessoais de criança, enquanto base legal, com os requisitos para validade do consentimento, visto que, se em relação ao tratamento de dados pessoais de adolescentes (pessoa entre 13 e 18 anos), for escolhida a base legal do consentimento, mister que sejam observadas as regras da *capacidade civil*, visto que são absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos (artigo 3º, do Código Civil) e são relativamente incapazes, os adolescentes maiores de 16 (dezesseis) e menores de 18 (dezoito) anos, nos termos do artigo 4º, do Código Civil.

Entretanto, a exigência do consentimento de pais ou responsáveis para tratamento de dados pessoais da criança pode ceder a *interesses superiores*, como se estiver em jogo sua integridade mental ou física⁴⁴⁷.

Além disso, realizando-se uma interpretação sistemática da LGPD com o ordenamento jurídico, importante consignar que quando o controlador tratar dados pessoais de crianças para cumprimento de obrigações legais e regulatórias, assim como para exercício regular de direitos em processos, não há que se falar na exigência do consentimento, visto que seu ato é lícito por estar munido por excludentes gerais de antijuridicidade ou ilicitude.

3.3.3. O Exercício Regular de Direitos e o Estrito Cumprimento de Dever Legal pelos Agentes de Tratamento como Excludente de Antijuridicidade ou Ilicitude

A LGPD destaca a *obrigação legal ou regulatória* não apenas para fundamentar o tratamento de dados pessoais (artigo 7º, inciso II da LGPD) e de dados pessoais sensíveis (artigo 11, inciso II, alínea “a”, da LGPD), mas também para excepcionar o direito de eliminação dos dados pessoais, após término do tratamento (artigo 16, inciso I, da LGPD).

Isso porque, nessas situações, o tratamento de dados pessoais é imposto pela própria lei (em sentido amplo, Leis municipais, estaduais, federais, Leis Complementadores, Códigos, Consolidações, Tratados, Decretos, Medidas Provisórias etc.) ou regulação (Resoluções, Circulares ou por uma base estatutária subjacente ao regime regulatório).

Para que esta base legal seja aplicada, de forma adequada, é necessário que o tratamento seja fruto desta imposição, independentemente de referida regra não indicar, precisamente, os dados pessoais que necessitam ser tratados para cumprimento da imposição. O objetivo é cumprir a legislação de uma forma geral. Porém, mister que o tratamento de

⁴⁴⁷ Nesse sentido, confira-se o Parecer nº 2/2009 sobre a *proteção* dos dados pessoais das crianças (Orientações gerais e a situação especial das escolas) – Disponível em: https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2009/wp160_pt.pdf - Acesso em: 12 dez. 2021.

dados em si respeite os princípios e direitos previstos na LGPD, especialmente no tocante à finalidade, adequação, necessidade e transparência.

Se o tratamento é fruto de “obrigação legal ou regulatória”, o titular dos dados não tem o direito de requerer a portabilidade, de se opor ao tratamento e, principalmente, de pleitear a responsabilidade civil por eventuais danos, visto que o referido tratamento de dados foi imposto ao controlador.

A base legal de “obrigação legal ou regulatória” somente será válida para fundamentar o tratamento de dados realizado para cumprimento de normas nacionais, afastando-se, portanto, as normas estrangeiras que, eventualmente, impactem as atividades do controlador. Nesse caso, seria justificável, eventualmente, a base legal de legítimo interesse.

A Lei de Cadastro Positivo trouxe importante excludente de ilicitude consistente na *dispensa de consentimento* para algumas operações de tratamento de dados neste âmbito, conforme artigo 4^o⁴⁴⁸ da Lei de Cadastro Positivo, com nova redação trazida pela Lei Complementar nº 166/19. Em decorrência disso, os controladores que estejam sob a incidência dessa lei estão amparados pela excludente especial de ilicitude, a qual consiste em exercício regular de direitos.

O exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral também foi eleito como uma base legal apta a fundamentar o tratamento de dados pessoais

⁴⁴⁸ Lei de Cadastro Positivo, Art. 4º: “O gestor está autorizado, nas condições estabelecidas nesta Lei, a: I - abrir cadastro em banco de dados com informações de adimplemento de pessoas naturais e jurídicas; II - fazer anotações no cadastro de que trata o inciso I do caput deste artigo; III - compartilhar as informações cadastrais e de adimplemento armazenadas com outros bancos de dados; e IV - disponibilizar a consulentes: a) a nota ou pontuação de crédito elaborada com base nas informações de adimplemento armazenadas; e b) o histórico de crédito, mediante prévia autorização específica do cadastrado. § 4º A comunicação ao cadastrado deve: I - ocorrer em até 30 (trinta) dias após a abertura do cadastro no banco de dados, sem custo para o cadastrado; II - ser realizada pelo gestor, diretamente ou por intermédio de fontes; e III - informar de maneira clara e objetiva os canais disponíveis para o cancelamento do cadastro no banco de dados. §5º Fica dispensada a comunicação de que trata o § 4º deste artigo caso o cadastrado já tenha cadastro aberto em outro banco de dados. §6º Para o envio da comunicação de que trata o § 4º deste artigo, devem ser utilizados os dados pessoais, como endereço residencial, comercial, eletrônico, fornecidos pelo cadastrado à fonte. §7º As informações do cadastrado somente poderão ser disponibilizadas a consulentes 60 (sessenta) dias após a abertura do cadastro, observado o disposto no § 8º deste artigo e no art. 15 desta Lei. § 8º É obrigação do gestor manter procedimentos adequados para comprovar a autenticidade e a validade da autorização de que trata a alínea b do inciso IV do caput deste artigo.”

(artigo 7º, inciso VI⁴⁴⁹, da LGPD) e dados pessoais sensíveis (artigo 11, inciso II, alínea “d”⁴⁵⁰, da LGPD). Aliás, essa é uma base legal específica da lei brasileira, visto que não há base legal semelhante no Regulamento Geral de Proteção de Dados Europeu (GDPR).

Depreende-se da base legal em questão que a ideia é legitimar o tratamento de dados para fins probatórios, visando a instrução de processos judiciais, administrativos ou arbitrais, como aponta da doutrina:

Outra importante hipótese de tratamento de dados é o exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral (art. 7º, VI, da LGPD), ressalva fundamental para deixar claro que a proteção aos dados pessoais não compromete o necessário direito que as partes têm de produzir provas umas contra as outras, ainda que estas se refiram a dados pessoais do adversário.⁴⁵¹

A Constituição Federal assegura o *direito à inafastabilidade da jurisdição, à ampla defesa e contraditório*, nos termos do artigo 5º, XXXV e LV⁴⁵².

Com base nisso e em outras normas infraconstitucionais, como o Código Civil, Código de Processo Civil, Código de Processo Penal, CLT, Marco Civil da Internet, Lei Geral de Proteção de Dados etc., é possível que o tratamento de dados pessoais ocorra para comprovação da prestação de serviços, do cumprimento de obrigações contratuais e legais, para afastamento da responsabilidade civil, para defesa em processos (como contradita a testemunhas por meio de dados pessoais obtidos na Internet), para defesa em processos

⁴⁴⁹ Art. 7º O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses: (...); VI - para o exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral, esse último nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem);

⁴⁵⁰ Art. 11. O tratamento de dados pessoais sensíveis somente poderá ocorrer nas seguintes hipóteses:(...) II - sem fornecimento de consentimento do titular, nas hipóteses em que for indispensável para: d) exercício regular de direitos, inclusive em contrato e em processo judicial, administrativo e arbitral, este último nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem);

⁴⁵¹ FRAZÃO, Ana. Nova LGPD: as demais hipóteses de tratamento de dados pessoais. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/nova-lgpd-as-demais-hipoteses-de-tratamento-de-dados-pessoais-19092018> - Acesso em: 24.07.20.

⁴⁵² “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; (...) LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;”

administrativos, para validar o tratamento de dados em meios alternativos de resolução de conflitos e até mesmo para comprovação do cumprimento da própria LGPD, como nos casos em que se guarda provas do cumprimento dos direitos dos titulares, por exemplo.

Com base nessas passagens, é possível afirmar que os agentes de tratamento estão amparados por causas gerais e especiais de *excludentes de antijuridicidade ou ilicitude* consistente no *exercício regular de direitos e estrito cumprimento do dever legal*.

Inclusive, a excludente de ilicitude do *estrito cumprimento de dever legal* poderá funcionar com um limite de direito de regresso em face da figura do *encarregado* pelo tratamento de dados pessoais, cujas atribuições estão previstas no §2º, do artigo 41: (i) aceitar reclamações e comunicações dos titulares, prestar esclarecimentos e adotar providências; (ii) receber comunicações da autoridade nacional e adotar providências; (iii) orientar os funcionários e os contratados da entidade a respeito das práticas a serem tomadas em relação à proteção de dados pessoais; e (iv) executar as demais atribuições determinadas pelo controlador ou estabelecidas em normas complementares.

Por outro lado, é possível afirmar que ocorrerá *abuso de direito* quando os agentes de tratamento excederem os limites legais dos seus direitos ou obrigações no âmbito do tratamento de dados, com inobservância de seu fim econômico ou social, da boa-fé ou dos bons costumes (artigo 187, Código Civil).

Alvino Lima⁴⁵³ ensina que o reconhecimento do abuso de direito como ato ilícito funciona “como corretivo indispensável ao exercício do direito”, uma vez que “veio limitar o poder dos indivíduos, mesmo investidos de direitos reconhecidos pela lei, conciliando estes direitos com os da coletividade.”

Sobre o tema, Rui Stoco ensina que para a configuração do *abuso de direito* é mister que se configure conduta culposa: “No campo da incidência do art. 187, o abuso de direito só se converte em ato ilícito se presente um dos atributos da culpa, tal como previsto no art. 186:

⁴⁵³ LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. 2. ed. rev. e atual. pelo Prof. Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998. p. 206.

ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência.”⁴⁵⁴ Contudo, existem posicionamentos divergentes, como é o caso de Sérgio Cavalieri Filho e Ruy Rosado.

3.3.4. O Legítimo Interesse como Excludente de Antijuridicidade ou Ilicitude e o seu limite tênue com a figura do *Abuso de Direito*

Embora o *legítimo interesse* tenha sido indicado expressamente pela LGPD, no artigo 7º, inciso IX, da LGPD, como fundamento possível para tratamento dos dados pessoais de maneira lícita, referido termo não é novidade trazida pelo novel diploma, visto que já era usado há muito pela doutrina para estampar o *exercício regular de direitos* versus o *abuso de direito*.

Ao explicar sobre a teoria da *aemulatio*, proveniente do direito romano, cujo desenvolvimento maior ocorreu no direito medieval, Alvino Lima ensina que “se admitiu uma série arbitrária e indefinida de presunções diretas para provar a existência do mesmo *animus aemulandi*, deduzindo-o da existência ou não de um interesse legítimo no cumprimento do ato que se desejava impedir.”⁴⁵⁵

O francês Louis Josserand contribuiu intensamente para a consolidação da doutrina sobre o abuso de direito. Em sua célebre obra “Abuso de Direito” coloca o *interesse legítimo* como eixo central para aferição do *abuso de direito*. Reflete que “a vida é um corpo a corpo onde interesses, legítimos ou não, se cruzam e colidem incansavelmente.”⁴⁵⁶

Sobre o interesse legítimo, Alvino Lima explica a lição de Josserand:

⁴⁵⁴ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil:** doutrina e jurisprudência. 7. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 124

⁴⁵⁵ LIMA, Alvino. **Culpa e risco.** 2. ed. rev. e atual. pelo Prof. Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998. p. 209.

⁴⁵⁶ Tradução livre do texto original: “*La vie est une mêlée où les intérêts, légitimes ou non, s’entrecroisent et se heurtent sans répit;*” (JOSSEMAND, Louis. De l’Abus des droits. Paris, 1905. p. 2.)

(...) as faculdades objetivas são conferidas aos homens pelo poder público, tendo em vista a satisfação de seus interesses, não de quaisquer interesses, mas de interesses legítimos; se o titular de um direito o exerce fora de *todo o interesse*, ou para a consecução de um *interesse ilegítimo*, ele abusa de seu direito, não merecendo a proteção da lei. O *exercício contrário à destinação econômica do direito*, um verdadeiro contra-senso econômico, fixa esta concepção de ordem econômica.

Mas este critério econômico, puramente materialista, não abrange todos os direitos, diz Josserand, passando a abordar o último verdadeiro critério de abuso, ou seja, o desvio do direito da sua função social, critério funcional ou finalista.

Os demais critérios constituem para Josserand uma parte apenas da verdade, porque só com o critério finalista é que chegamos à verdade integral. Segundo este critério, deve-se ter em vista a finalidade dos direitos, sua função própria a cumprir e, conseqüentemente, cada um deles deve realizar-se conforme o *espírito da instituição*; os pretensos direitos subjetivos são direitos-funções, os quais devem permanecer no plano da função que devem desempenhar, senão seu titular comete um desvio, um abuso de direito; o ato abusivo é o ato contrário ao fim da instituição, ao seu espírito, à sua finalidade.⁴⁵⁷

Diante das dificuldades de se aferir critérios subjetivos da ação do agente, como o dolo, para fins do abuso de direito, a doutrina passou a estabelecer uma concepção objetiva para configuração do instituto, novamente apontando o critério do *interesse legítimo*. Eduardo Tomasevicius explica que três são as hipóteses de abuso de direito, com base na concepção objetiva: “a falta de interesse legítimo, o desvio do direito de sua finalidade social e uma desproporção entre prejuízo e vantagem alcançada.”⁴⁵⁸

A falta de *standards* (padrões) de conduta aceitáveis em um segmento tão jovem no direito brasileiro, como é a proteção de dados pessoais, pode fomentar abusos de direito.

Na falta de previsão expressa da lei ou de regulamentação por parte da ANPD, a cláusula geral da boa-fé poderá ser o caminho para a solução de um eventual conflito de interesses.

Por outro lado, é possível afirmar que o *legítimo interesse* também se afigura como um dos desdobramentos do *exercício regular de um direito*, com a conseqüente licitude de conduta, ou seja, há legítimo interesse quando se está no exercício de um direito assegurado por lei. Igualmente, o legítimo interesse encontra reflexo no *princípio constitucional da legalidade* insculpido no artigo 5º, inciso II, da CF, visto que aquilo que não está proibido aos

⁴⁵⁷ JOSSERAND, Louis. *Les Transports* (p. 287-289) *apud* LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. 2. ed. rev. e atual. pelo Prof. Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998. p. 225.

⁴⁵⁸ TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. O princípio da boa-fé no Direito Civil. p. 212.

particulares, está permitido. Em relação aos entes públicos, o legítimo interesse estaria apenas ligado à primeira vertente, ou seja, sua atuação está adstrita ao que prevê a lei, já que só pode agir nos termos da lei.

O conceito de *interesse* está relacionado à finalidade, porém é o objetivo mais abrangente que o controlador, ou a própria sociedade, pode ter no tratamento, assim como o benefício que retira ou pode retirar do tratamento. Alguns interesses podem ser benéficos para a sociedade em geral, como é o caso de pesquisas científicas e, outros, apenas para o controlador⁴⁵⁹, como o lucro.

O *interesse legítimo* pode surgir em decorrência de um *contrato*, cujo tratamento de dados, embora não seja necessário para fins de sua execução, possa ser relevante, ou então, em um contexto da *lei*, a qual, embora não se trate de uma obrigação específica, possa constituir em uma permissão⁴⁶⁰. A título de exemplo, é possível mencionar o empregador que responde objetivamente pelos atos de seus empregados, por força de lei (artigo 932, inciso III c.c artigo 933, ambos do Código Civil), de forma que constitui seu *interesse legítimo* monitorar as atividades de referidos empregados, respeitados os limites da privacidade e intimidade desses últimos.

Porém, esse *legítimo interesse* deverá ser harmonizado com os direitos do titular, além de respeitar os princípios da finalidade e adequação (artigo 6º, incisos I e II, LGPD), sob pena de abuso de direito.

Assim, para incidir a base legal do *legítimo interesse*, se faz necessário equilibrar, de um lado, os *interesses legítimos do controlador* ou de *terceiros* com quem se faz uso

⁴⁵⁹ Grupo de Trabalho do Artigo 29º para a Proteção de Dados. Parecer 06/2014 sobre o conceito de interesses legítimos do responsável pelo tratamento dos dados na aceção do artigo 7.º da Diretiva 95/46/CE. Adotado em 09.04.2014. Disponível em: https://www.uc.pt/protecao-de-dados/suporte/20140409_wp_217_partecer_2_2014_conceito_interesses_legitimos_resp_trat_diretiva_95 Acesso em: 28 dez. 2021. p. 37/38.

⁴⁶⁰ Grupo de Trabalho do Artigo 29º para a Proteção de Dados. Parecer 06/2014 sobre o conceito de interesses legítimos do responsável pelo tratamento dos dados na aceção do artigo 7.º da Diretiva 95/46/CE. Adotado em 09.04.2014. Disponível em: https://www.uc.pt/protecao-de-dados/suporte/20140409_wp_217_partecer_2_2014_conceito_interesses_legitimos_resp_trat_diretiva_95 Acesso em: 28 dez. 2021. p. 55.

compartilhado dos dados pessoais ou que sejam beneficiados pelo tratamento, e de outro, com os *interesses ou direitos fundamentais do titular cujos dados estão sendo tratados*.

Um interesse legítimo deve: (i) ser lícito (ou seja, deve respeitar o direito nacional aplicável); (ii) ser definido de forma suficientemente clara para permitir a realização do teste da ponderação em relação aos interesses e aos direitos fundamentais da pessoa em causa (ou seja, deve ser suficientemente específico); e (iii) representar um interesse real e atual (ou seja, não deve ser especulativo).⁴⁶¹

Por isso, a doutrina recomenda a realização de um teste em 3 (três) etapas para verificação da possibilidade de uso da base legal do legítimo interesse:

Ao decidir utilizar o legítimo interesse como base legal de tratamento, o controlador deve efetuar um teste com três etapas:

- (i) teste da finalidade: identificação de qual é o interesse legítimo e se esse interesse legítimo é próprio ou de terceiros;
- (ii) teste da necessidade: demonstração de que o tratamento dos dados pessoais (*sic*) é necessário para alcançar esse interesse legítimo; e
- (iii) teste da proporcionalidade: balanceamento desse interesse legítimo com os direitos e as liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais.⁴⁶²

O referido teste da ponderação passa, portanto, pelos seguintes fatores: (i) a natureza e a origem do interesse legítimo; (ii) o impacto nas pessoas em causa; e (iii) as garantias complementares para evitar um impacto indevido nas pessoas em causa.⁴⁶³

⁴⁶¹ Grupo de Trabalho do Artigo 29º para a Proteção de Dados. Parecer 06/2014 sobre o conceito de interesses legítimos do responsável pelo tratamento dos dados na aceção do artigo 7.º da Diretiva 95/46/CE. Adotado em 09.04.2014. Disponível em: https://www.uc.pt/protecao-de-dados/suporte/20140409_wp_217_partecer_2_2014_conceito_interesses_legitimos_resp_trat_diretiva_95 Acesso em: 28 dez. 2021. p. 40.

⁴⁶² LEONARDI, Marcel. Principais Bases Legais de Tratamento de Dados Pessoais no Setor Privado. *In*: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de; MACIEL, Renata (Coords.). **Direito & Internet IV: Sistema de Proteção de Dados Pessoais**. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 325.

⁴⁶³ Grupo de Trabalho do Artigo 29º para a Proteção de Dados. Parecer 06/2014 sobre o conceito de interesses legítimos do responsável pelo tratamento dos dados na aceção do artigo 7.º da Diretiva 95/46/CE. Adotado em 09.04.2014. Disponível em: https://www.uc.pt/protecao-de-dados/suporte/20140409_wp_217_partecer_2_2014_conceito_interesses_legitimos_resp_trat_diretiva_95 Acesso em: 28 dez. 2021. p. 80/81.

A base legal dos *interesses legítimos* do controlador ou de terceiro, prevista no artigo 7º, inciso IX, da LGPD, é, certamente, a mais flexível, justamente por seu conceito aberto que pode conferir uma interpretação mais ampla da licitude do tratamento.

A LGPD previu, no artigo 10, um rol meramente exemplificativo de causas que revelam o legítimo interesse:

Art. 10. O legítimo interesse do controlador somente poderá fundamentar tratamento de dados pessoais para finalidades legítimas, consideradas a partir de situações concretas, que incluem, mas não se limitam a:

I - apoio e promoção de atividades do controlador; e

II - proteção, em relação ao titular, do exercício regular de seus direitos ou prestação de serviços que o beneficiem, respeitadas as legítimas expectativas dele e os direitos e liberdades fundamentais, nos termos desta Lei.

§ 1º Quando o tratamento for baseado no legítimo interesse do controlador, somente os dados pessoais estritamente necessários para a finalidade pretendida poderão ser tratados.

§ 2º O controlador deverá adotar medidas para garantir a transparência do tratamento de dados baseado em seu legítimo interesse.

§ 3º A autoridade nacional poderá solicitar ao controlador relatório de impacto à proteção de dados pessoais, quando o tratamento tiver como fundamento seu interesse legítimo, observados os segredos comercial e industrial.

Referido teste de balanceamento também é mencionado pelo Grupo de Trabalho do Artigo 29º - GT 29⁴⁶⁴:

(i) a relação entre o teste da ponderação, a transparência e o princípio da responsabilidade, (ii) o direito da pessoa em causa de se opor ao tratamento e, para além da oposição, a possibilidade de optar por não permitir o tratamento sem que seja necessária qualquer justificação, e (iii) a capacitação das pessoas em causa: a portabilidade dos dados e a existência de mecanismos viáveis que permitam à pessoa em causa aceder, alterar, eliminar, transferir ou de outro modo proceder (ou autorizar que terceiros procedam) ao tratamento posterior dos seus próprios dados.⁴⁶⁵

⁴⁶⁴ O Grupo de Trabalho do Artigo 29.º (GT Art. 29.º) é o grupo de trabalho europeu independente que lidou com as questões relacionadas com a proteção de dados pessoais e da privacidade até 25 de maio de 2018 (data de aplicação do RGPD) – Disponível em: https://edpb.europa.eu/about-edpb/more-about-edpb/article-29-working-party_pt - Acesso em: 22 dez 2021.

⁴⁶⁵ GRUPO DE TRABALHO DO ARTIGO 29º PARA A PROTEÇÃO DE DADOS. Parecer 06/2014 sobre o conceito de interesses legítimos do responsável pelo tratamento dos dados na aceção do artigo 7.º da Diretiva 95/46/CE. Adotado em 09.04.2014. Disponível em: https://www.uc.pt/protecao-de-dados/suporte/20140409_wp_217_partecer_2_2014_conceito_interesses_legitimos_resp_trat_diretiva_95 Acesso em: 28 dez. 2021. p. 52.

Contudo, essa base legal apenas poderá legitimar tratamentos de dados pessoais que não violem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais.

Consequentemente, a escolha desta base legal para fundamentar o tratamento também pode elevar o grau de risco para o agente de tratamento, especialmente por poder ser objeto de revisão da Autoridade Nacional de Proteção de Dados – ANPD, consoante artigo 10, §3º, da LGPD.

A atividade de tratamento de dados pessoais poderá ser fundamentada em legítimo interesse, desde que respeitado o teste de proporcionalidade retro, quando estiver relacionada a prevenção e combate a fraudes; monitoramento de sistemas e de ambiente por câmeras para fins de segurança; realização de sindicâncias e investigações corporativas; procedimentos de segurança física, da informação e das redes; procedimentos de auditoria; atividades de inteligência artificial e Internet das Coisas (IoT); compra e enriquecimento de base de dados para conferência de autenticidade; prospecção de novos clientes; *marketing* direto e publicidade de produtos e serviços; avaliações de colaboradores; criação e avaliação de perfis comportamentais; compartilhamento de dados pessoais de clientes e empregados entre empresas do mesmo grupo para fins administrativos internos⁴⁶⁶; pesquisa e desenvolvimento por empresas que não enquadram no conceito de órgão de pesquisa; guarda de registros eletrônicos por prazo superior ao previsto no *caput* dos artigos 13 e 15, da Lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet), assim como a guarda de outros documentos; contatos para fins beneficentes; concessão de cupons de descontos a clientes; cumprimento de leis estrangeiras; tratamento de dados tornados públicos pelo titular; dentre outras.

⁴⁶⁶ PINHEIRO, Alexandre Sousa (Coord.); COELHO, Cristina Pimenta; GONÇALVES, Carlos Jorge; GONÇALVES, Catarina Pina. Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados. Coimbra: Almedina, 2018. p. 221.

3.3.5. Execução do Contrato ou de Procedimentos Preliminares relacionados a Contrato do qual seja parte o Titular como Excludente de Antijuridicidade ou Ilicitude (artigo 7º, inciso V, da LGPD)

O tratamento de dados pessoais poderá ocorrer em relação a providências necessárias para que o contrato seja celebrado com o titular (procedimentos preliminares), assim como para o cumprimento de obrigações contratuais (execução do contrato).

Nesses casos, a LGPD previu que é lícita qualquer operação com os dados pessoais que cumpra a finalidade pela qual as partes pactuaram ou cujos procedimentos antecedentes sejam condizentes com o pacto que se almeja celebrar.

Em relação ao tratamento de dados baseado na *execução de contrato* ou *procedimentos preliminares*, pode-se dizer que “o tratamento de dados pessoais consubstancia, neste caso, uma consequência indireta da tomada de decisão livre e consciente por parte do titular”⁴⁶⁷.

Conforme consta do texto da LGPD, é necessário que o titular seja parte do contrato que fundamenta o tratamento, afinal, vigora no direito privado o *princípio da relatividade dos efeitos contratuais*, pelo qual se impede que terceiro que não faz parte do negócio jurídico seja impactado pelos efeitos contratuais, ou seja, “o contrato é *res inter alios acta, aliis neque nocet neque prodest*, o que significa que seus efeitos se produzem exclusivamente entre as partes, não aproveitando nem prejudicando a terceiros.”⁴⁶⁸

Embora referido princípio estabeleça que a “força vinculante dos contratos restringe-se às partes”⁴⁶⁹, não se trata de regra absoluta, pois como ensina Orlando Gomes, de forma

⁴⁶⁷ CORDEIRO, A. Barreto Menezes. **Direito da Proteção de Dados: à luz do RGPD e da Lei nº 58/2019.** Coimbra: Almedina, 2020. p. 207.

⁴⁶⁸ GOMES, Orlando. Contratos. p. 37.

⁴⁶⁹ GOMES, Orlando. Contratos. p. 159.

excepcional, o contrato pode influir em pessoas que não o estipularam, como é o caso da *estipulação em favor de terceiros*⁴⁷⁰.

Contudo, para fins da base legal em questão, necessário que o titular seja parte no contrato que fundamentará o tratamento de seus dados, visto que se for apenas beneficiário ou parte impactada pelo tratamento previsto no contrato, do qual não faça parte, outra base legal possivelmente deverá ser utilizada (consentimento, legítimo interesse ou tutela da saúde, por exemplo).

O contrato com o titular poderá ter por base obrigações de *dar, fazer, ou não fazer*, pelas quais seja necessário o tratamento de seus dados pessoais. A compra de um bem de consumo pelo comércio eletrônico torna necessário o fornecimento do endereço de entrega, caso o titular do referido dado pessoal queira recebê-lo em sua residência, assim como o processamento de dados do cartão de crédito⁴⁷¹, se essa for a hipótese de pagamento escolhida. Assim, dispensável o consentimento, visto que, para a execução do contrato, ou seja, para a satisfação da prestação, necessária a indicação do endereço.

A contratação de advogado para prestação serviços jurídicos consistentes na propositura de ação, culminará na revelação de dados pessoais no processo judicial, o que é próprio da base legal de execução do contrato, afinal, sem isso, o advogado não poderá cumprir a obrigação de fazer pela qual foi contratado.

⁴⁷⁰ Segundo Orlando Gomes: “A estipulação em favor de terceiro opõe-se de frente à regra do Direito Romano segundo a qual *alteri stipulari nemo potest*. A possibilidade de estipular para outrem foi, entretanto, admitida, configurando-se em vários contratos como os de seguro de vida; constituição de renda, e transporte de objetos para terceiros destinatários, e exercendo, no comércio jurídico, importante função prática. Os códigos modernos disciplinam-na. Não obstante, sua natureza é ainda objeto de controvérsias, propondo-se várias teorias a explicá-la. A tendência dominante é no sentido de qualificá-la como contrato. Daí a denominação perfeita da doutrina italiana de contrato a favor de terceiro. A estipulação em favor de terceiro é, realmente, o contrato por via do qual uma das partes se obriga a atribuir vantagem patrimonial gratuita a pessoa estranha à formação do vínculo contratual.” (GOMES, Orlando. Contratos. p. 159).

⁴⁷¹ GRUPO DE TRABALHO DO ARTIGO 29º PARA A PROTEÇÃO DE DADOS. Parecer 06/2014 sobre o conceito de interesses legítimos do responsável pelo tratamento dos dados na aceção do artigo 7.º da Diretiva 95/46/CE. Adotado em 09.04.2014. Disponível em: https://www.uc.pt/protecao-de-dados/suporte/20140409_wp_217_partecer_2_2014_conceito_interesses_legitimos_resp_trat_diretiva_95 Acesso em: 28 dez. 2021. p. 26.

Do mesmo modo, no âmbito das relações de trabalho e da prestação de serviços, é possível afirmar que muitos dos tratamentos de dados do titular são parte do objeto ou da execução do contrato.

Depreende-se do §1º, do artigo 41, da LGPD, que *a identidade e as informações de contato do encarregado deverão ser divulgadas publicamente, de forma clara e objetiva, preferencialmente no sítio eletrônico do controlador*. Assim, para a execução do contrato de trabalho ou de prestação de serviços para o cargo de encarregado, o famoso *DPO (Data Protection Officer)*, será necessário o tratamento de seus dados pessoais, não só na forma descrita no artigo 41, §1º, da LGPD, mas também perante a ANPD, contratos, políticas e outros canais de contato do controlador, podendo ser fundamentados referidos tratamentos na base legal de execução de contrato.

Do mesmo modo, ocorrerá em relação a engenheiros cujos dados precisam ser vinculados a uma obra, do responsável técnico que precisa constar em uma bula de medicamento, do farmacêutico que tem seus dados exibidos na farmácia, do fornecimento de dados a terceiros quando o colaborador sabe que foi contratado para atividades de terceirização (quando o empregado é alocado dentro de um cliente, por exemplo) etc.

Igualmente, ainda no contexto das relações de trabalho, a coleta de dados de conta bancária para realização do pagamento será fruto da execução de um contrato, afinal, o pagamento é contraprestação pela prestação de serviços pelo titular.

Além disso, alguns contratos poderão ser precedidos de *procedimentos preliminares* que também tornem necessário o tratamento de dados pessoais, como acontece, por exemplo, nos contratos de compra e venda em que serão consultadas eventuais restrições em relação ao vendedor e comprador. No âmbito dos seguros, alguns procedimentos preliminares se justificarão para conhecimento do risco.⁴⁷²

⁴⁷² CNSEG - Confederação Nacional das Empresas de Seguros Gerais, Previdência Privada e Vida, Saúde Suplementar e Capitalização. Guia de Boas Práticas do Mercado Segurador Brasileiro sobre a Proteção de Dados Pessoais. Disponível em: http://cnseg.org.br/data/files/AF/63/3B/7E/B8B6F610373532F63A8AA8A8/GBPMS_ONLINE_ok.pdf. Acesso em: 26 dez. 2021. p. 26.

Contudo, a utilização dessa base legal deve ser feita de maneira restrita, isto é, mister que o tratamento de dados pessoais seja realmente necessário à execução do contrato. O Parecer do GT Art. 29.º explica que a base legal de execução do contrato “não constitui um fundamento jurídico adequado para construir um perfil dos gostos e do estilo de vida do utilizador com base na sequência de cliques num sítio Web e nos bens adquiridos”⁴⁷³. Isso porque o objeto do contrato em questão não é a “elaboração de perfil do usuário”, mas sim a “entrega de bens e serviços” e conclui que mesmo que “que essas atividades de tratamento estejam especificamente referidas no texto em caracteres reduzidos do contrato, este facto, por si só, não as torna «necessárias» para a execução do contrato”⁴⁷⁴.

A base legal de *execução do contrato ou de procedimentos preliminares* não foi reproduzida no artigo 11, da LGPD, o qual contempla os fundamentos de licitude para tratamento de dados pessoais sensíveis. Contudo, no artigo 11, inciso II, alínea “d”, é mencionado que o tratamento de dados pessoais sensíveis indispensáveis para exercício regular de direitos, inclusive em contrato, é autorizado. Nesse sentido, o contrato seria a fonte de direitos para as partes, de forma que, se para viabilizá-los for necessário o tratamento de dados pessoais sensíveis, dispensável seria o consentimento, frente a existência dessa hipótese autorizadora.

A título de exemplo é possível mencionar contratos envolvendo o seguro saúde ou seguro de vida, os quais tornam necessário o tratamento de dados pessoais sensíveis para cumprimento de obrigações contratuais como o reembolso de despesas médicas e o pagamento de indenizações por algum tipo de doença ou invalidez⁴⁷⁵. Igualmente, o controlador tem

⁴⁷³ GRUPO DE TRABALHO DO ARTIGO 29º PARA A PROTEÇÃO DE DADOS. Parecer 06/2014 sobre o conceito de interesses legítimos do responsável pelo tratamento dos dados na aceção do artigo 7.º da Diretiva 95/46/CE. Adotado em 09.04.2014. Disponível em: https://www.uc.pt/protecao-de-dados/suporte/20140409_wp_217_partecer_2_2014_conceito_interesses_legitimos_resp_trat_diretiva_95 Acesso em: 28 dez. 2021. p. 26.

⁴⁷⁴ GRUPO DE TRABALHO DO ARTIGO 29º PARA A PROTEÇÃO DE DADOS. Parecer 06/2014 sobre o conceito de interesses legítimos do responsável pelo tratamento dos dados na aceção do artigo 7.º da Diretiva 95/46/CE. Adotado em 09.04.2014. Disponível em: https://www.uc.pt/protecao-de-dados/suporte/20140409_wp_217_partecer_2_2014_conceito_interesses_legitimos_resp_trat_diretiva_95 Acesso em: 28 dez. 2021. p. 26.

⁴⁷⁵ CNSEG - Confederação Nacional das Empresas de Seguros Gerais, Previdência Privada e Vida, Saúde Suplementar e Capitalização. Guia de Boas Práticas do Mercado Segurador Brasileiro sobre a Proteção de Dados Pessoais. Disponível em:

direito a adotar procedimentos para combate a fraudes, muito comuns em contratos de seguro, o que pode tornar necessário o tratamento de dados pessoais sensíveis⁴⁷⁶. Como a base legal de legítimo interesse não é aplicável aos dados pessoais sensíveis, assim como que a hipótese prevista na alínea g, do inciso II, do artigo 11, da LGPD, pode não se enquadrar tão perfeitamente para fundamentar alguns tratamentos, como os mencionado retro, assegurado ao controlador fundamentar o tratamento de dados pessoais sensíveis no exercício de direito com base em disposições contratuais, conforme hipótese do artigo 11, inciso II, alínea “d”, da LGPD.

De igual modo, se um titular solicitar uma proposta de serviços, como para fins de um seguro de automóvel, a empresa fornecedora poderá tratar os dados necessários para preparar a referida proposta, como, por exemplo, obtendo dados do veículo, nome, idade do condutor etc.⁴⁷⁷

Entretanto, a LGPD proíbe, expressamente, que operadoras de planos privados de assistência à saúde realizem o tratamento de dados de saúde (os quais são dados pessoais sensíveis) para a prática de seleção de riscos na contratação de qualquer modalidade, assim como na contratação e exclusão de beneficiários (artigo 11, §5º, LGPD). Referida proibição

http://cnseg.org.br/data/files/AF/63/3B/7E/B8B6F610373532F63A8AA8A8/GBPMS_ONLINE_ok.pdf. Acesso em: 26 dez. 2021. p. 31.

⁴⁷⁶ CNSEG - Confederação Nacional das Empresas de Seguros Gerais, Previdência Privada e Vida, Saúde Suplementar e Capitalização. Guia de Boas Práticas do Mercado Segurador Brasileiro sobre a Proteção de Dados Pessoais. Disponível em: http://cnseg.org.br/data/files/AF/63/3B/7E/B8B6F610373532F63A8AA8A8/GBPMS_ONLINE_ok.pdf. Acesso em: 26 dez. 2021. p. 32.

⁴⁷⁷ GRUPO DE TRABALHO DO ARTIGO 29º PARA A PROTEÇÃO DE DADOS. Parecer 06/2014 sobre o conceito de interesses legítimos do responsável pelo tratamento dos dados na aceção do artigo 7.º da Diretiva 95/46/CE. Adotado em 09.04.2014. Disponível em: https://www.uc.pt/protecao-de-dados/suporte/20140409_wp_217_partecer_2_2014_conceito_interesses_legitimos_resp_trat_diretiva_95 Acesso em: 28 dez. 2021. p. 28.

também advinha da Resolução Normativa n. 195/2009 – ANS⁴⁷⁸, especificamente na subseção I, nominada de “Proibição de Seleção de Riscos”, no artigo 16⁴⁷⁹.

3.3.6. Execução de Políticas Públicas pela Administração Pública como Excludente de Antijuridicidade ou Ilicitude (artigo 7º, inciso III e artigo 11, inciso II, alínea “b”, ambos da LGPD)

A LGPD incide sobre o tratamento de dados pessoais realizado pelo Poder Público (artigo 1º), o que é uma vitória aos cidadãos, considerando o volume e relevância dos dados tratados nesse âmbito.

O Capítulo IV da LGPD irá trazer regras e responsabilidade de maneira destacada ao Poder Público, cujo tratamento de dados, inclusive no tocante ao compartilhamento, deverá estar sustentado em uma base legal, além de estar em consonância com os princípios legais e os direitos do titular, assim como ser realizado para o atendimento de sua finalidade pública, na persecução do interesse público, com o objetivo de executar as competências legais ou cumprir as atribuições legais do serviço público.

A base legal de *execução de políticas públicas* é dedicada à *administração pública*, razão pela qual fundamental entender o alcance destes institutos.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro explica que o vocábulo *administração pública*, comumente, está relacionado aos seguintes sentidos:

⁴⁷⁸ Dispõe sobre a classificação e características dos planos privados de assistência à saúde, regulamenta a sua contratação, institui a orientação para contratação de planos privados de assistência à saúde e dá outras providências.

⁴⁷⁹ “Art. 16 Para vínculo de beneficiários aos planos privados de assistência à saúde coletivos por adesão ou empresarial não serão permitidas quaisquer outras exigências que não as necessárias para ingressar na pessoa jurídica contratante.” Disponível em: <https://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MTQ1OA==> - Acesso em: 26 dez. 2021.

- a) em sentido subjetivo, formal ou orgânico, ela designa os entes que exercem a atividade administrativa; compreende pessoas jurídicas, órgãos e agentes públicos incumbidos de exercer uma das funções em que se triparte a atividade estatal: a função administrativa;
- b) em sentido objetivo, material ou funcional, ela designa a natureza da atividade exercida pelos referidos entes; nesse sentido, a Administração Pública é a própria função administrativa que incumbe, predominantemente, ao Poder Executivo.⁴⁸⁰

A *administração pública* abrange o (i) *fomento*, consistente no incentivo à iniciativa privada de utilidade pública, por meio de financiamentos, auxílios, favores fiscais e desapropriações; (ii) a *polícia administrativa* que compreende as atividades de execução de limitações administrativas impostas por lei ao exercício de direitos pelos particulares, como ordens, notificações, licenças, autorizações, fiscalização e sanções; e o (iii) *serviço público* consistente em toda atividade executada pela administração pública, de forma direta ou indireta, para satisfazer as necessidades coletivas, como aqueles previstos no artigo 21, da Constituição Federal e, ainda, os de natureza social como saúde, educação, dentre outros.⁴⁸¹

As empresas públicas e as sociedades de economia mista que atuam em regime de concorrência, sujeitas ao disposto no artigo 173 da Constituição Federal⁴⁸², terão o mesmo tratamento dispensado às pessoas jurídicas de direito privado particulares, nos termos da LGPD. Ao passo que as empresas públicas e as sociedades de economia mista, quando estiverem operacionalizando *políticas públicas* e no âmbito da execução delas, terão o mesmo tratamento dispensado aos órgãos e às entidades do Poder Público, nos termos dos artigos 23 a 30, da LGPD.

O Poder Público deve atuar nos limites da legalidade, ou seja, seu agir deve estar fundamentado no que dispõe a lei, a qual lhe confere atribuições para viabilizar o bem comum. Nesse sentido, *políticas públicas* são, portanto, “metas e instrumentos de ação que o Poder

⁴⁸⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 34. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2021. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530993351/>. Acesso em: 19 dez. 2021. p. 94.

⁴⁸¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 34. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2021. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530993351/>. Acesso em: 19 dez. 2021. p. 98/99.

⁴⁸² Constituição Federal “Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. (...)”

Público define para a consecução de interesses públicos que lhe incumbe proteger.”⁴⁸³ As políticas públicas podem adotar diferentes formas, como:

1. Política social: saúde, educação, habitação, previdência social.
2. Política macroeconômica: fiscal, monetária, cambial, industrial.
3. Política administrativa: democracia, descentralização, participação social.
4. Política específica ou setorial: meio ambiente, cultura, agrária, direitos humanos etc..⁴⁸⁴

O Estado é responsável por zelar pelos direitos e interesses da coletividade. Às vezes, a lei será expressa sobre o instrumento adequado à execução das políticas públicas, como quando prevê a desapropriação para fins de garantir o princípio da função social da propriedade. Contudo, existem normas que são programáticas e que, portanto, dependem de leis e medidas administrativas para serem concretizadas⁴⁸⁵.

Conforme exposto no primeiro capítulo, a proteção de dados pessoais assumiu o papel de direito fundamental, o que converge para mais uma importante meta que precisará ensejar políticas públicas que lhe sejam viabilizadoras.

Competirá ao Legislativo disciplinar as metas que se apresentam de forma genérica no ordenamento jurídico emanadas, especialmente, da Constituição Federal, e ao Judiciário realizar o controle da constitucionalidade e da legalidade de atos administrativos.⁴⁸⁶

⁴⁸³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 34. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2021. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530993351/>. Acesso em: 19 dez. 2021. p. 931.

⁴⁸⁴ DIAS, Reinaldo; MATOS, Fernanda. *Políticas públicas: princípios, propósitos e processos*. São Paulo: Atlas, 2012. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522484478/>. Acesso em: 20 dez. 2021. p. 17.

⁴⁸⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 34. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2021. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530993351/>. Acesso em: 19 dez. 2021. p. 932.

⁴⁸⁶ “Rigorosamente, diante da distribuição constitucional de competências entre os três Poderes do Estado, pode-se afirmar que as políticas públicas são definidas pelo legislador e executadas pelo Executivo. Nenhuma atribuição é outorgada ao Poder Judiciário para a definição ou implementação de políticas públicas, sendo o seu papel o de controlador da constitucionalidade das leis e legalidade dos atos administrativos pertinentes às políticas públicas, inclusive no que diz respeito às omissões antijurídicas.” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 34. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2021. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530993351/>. Acesso em: 19 dez. 2021. p. 94).

É cada vez mais comum e necessário o tratamento de dados pessoais para a execução de políticas públicas, afinal, vivemos na era digital.

A Lei nº 14.129/21, que dispõe sobre princípios, regras e instrumentos para o Governo Digital e para o aumento da eficiência pública, impõe inúmeras metas à administração pública voltadas à aceleração digital, merecendo destaque os seguintes princípios vetores: (i) desburocratização, a modernização, o fortalecimento e a simplificação da relação do poder público com a sociedade, mediante serviços digitais, acessíveis inclusive por dispositivos móveis; (ii) disponibilização em plataforma única do acesso às informações e aos serviços públicos; (iii) acessar serviços públicos por meio digital; (iv) compartilhamento de dados pessoais em ambiente seguro quando for indispensável para a prestação do serviço; (v) interoperabilidade de sistemas e a promoção de dados abertos; (vi) a proteção de dados pessoais; (vii) ações educativas para qualificação dos servidores públicos para o uso das tecnologias digitais e para a inclusão digital da população; (viii) apoio técnico aos entes federados para implantação e adoção de estratégias que visem à transformação digital da administração pública; (ix) apoio técnico aos entes federados para implantação e adoção de estratégias que visem à transformação digital da administração pública; (x) o estímulo ao uso das assinaturas eletrônicas; (xi) promoção do desenvolvimento tecnológico e da inovação no setor público; dentre outros.

A transformação digital, enquanto política pública, exigirá intensivo tratamento de dados pessoais, o qual deverá estar em harmonia com LGPD e poderá estar fundamentado na base legal em testilha.

Em verdade, o tratamento de dados pessoais passou a ser mandatório para o acesso a serviços públicos, concessão de benefícios, conferência de autenticidade e, até mesmo, em medidas mais polêmicas voltadas à saúde pública, especialmente no contexto do combate ao coronavírus, seja pela discussão de viabilidade de análise de geolocalização para verificação de quem não respeitava as medidas obrigatórias de isolamento, no auge da epidemia, o que foi considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em julgamento histórico⁴⁸⁷, ou

⁴⁸⁷ STF, Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 6387, 6388, 6389, 6393, 6390.

ainda, como o “passaporte da vacina”, consistente em um documento com registro do comprovante da imunização pelo indivíduo, cujos dados são replicados em banco de dados público, sem o qual não se pode entrar em alguns locais, o qual tem sido exigido em alguns estados e países, até mesmo como medida de incentivo à população a buscar vacina.

O princípio da eficiência, de maneira geral, justifica o uso de dados pelo Estado, porém deve ser harmonizado com o princípio da estrita legalidade⁴⁸⁸, ou seja, “em nome da eficiência, nunca seria possível violar ou ampliar os limites impostos pela lei”⁴⁸⁹ como é o caso dos direitos fundamentais, nos quais se insere a proteção de dados.

Um ponto de atenção deverá ser o compartilhamento de dados pessoais pelo Poder Público. Tanto é assim que a LGPD o proíbe, via de regra, mas prevê hipóteses excepcionais e taxativas em que o compartilhamento será autorizado, oportunidade em que deve atender a finalidades específicas de execução de políticas públicas e atribuição legal pelos órgãos e pelas entidades públicas, respeitados os princípios de proteção de dados pessoais elencados no artigo 6º da LGPD, tudo nos exatos termos dos artigos 26 e 27, da LGPD.

A propósito, o Decreto nº 10.046/2019 dispõe sobre a governança no compartilhamento de dados no âmbito da administração pública federal e institui o Cadastro Base do Cidadão e o Comitê Central de Governança de Dados. Estão excluídos do âmbito de incidência dos efeitos do decreto os dados protegidos por sigilo fiscal sob gestão da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil do Ministério da Economia. No artigo 4º, é categorizado o compartilhamento em (i) *amplo*, quando se tratar de dados públicos que não estão sujeitos a nenhuma restrição de acesso, cuja divulgação deve ser pública e garantida a qualquer interessado, na forma da legislação; (ii) *restrito*, quando se tratar de dados protegidos por

⁴⁸⁸ DONEDA, Danilo; GOULART, Guilherme Damásio. Interconexão de bancos de dados governamentais e a garantia da privacidade e proteção de dados pessoais sob a perspectiva do Decreto n. 10.046/2019. p. 326-353. In MENDES, Laura. Schertel; ALVES, Sérgio Garcia; DONEDA, Danilo (Coord.). **Internet & Regulação**. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. (Série IDP – Linha Pesquisa Acadêmica): Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555592160/>. Acesso em: 19 dez. 2021. p. 332.

⁴⁸⁹ DONEDA, Danilo; GOULART, Guilherme Damásio. Interconexão de bancos de dados governamentais e a garantia da privacidade e proteção de dados pessoais sob a perspectiva do Decreto n. 10.046/2019. p. 326-353. In MENDES, Laura. Schertel; ALVES, Sérgio Garcia; DONEDA, Danilo (Coord.). **Internet & Regulação**. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. (Série IDP – Linha Pesquisa Acadêmica). p. 332.

sigilo, nos termos da legislação, com concessão de acesso a todos os órgãos e as entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional e os demais Poderes da União para a execução de políticas públicas, cujo mecanismo de compartilhamento e regras sejam simplificados e estabelecidos pelo Comitê Central de Governança de Dados; e (iii) *específico*, quando se tratar de dados protegidos por sigilo, nos termos da legislação, com concessão de acesso a órgãos e entidades específicos, nas hipóteses e para os fins previstos em lei, cujo compartilhamento e regras sejam definidos pelo gestor de dados.

Sobre o compartilhamento de dados, a doutrina traz a seguinte boa prática:

No que concerne ao Portal Transparência, uma boa prática de alinhar o disposto na LGPD à Lei de Acesso à Informação (LAI – Lei nº 12.527/11), que tem sido observada, é a divulgação dos salários conforme o cargo, apenas sem citar o nome do servidor, e, para os casos em que for necessário o nome do servidor, solicitar o nome e o CPF do requerente. Nesses casos, contudo, é importante informar que a finalidade da coleta é para a segurança do servidor (titular do dado que está sendo requerido), bem como informar onde esse dado ficará arquivado, por quanto tempo e quem terá acesso ao mesmo.⁴⁹⁰

Assim, a execução de políticas públicas, além de respeitar os tradicionais princípios da *legalidade*, da *impeccabilidade*, da *moralidade administrativa*, da *publicidade* e *eficiência* (conforme *caput* do artigo 37, da Constituição) deverá respeitar os princípios voltados à proteção de dados pessoais (artigo 6º, da LGPD), assim como direitos dos titulares, os quais podem se opor ao tratamento realizado com dispensa de consentimento, em caso de descumprimento ao disposto na LGPD, sem prejuízo do controle da legalidade dos atos administrativos pertinentes às políticas públicas pelo Poder Judiciário.

De qualquer forma, o tratamento de dados pessoais, inclusive de natureza sensível, com o fim de *execução de políticas públicas* pela *administração pública* (municipal, estadual ou federal), com base nas normas que lhe são aplicáveis e para fins de satisfação dos direitos em prol do interesse público, revela-se lícito e, portanto, em regra, não viola a legislação de proteção de dados.

⁴⁹⁰ SANTOS NETO, Arnaldo Bastos; Ishikawa, Lauro; Maciel, Moises. O Tratamento de Dados Pessoais pelo Poder Público e o Papel dos Tribunais de Contas. **Revista Direitos Culturais**, v. 16, n. 40, p. 163-177, 23 dez. 2021. Disponível em <https://doi.org/10.20912/rdc.v16i40.604>. Acesso em: 17 jan. 22. p. 173.

3.3.7. Realização de Estudos por Órgão de Pesquisa como Excludente de Antijuridicidade ou Ilicitude (artigo 7º, inciso IV e artigo 11, inciso II, alínea “c”, ambos da LGPD)

Indiscutivelmente, a pesquisa é a base para o desenvolvimento de uma sociedade e deve ser fomentada. Geralmente, tem forte ligação com as atividades acadêmicas, muito embora possa ser realizada em outros contextos, como ocorre em relação aos censos.

Contudo, é preciso assegurar o cumprimento de princípios éticos e legais no âmbito da pesquisa, inclusive em termos de tratamento de dados pessoais. Afinal, o início da preocupação com a proteção de dados se deu no contexto da realização de um censo com a população alemã, a qual desconhecia as reais intenções do Estado para referida pesquisa, oportunidade em que se começou a emergir a necessária proteção do princípio da *autodeterminação informativa*, o qual está previsto expressamente na LGPD (artigo 2º, inciso II).

Mais recentemente, vale mencionar o próprio escândalo do *Cambridge Analytica*, o qual fomentou a aprovação da LGPD e se iniciou em um contexto de pesquisa privada com mapeamento de perfis de indivíduos (*profiling*), os quais, posteriormente, foram retirados de seu contexto original para utilização com fins eleitorais.

Embora a LGPD não se aplique ao tratamento de dados pessoais realizado para fins exclusivamente *acadêmicos*, conforme artigo 4º, inciso II, alínea “b”, da LGPD, referido dispositivo faz menção expressa de que se aplica a essa hipótese os artigos 7º e 11, o que leva a entender que embora os agentes de tratamento que realizem atividades exclusivamente acadêmicas não estejam sujeitos à completude das obrigações previstas no novel diploma, precisam fundamentar o tratamento de dados que realizam em uma base legal, além de velarem pela segurança, como é mencionado em algumas passagens do texto legal, no contexto das pesquisas (vide *caput* do artigo 13 e §2º⁴⁹¹, LGPD).

⁴⁹¹ Art. 13. Na realização de estudos em saúde pública, os órgãos de pesquisa poderão ter acesso a bases de dados pessoais, que serão tratados exclusivamente dentro do órgão e estritamente para a finalidade de realização de estudos e pesquisas e mantidos em ambiente controlado e seguro, conforme práticas de segurança previstas em regulamento específico e que incluam, sempre que possível, a anonimização ou pseudonimização dos dados, bem

As *atividades acadêmicas*, por sua vez, se relacionam com as atribuições dirigidas para o *desenvolvimento do ensino, aprendizado e pesquisa*, tanto no âmbito escolar quanto no âmbito universitário, cuja autonomia e liberdade são asseguradas constitucionalmente⁴⁹². Igualmente, tais atividades são de interesse primordial do Estado, que tem o dever de incentivar, promover e apoiar o “desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação.”⁴⁹³

A LGPD, ao abordar o tratamento de dados para fins de pesquisa, faz menção à necessidade de garantir, sempre que possível, a *anonimização*⁴⁹⁴ e *pseudonimização*⁴⁹⁵ (vide artigo 7º, inciso IV; artigo 11, inciso II, alínea “c”; artigo 13; artigo 16, inciso II, todos da LGPD). Aliás, nesse aspecto, importante reiterar que os *dados anonimizados*⁴⁹⁶ não serão considerados dados pessoais para fins da LGPD (artigo 12). Todavia, poderão ser considerados como dados pessoais aqueles utilizados para formação do *perfil comportamental* de determinada pessoa natural, se identificada (artigo 12, §2º).

como considerem os devidos padrões éticos relacionados a estudos e pesquisas. (...) § 2º O órgão de pesquisa será o responsável pela segurança da informação prevista no caput deste artigo, não permitida, em circunstância alguma, a transferência dos dados a terceiro.”

⁴⁹² Constituição Federal: “Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: (...) II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber; (...) Art. 207. As universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão.”

⁴⁹³ Constituição Federal: Art. 218: Art. 218. O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação. § 1º A pesquisa científica básica e tecnológica receberá tratamento prioritário do Estado, tendo em vista o bem público e o progresso da ciência, tecnologia e inovação. § 2º A pesquisa tecnológica voltar-se-á preponderantemente para a solução dos problemas brasileiros e para o desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional. § 3º O Estado apoiará a formação de recursos humanos nas áreas de ciência, pesquisa, tecnologia e inovação, inclusive por meio do apoio às atividades de extensão tecnológica, e concederá aos que delas se ocupem meios e condições especiais de trabalho.

⁴⁹⁴ Nos termos do artigo 5º, inciso XI, da LGPD, a *anonimização* é 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.”

⁴⁹⁵ De acordo com o parágrafo 4º, do artigo 13, da LGPD, a pseudonimização “é o tratamento por meio do qual um dado perde a possibilidade de associação, direta ou indireta, a um indivíduo, sendo pelo uso de informação adicional mantida separadamente pelo controlador em ambiente controlado e seguro.”

⁴⁹⁶ Nos termos do artigo 5º, inciso III, da LGPD, o *dado anonimizado* é o “dado relativo a titular que não possa ser identificado, considerando a utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis na ocasião de seu tratamento.”

A pesquisa pode ser realizada no âmbito público ou privado, com ou sem fins econômicos. Contudo, se realizada com fins econômicos, a pesquisa não poderá ser sustentada na base legal do artigo 7º, inciso IV e artigo 11, inciso II, alínea “c”, ambos da LGPD.

Isso porque a LGPD, no artigo 5º, inciso XVIII, define *órgão de pesquisa* como:

órgão ou entidade da administração pública direta ou indireta ou pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos legalmente constituída sob as leis brasileiras, com sede e foro no País, que inclua em sua missão institucional ou em seu objetivo social ou estatutário a pesquisa básica ou aplicada de caráter histórico, científico, tecnológico ou estatístico.

Nesse sentido, a pesquisa e desenvolvimento que é realizada com fins lucrativos, para a criação de novos produtos, por exemplo, não se enquadra no conceito retro, porém isso não quer dizer que não poderá ser realizada, mas sim que terá que ser sustentada em outras bases legais, especialmente no *legítimo interesse*. O inciso I, do artigo 10, da LGPD, autoriza o tratamento de dados fundamentado na referida base legal, quando houver “apoio e promoção de atividades do controlador”.

De qualquer forma, salutar equilibrar, no âmbito da pesquisa, o interesse público e o particular:

(...) para a lei, as atividades de pesquisa são consideradas como um contexto específico de processamento de dados pessoais, que deve equilibrar os direitos individuais e a busca pelo interesse público a partir da aplicação de medidas técnicas e organizacionais suficientes e adequadas para garantir a proteção dos dados e o mínimo possível de processamento, possibilitando que sejam alcançados os objetivos das pesquisas, reduzindo os riscos relacionados a sua utilização. A despeito de prever a proibição geral do processamento de dados pessoais sensíveis, existem exceções para prática de cuidados de saúde, saúde pública e alguns setores de pesquisa em que o tratamento é autorizado sob condições específicas.⁴⁹⁷

As excludentes de antijuridicidade/ilicitude do tratamento de dados pessoais para fins de pesquisa aparecem em outros trechos da LGPD, como para autorizar a realização de estudos em saúde pública (artigo 13, LGPD), assim como para ressaltar as hipóteses legais

⁴⁹⁷ BARRETO, Mauricio L.; ALMEIDA, Bethânia; DONEDA, Danilo. Uso e Proteção de Dados Pessoais na Pesquisa Científica. p. 527-538. In: DONEDA, Danilo et. al. (Coord.) **Tratado de proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992200>. Acesso em: 20 dez. 2021. p. 533.

que obrigam à eliminação dos dados após o término do tratamento (artigo 16, inciso II, ambos da LGPD).

3.3.8. A Proteção da Vida ou da Incolumidade Física do Titular ou de Terceiro como Excludente de Antijuridicidade ou Ilicitude (artigo 7º, inciso VII e artigo 11, inciso II, alínea “e”, ambos da LGPD)

A LGPD autoriza o tratamento de dados pessoais e dados pessoais sensíveis para a *proteção da vida* ou da *incolumidade física* do titular.

O RGPD utiliza a expressão “interesse vital”. De acordo com o parecer do Grupo do Artigo 29º, referida base legal deve ter aplicação limitada e será utilizada se o “tratamento for necessário para proteger interesses vitais da pessoa em causa ou de uma outra pessoa se a pessoa em causa estiver física ou legalmente incapaz de dar o seu consentimento”⁴⁹⁸ e, ainda, complementa que esse fundamento está atrelado a “questões de vida ou morte ou, no mínimo, a ameaças que acarretam um risco de lesão ou de outros danos para a saúde da pessoa em causa”⁴⁹⁹. A título de exemplo, menciona o tratamento de dados de passageiros de uma companhia aérea quando tenha sido detectado um risco de doença epidemiológica ou um problema de segurança⁵⁰⁰.

De acordo com o Considerando 46, do RGPD, alguns tratamentos de dados pessoais podem se aplicar tanto para servir *importantes interesses públicos* como *interesses vitais do titular* dos dados, como se for necessário para fins humanitários, incluindo a monitorização de

⁴⁹⁸ Parecer do Grupo do Artigo 29º. Disponível em: https://www.uc.pt/protecao-de-dados/suporte/20140409_wp_217_partecer_2_2014_conceito_interesses_legitimos_resp_trat_diretiva_95 - Acesso em: 22 dez. 2021. p. 32.

⁴⁹⁹ *Ibidem*, p. 32.

⁵⁰⁰ *Ibidem*, p. 32.

epidemias e da sua propagação ou em situações de emergência humanitária, em especial em situações de catástrofe.⁵⁰¹

Igualmente, essa base legal poderia ser utilizada para fundamentar o tratamento de dados pessoais voltado à localização de pessoas desaparecidas, para contatar pessoas relacionadas a titulares que sofram acidentes, internações emergenciais em que o titular não possa realizar o preenchimento dos documentos necessários, dentre outras.

No contexto das medidas de enfrentamento do coronavírus, constatou-se diversas formas de tratamento de dados pessoais, como aferição de temperatura, realização de exames compulsórios, obtenção de informações sobre a contaminação de empregados infectados com o vírus, assim como sobre aqueles que se vacinaram e exigência de exibição de passaporte de vacina, o que também poderia ser sustentado nessa base legal, especialmente para proteção da vida de terceiros, no caso, outros colaboradores, clientes etc., muito embora, em alguns contextos, referido tratamento possa ser fruto de obrigações legais decorrentes de normas editadas nesse período da pandemia.

A Lei nº 13.979/2020, que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019, prevê no artigo 3º que, para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional, as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, entre outras, medidas como determinação de realização compulsória de: a) exames médicos; b) testes laboratoriais; c) coleta de amostras clínicas; d) vacinação e outras medidas profiláticas; ou e) tratamentos médicos específicos; assim como a realização de estudo ou investigação epidemiológica.

⁵⁰¹ Considerando 46. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0679>. Acesso em: 22 dez. 2021.

3.3.9. A Tutela da Saúde como Excludente de Antijuridicidade ou Ilicitude (artigo 7º, inciso VIII e artigo 11, inciso II, alínea “f”, ambos da LGPD)

O *direito à saúde* é assegurado a todos e é um dever do Estado, “garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” como está consagrado no artigo 196, da Constituição Federal. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada, nos termos do artigo 199, da Carta Magna.

No setor de saúde, o tratamento de dados pessoais e dados pessoais sensíveis é intenso, em hospitais, clínicas médicas e laboratórios, como aquele realizado em questionários prévios à realização de exames, os próprios exames em si, análises de dados genéticos, registro do tratamento em prontuários médicos, anotações de profissionais sobre consultas e terapias, prescrição de medicamentos, dentre outros.

Com efeito, reconhecendo a relevância do referido direito, a LGPD também prevê a licitude do tratamento de dados pessoais e dados pessoais sensíveis para a tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por *profissionais de saúde, serviços de saúde* ou *autoridade sanitária*.

A Portaria nº 639, de 31 de março de 2020⁵⁰², traz diretrizes sobre quem pode se enquadrar no conceito de *profissionais de saúde*, os quais são aqueles subordinados ao correspondente conselho de fiscalização das seguintes categorias profissionais: (i) serviço social; (ii) biologia; (iii) biomedicina; (iv) educação física; (v) enfermagem; (vi) farmácia; (vii) fisioterapia e terapia ocupacional; (viii) fonoaudiologia; (ix) medicina; (x) medicina veterinária; (xi) - nutrição; (xii) odontologia; (xiii) psicologia; e (xiv) técnicos em radiologia (§1º, artigo 1º).

Os *serviços de saúde* são classificados pela ANVISA como “estabelecimentos destinados a promover a saúde do indivíduo, protegê-lo de doenças e agravos, prevenir e limitar os danos a ele causados e reabilitá-lo quando sua capacidade física, psíquica ou social

⁵⁰² Dispõe sobre a Ação Estratégica "O Brasil Conta Comigo - Profissionais da Saúde", voltada à capacitação e ao cadastramento de profissionais da área de saúde, para o enfrentamento à pandemia do coronavírus (COVID-19).

for afetada”⁵⁰³ e os *serviços de interesse da saúde*, por sua vez, são “estabelecimentos que exercem atividades que, direta ou indiretamente, podem provocar benefícios, danos ou agravos à saúde”⁵⁰⁴.

Nesse sentido, os serviços de saúde podem ser executados pelo Sistema Único de Saúde (SUS), seja diretamente ou mediante participação complementar da iniciativa privada (artigo 8º, Lei nº 8.080/90). Os serviços privados de assistência à saúde caracterizam-se pela atuação, por iniciativa própria, de profissionais liberais, legalmente habilitados, e de pessoas jurídicas de direito privado na promoção, proteção e recuperação da saúde (artigo 20, Lei nº 8.080/90).

A Portaria nº 1.139/2013⁵⁰⁵, do Ministério da Saúde, define *autoridade sanitária* como “órgão ou agente público competente da área da saúde, com atribuição legal no âmbito da vigilância e da atenção à saúde” (artigo 4º, inciso III). Entende-se por vigilância sanitária como o “conjunto de ações capazes de eliminar, diminuir ou prevenir riscos à saúde e de intervir nos problemas sanitários decorrentes do meio ambiente, da produção e da circulação de bens e da prestação de serviços de interesse da saúde”⁵⁰⁶. A vigilância sanitária, abrange “o controle de bens de consumo que, direta ou indiretamente, se relacionem com a saúde, compreendidas todas as etapas de processo, da produção ao consumo”⁵⁰⁷ e, ainda, “o controle da prestação de serviços que se relacionam direta ou indiretamente com a saúde”⁵⁰⁸.

⁵⁰³ ANVISA. Disponível em: <https://www.anvisa.gov.br/servicosaude/organiza/index.htm#:~:text=Servi%C3%A7os%20de%20Sa%C3%BAde%20s%C3%A3o%20estabelecimentos,ps%C3%ADquica%20ou%20social%20for%20afetada.> – Acesso em: 26 dez. 2021.

⁵⁰⁴ *Ibidem*.

⁵⁰⁵ Define, no âmbito do Sistema único de Saúde (SUS), as responsabilidades das esferas de gestão e estabelece as Diretrizes Nacionais para Planejamento, Execução e Avaliação das Ações de Vigilância e Assistência à Saúde em Eventos de Massa.

⁵⁰⁶ ANVISA. Cartilha de Vigilância Sanitária. Disponível em: https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/cartilha_vigilancia.pdf - Acesso em: 26 dez. 2021. p. 10.

⁵⁰⁷ *Ibidem*, p. 10.

⁵⁰⁸ *Ibidem*, p. 10.

A Lei nº 9.782/99 define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária e criou a Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Referida lei define que o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária é executado por instituições da Administração Pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, que exerçam atividades de regulação, normatização, controle e fiscalização na área de vigilância sanitária.

A Lei Orgânica de Saúde (Lei nº 8.080/90) atribuiu competência à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios para a questão atinente à vigilância sanitária:

1. A União se limita a expedir normas gerais sobre o sistema nacional de Vigilância Sanitária, definindo-o e coordenando-o em todo o território nacional;
2. Os Estados têm o poder-dever de coordenar e, em caráter complementar, executar ações e serviços de Vigilância Sanitária e de saúde do trabalhador, suplementando, nesses setores, a legislação sobre normas gerais expedidas pela União;
3. Os Municípios podem, na medida dos interesses predominantemente locais, suplementar a legislação federal e estadual no tocante à aplicação e execução de ações e serviços de Vigilância Sanitária.⁵⁰⁹

A Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), agência reguladora sob a forma de autarquia de regime especial criada pela Lei nº 9.782/99 mencionada acima, assim como o Instituto Nacional de Controle de Qualidade em Saúde (INCQS), unidade da Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz), são os órgãos responsáveis pela vigilância sanitária no plano nacional.

Em São Paulo, o Centro de Vigilância Sanitária, vinculado à Secretaria do Estado da Saúde de São Paulo, foi criado pelo Decreto nº 26.048/86 e é o responsável pela vigilância sanitária no estado, com atribuições voltadas à prestação de serviços de saúde; indústria e comércio de produtos relacionados à saúde; e ações sobre o meio ambiente.

Assim, a base legal de tutela da saúde pode ser utilizada para fundamentar os tratamentos de dados pessoais e dados pessoais sensíveis realizados por *profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária*.

⁵⁰⁹ Trecho resumido do livro Sistema Único de Saúde, de Guido Ivan e Lenir Santos, editora Hucitec constante na Cartilha de Vigilância Sanitária. Disponível em: https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/cartilha_vigilancia.pdf - Acesso em: 26 dez. 2021. p. 26.

Em 2019, a Organização Mundial de Saúde iniciou a elaboração da sua Estratégia Global de Saúde Digital, voltada à cooperação internacional com o objetivo de promover a saúde para todos, a qual unifica, sob o termo Saúde Digital, todos os conceitos de aplicação das TICs em Saúde, incluindo e-Saúde, Telemedicina, Telessaúde e Saúde Móvel.⁵¹⁰

Inclusive, o Estado passou a promover a chamada “Saúde Digital”, a qual “compreende o uso de recursos de Tecnologia de Informação e Comunicação (TIC) para produzir e disponibilizar informações confiáveis, sobre o estado de saúde para quem precisa, no momento que precisa”⁵¹¹. O termo Saúde Digital incorpora os recentes avanços na tecnologia como novos conceitos, aplicações de redes sociais, Internet das Coisas (IoT), Inteligência Artificial (IA), entre outros. A Estratégia Brasileira é orquestrada pelo DATASUS/SE/MS.⁵¹²

O setor de saúde tem normas próprias as quais poderão, inclusive, justificar o tratamento de dados pessoais e dados pessoais sensíveis na base legal de “cumprimento de obrigação legal e regulatória”, além de serem vetores de interpretação da base legal da tutela da saúde, como é o caso da Lei nº 8.080/90 (conhecida como Lei Orgânica de Saúde e que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências); Lei nº 9.656/98 (dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde); Lei nº 13.021/2014 (dispõe sobre o exercício e a fiscalização das atividades farmacêuticas); Lei nº 13.787/2018 (dispõe sobre a digitalização e a utilização de sistemas informatizados para a guarda, o armazenamento e o manuseio de prontuário de paciente); Lei nº 13.709/2020 (dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019); Lei nº 13.989/2020 (dispõe sobre o uso da telemedicina durante a crise causada pelo coronavírus – SARS-CoV-2), assim como a

⁵¹⁰ MINISTÉRIO DA SAÚDE. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/saude-digital>. Acesso em: 26 dez. 2021.

⁵¹¹ MINISTÉRIO DA SAÚDE. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/saude-digital>. Acesso em: 26 dez. 2021.

⁵¹² *Ibidem*.

Resolução Normativa nº 162/2007 da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS)⁵¹³; Resolução nº 1.605/2000 do Conselho Federal de Medicina (CFM)⁵¹⁴, Resolução nº 466/12 do Conselho Nacional de Saúde⁵¹⁵

O uso de telemedicina tem se intensificado cada vez mais, especialmente no contexto da pandemia do coronavírus, o que deu origem à Lei nº 13.989/2020, na qual a telemedicina é definida, entre outros, como “o exercício da medicina mediado por tecnologias para fins de assistência, pesquisa, prevenção de doenças e lesões e promoção de saúde” (artigo 3º).

As farmácias também realizam tratamento de dados pessoais e dados pessoais sensíveis, especialmente para a prestação de serviços destinada à assistência farmacêutica, assistência à saúde e orientação sanitária individual e coletiva. A Lei nº 13.021/2014 define assistência farmacêutica como o conjunto de ações e de serviços que visem a assegurar a assistência terapêutica integral e a promoção, a proteção e a recuperação da saúde nos estabelecimentos públicos e privados que desempenhem atividades farmacêuticas, tendo o medicamento como insumo essencial e visando ao seu acesso e ao seu uso racional (artigo 2º).

No estado de São Paulo, a Lei nº 17.301/2020 proíbe farmácias e drogarias de exigir o CPF do consumidor, no ato da compra, sem informar de forma adequada e clara sobre a concessão de descontos, inclusive referida lei é um limitador para a fundamentação do tratamento de dados pessoais na base legal do *legítimo interesse*, a qual não se aplica a dados pessoais sensíveis, como os relacionados a saúde. Nesse sentido, importante destacar que referida proibição não está relacionada à coleta do CPF para a tutela da saúde, mas sim para as atividades comerciais das farmácias, especialmente no âmbito de programas de fidelidade, os quais não se enquadram na base legal de tutela da saúde sob análise.

⁵¹³ Estabelece a obrigatoriedade da Carta de Orientação ao Beneficiário; dispõe sobre Doenças ou Lesões Preexistentes (DLP); Cobertura Parcial Temporária (CPT); Declaração de Saúde e sobre o processo administrativo para comprovação do conhecimento prévio de DLP pelo beneficiário de plano privado de assistência à saúde no âmbito da Agência Nacional de Saúde Suplementar, dentre outras providências.

⁵¹⁴ Ementa: O médico não pode, sem o consentimento do paciente, revelar o conteúdo do prontuário ou ficha médica.

⁵¹⁵ Dispõe sobre as diretrizes e normas regulamentadoras de pesquisas envolvendo seres humanos:

A Lei nº 14.289/2022, torna obrigatória a preservação do sigilo sobre a condição de pessoa que vive com infecção pelos vírus da imunodeficiência humana (HIV) e das hepatites crônicas (HBV e HCV) e de pessoa com hanseníase e com tuberculose. No artigo 2º, veda a divulgação da referida informação, pelos agentes públicos ou privados, nos seguintes âmbitos: (i) serviços de saúde; (ii) estabelecimentos de ensino; (iii) locais de trabalho; (iv) administração pública; (v) segurança pública; (vi) processos judiciais; e (vii) mídia escrita e audiovisual. O descumprimento sujeita o infrator às sanções previstas na LGPD, assim como indenização por danos morais e materiais.

Contudo, interessante notar que referida Lei nº 14.289/2022 também trouxe excludentes especiais de responsabilidade civil, inclusive uma nominada de “justa causa” para a revelação, no parágrafo único, do artigo 2º, o qual dispõe que:

O sigilo profissional sobre a condição de pessoa que vive com infecção pelos vírus da imunodeficiência humana (HIV) e das hepatites crônicas (HBV e HCV) e de pessoa com hanseníase e com tuberculose somente poderá ser quebrado nos casos determinados por lei, por justa causa ou por autorização expressa da pessoa acometida ou, quando se tratar de criança, de seu responsável legal, mediante assinatura de termo de consentimento informado, observado o disposto no art. 11 da Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais - LGPD).

A LGPD, especificamente no §4º, do artigo 11, veda a comunicação ou o uso compartilhado entre controladores de dados pessoais sensíveis referentes à saúde com objetivo de obter vantagem econômica. A exceção para essa proibição está nas hipóteses relativas à prestação de serviços de saúde, de assistência farmacêutica e de assistência à saúde, incluídos os serviços auxiliares de diagnose e terapia, em benefício dos interesses dos titulares de dados e para permitir a portabilidade de dados solicitada pelo titular ou as transações financeiras e administrativas resultantes do uso e da prestação dos serviços descrita retro.

As operadoras de planos privados de assistência à saúde são proibidas de realizar o tratamento de dados de saúde para a prática de seleção de riscos na contratação de qualquer modalidade, assim como na contratação e exclusão de beneficiários (artigo 11, §5º, LGPD).

3.3.10. A Proteção do Crédito como Excludente de Antijuridicidade ou Ilicitude (artigo 7º, inciso X, da LGPD)

A proteção do crédito também foi eleita como uma base legal apta a fundamentar o tratamento de dados pessoais. Inclusive, a lei brasileira inovou neste ponto, visto que não há base legal expressa idêntica no Regulamento Geral de Proteção de Dados Europeu (GDPR).

A LGPD não conceituou a “proteção do crédito”, de forma que ficará a cargo da doutrina e jurisprudência, além da própria ANPD, estabelecer os contornos e limites desta base legal.

O sistema de proteção do crédito é formado pelos *bancos de dados negativos e positivos*. O *cadastro negativo*, como é o caso do banco de dados do Serasa, SCPC, CADIN etc., tem por finalidade medir a taxa de inadimplência e conseqüente risco ao mercado creditício, nos termos do artigo 43⁵¹⁶, do Código de Defesa do Consumidor.

O *cadastro positivo*, por sua vez, trazido pela Lei de Cadastro Positivo (Lei nº 12.414/2011 com alterações trazidas pela Lei Complementar nº 166, de 2019) e respectivo Decreto Regulamentador (Decreto nº 9.936, de 24 de julho de 2019), disciplinam a formação e consulta a bancos de dados com informações de adimplemento, de pessoas naturais ou de pessoas jurídicas, para formação de histórico de crédito. Nesse sentido, “a ‘positividade’ do cadastro advém da possibilidade de viabilizar aferição concreta de risco de inadimplência

⁵¹⁶ Art. 43. O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes. §1º - Os cadastros e dados de consumidores devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão, não podendo conter informações negativas referentes a período superior a cinco anos. §2º - A abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo deverá ser comunicada por escrito ao consumidor, quando não solicitada por ele. §3º - O consumidor, sempre que encontrar inexatidão nos seus dados e cadastros, poderá exigir sua imediata correção, devendo o arquivista, no prazo de cinco dias úteis, comunicar a alteração aos eventuais destinatários das informações incorretas. §4º - Os bancos de dados e cadastros relativos a consumidores, os serviços de proteção ao crédito e congêneres são considerados entidades de caráter público. §5º - Consumada a prescrição relativa à cobrança de débitos do consumidor, não serão fornecidas, pelos respectivos Sistemas de Proteção ao Crédito, quaisquer informações que possam impedir ou dificultar novo acesso ao crédito junto aos fornecedores. §6º - Todas as informações de que trata o caput deste artigo devem ser disponibilizadas em formatos acessíveis, inclusive para a pessoa com deficiência, mediante solicitação do consumidor.

relativo àquele consumidor individualizado, o que possibilitaria, em tese, tratamento mais benéfico a consumidores com bom histórico de crédito”⁵¹⁷.

Referido *microsistema* vem para permitir sopesar eventuais informações negativas, com outros dados dos pagamentos que foram honrados pelo devedor, como dívidas bancárias, pagamento de serviços essenciais como água, luz, etc. e, ainda, dívidas no comércio, ou seja, contempla uma fórmula mais abrangente para formação do *histórico de crédito*, definido como o “conjunto de dados financeiros e de pagamentos, relativos às operações de crédito e obrigações de pagamento adimplidas ou em andamento por pessoa natural ou jurídica” (artigo 2º, inciso VII, da Lei de Cadastro Positivo).

A base legal da proteção do crédito não foi prevista para o tratamento de dados pessoais sensíveis, razão pela qual só pode ser utilizada para tratar dados pessoais puros. Aliás, a Lei de Cadastro Positivo proíbe o registro de dados sensíveis, especificamente no artigo 3º, §3º⁵¹⁸.

A elevação da taxa de crédito é prejudicial à economia, com riscos reais a toda a sociedade, de forma que é evidente o interesse público da proteção ao crédito, o qual deve ser harmonizado com o interesse individual da proteção de dados, visto que a dispensa do consentimento não libera os agentes de tratamento das demais obrigações previstas na LGPD, especialmente da observância dos princípios gerais, como o da necessidade, respeito à finalidade, adequação, não discriminação, qualidade dos dados, transparência e prestação de contas, e da garantia dos direitos do titular, inclusive o de oposição, tudo nos exatos termos do artigo 7º, §6º, da LGPD.

O artigo 7º, da Lei de Cadastro Positivo, prevê expressamente limitações da finalidade do uso das informações constantes em bancos de dados de tal natureza, quais sejam, (i) para

⁵¹⁷ OLIVA, Milena Donato; e VIÉGAS, Francisco de Assis Viégas. Tratamento de dados para a concessão do crédito. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; e OLIVA, Milena Donato (Coord.). **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no direito brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 567.

⁵¹⁸ “Ficam proibidas as anotações 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.”

realização de análise de risco de crédito do cadastrado; ou (ii) subsidiar a concessão ou extensão de crédito e a realização de venda a prazo ou outras transações comerciais e empresariais que impliquem risco financeiro a quem acessa as bases de dados, na forma permitida pela referida lei.

A proteção do crédito tem relação íntima com o conhecimento do risco e consequente confiança que pode ser creditada em quem almeja contratar o crédito. Nesse aspecto, o tratamento de dados pessoais pode ser determinante para um melhor entendimento da situação financeira e da pontualidade do titular dos dados⁵¹⁹.

Pode-se dizer que a base legal da proteção do crédito está vinculada aos tratamentos de dados pessoais para fins de aferição do nível de adimplência e inadimplência de determinado titular com intuito de tomada de decisão acerca de concessão ou não de crédito. Nesse sentido, esclarece a doutrina:

Entre os muitos setores em que o tratamento de dados pessoais assume função relevante, chama atenção, em especial, o mercado de crédito, em que a avaliação do risco de inadimplência possui fundamental importância para a definição do interesse ou não na contratação (ex.: recusa de concessão de crédito para pessoa inscrita em cadastro negativo) e para a delimitação dos termos e condições do contrato (concessão de crédito a juros mais baixos para pessoa com alto *rating* de crédito).⁵²⁰

O STJ aponta para a função social dos bancos de dados, qual seja, “reduzir a assimetria de informação entre o credor/vendedor, garantindo informações aptas a facilitarem a avaliação do risco dos potenciais clientes”⁵²¹.

Com o conhecimento mais preciso do risco, credores e comerciantes podem estabelecer preços, taxas de juros e condições de pagamento justas e diferenciadas para bons e maus

⁵¹⁹ Humberto Theodoro Jr. destaca a relevância da confiança para fins de concessão do crédito: “Sem uma fonte de informação segura sobre a conduta do interessado, sobre sua situação financeira e sobre sua pontualidade no cumprimento das obrigações, o fornecedor não terá condições de avaliar o risco da operação cujo preço terá de contar com a confiança que mereça o consumidor.” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direitos do consumidor**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 156).

⁵²⁰ OLIVA, Milena Donato; e VIÉGAS, Francisco de Assis Viégas. Tratamento de dados para a concessão do crédito. p. 565. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; e OLIVA, Milena Donato (Coord.). **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no direito brasileiro**. 1 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 561-599.

⁵²¹ STJ, REsp 1630889/DF, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, 3ª Turma, j. 11/09/2018, DJe 21/09/2018.

pagadores, como reconhece a instância especial, oportunidade em que também alerta para o necessário respeito ao *princípio da finalidade*, o qual impede que a consulta dos dados seja desvirtuada “para garantir o débito, punir o devedor faltoso ou coagir ao pagamento”⁵²², além de reforçar que os dados cadastrados de consumidores “devem ser objetivos, claros e verdadeiros, haja vista que informações desatualizadas ou imprecisas dificultam a efetiva proteção ao crédito e prejudicam a atividade econômica do consumidor e também do fornecedor.”⁵²³.

A doutrina menciona a possibilidade de interpretação extensiva da base legal de proteção do crédito, a fim de autorizar o “tratamento de dados pessoais tanto para atividades inerentes à concessão de crédito quanto para atividades de apoio, incluindo, portanto, o oferecimento de produtos e serviços de crédito e o gerenciamento de riscos dessas operações.”⁵²⁴

Inclusive, por estabelecer um *microsistema* relativo à formação de banco de dados para fins de histórico de crédito, a Lei de Cadastro Positivo prevalece sobre a Lei Geral de Proteção de Dados, por tratar-se de lei especial, como explica a doutrina: “(...). Portanto, há algumas leis setoriais, como a Lei do Cadastro Positivo, e, quando comparadas à LGPD, esta é geral em relação àquelas.”⁵²⁵

Apesar de não ser necessário o consentimento para o *opt-in*, para fins do cadastro positivo, necessário se faz fornecer a opção para *opt-out* (desautorização do procedimento), caso o titular solicite a exclusão, a qualquer momento, do banco de dados criado para essa

⁵²² STJ, REsp 1630889/DF, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, 3ª Turma, j. 11/09/2018, DJe 21/09/2018.

⁵²³ STJ, REsp 1630889/DF, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, 3ª Turma, j. 11/09/2018, DJe 21/09/2018.

⁵²⁴ LEONARDI, Marcel. Principais Bases Legais de Tratamento de Dados Pessoais no Setor Privado. p. 330. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de; MACIEL, Renata (Coord.). **Direito & Internet IV**: Sistema de Proteção de Dados Pessoais. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 317-331.

⁵²⁵ LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. Consentimento inequívoco versus expreso: o que muda com a LGPD?. p. 63. Revista do Advogado. Ano XXXIX, nº 144. Nov. 2019. p. 61-66.

finalidade, nos termos do artigo 5º, inciso I combinado com artigo 6º, inciso VI, da Lei do Cadastro Positivo⁵²⁶.

Ao lado do *cadastro positivo*, é possível apontar para o *cadastro negativo*, ou seja, a formação de cadastros de inadimplentes. Para a inserção do titular nesse tipo de banco de dados, não é necessário consentimento, mas tão somente sua prévia ciência, conforme se extrai do §2º, do artigo 43, do CDC e, ainda, os precedentes jurisprudenciais acerca do *escore de crédito* (ou *credit scoring*), assim definido na doutrina:

tem por objetivo atribuir pontuação ao potencial tomador de crédito que permita identificar, a partir de métodos estatísticos, o risco de crédito relacionado a determinada operação. Para que os cálculos levem ao resultado pretendido, permitindo aferir o risco de inadimplemento do potencial tomador do crédito, devem ser incluídos os dados pessoais em determinada fórmula, na qual serão atribuídos diferentes ‘pesos’ a cada informação e, ao final, o produto será o score de crédito.⁵²⁷

O Superior Tribunal de Justiça retratou o assunto na Súmula 550:

SERVIÇO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO

Súmula 550 - A utilização de *escore de crédito*, método estatístico de avaliação de risco que não constitui banco de dados, dispensa o consentimento do consumidor, que terá o direito de solicitar esclarecimentos sobre as informações pessoais valoradas e as fontes dos dados considerados no respectivo cálculo.⁵²⁸

⁵²⁶ “Quanto à última hipótese, proteção de crédito, a Lei do Cadastro Positivo, Lei nº 12.414, de 9 de junho de 2011, foi substancialmente alterada pela Lei Complementar nº 166, de 8 de abril de 2019, sendo que o art. 4º da referida lei dispensa o consentimento do titular dos dados para coleta, o armazenamento e o compartilhamento; obrigando o gestor apenas a comunicar o titular dos dados em até 30 dias da coleta. Entretanto, o §7º do art. 5º d lei obriga o gestor a cancelar automaticamente o cadastro de ‘pessoa natural ou jurídica que tenha manifestado previamente, por meio telefônico, físico ou eletrônico, a vontade de não ter aberto o seu cadastro’. Assim, se o titular dos dados não concordar com este tipo de tratamento de dados pessoais, deve manifestar sua vontade em não fazer parte do cadastro (opt out), o que deve ser respeitado pelos gestores.” (LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. Consentimento inequívoco *versus* expresso: o que muda com a LGPD?. p. 63. **Revista do Advogado**. Ano XXXIX, nº 144. Nov. 2019. p. 61-66).

⁵²⁷ OLIVA, Milena Donato; e VIÉGAS, Francisco de Assis Viégas. Tratamento de dados para a concessão do crédito. p. 590. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; e OLIVA, Milena Donato (Coord.). **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no direito brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 561-599.

⁵²⁸ STJ, Súmula 550, Segunda Seção, j. 14/10/2015, DJe 19/10/2015.

Referida súmula é resultado de outros precedentes que revelam que o sistema de *credit scoring* só seria uma prática comercial ilícita se houver *abuso de direito*⁵²⁹, como no caso de utilização de *informações excessivas ou sensíveis* (art. 3º, § 3º, I e II, da Lei n. 12.414/2011), bem como nos casos de comprovada recusa indevida de crédito pelo uso de *dados incorretos ou desatualizados*⁵³⁰. Não sendo esse o caso, é uma prática lícita que dispensa o consentimento prévio e expresso do consumidor avaliado⁵³¹, ao qual é garantido o fornecimento de esclarecimentos, caso solicitados, acerca das fontes dos dados considerados (histórico de crédito), bem como as informações pessoais valoradas⁵³².

Em suma, é possível afirmar que a base legal da proteção do crédito está vinculada aos tratamentos de dados pessoais para fins de aferição do nível de adimplência e inadimplência de determinado titular com intuito de tomada de decisão acerca de concessão ou não de crédito. Consequentemente, é lícito o tratamento de dados para proteção do crédito, como expressamente previsto na LGPD.

3.3.11. A Garantia da Prevenção à Fraude e à Segurança do Titular, nos Processos de Identificação e Autenticação de Cadastro em Sistemas Eletrônicos como Excludente de Antijuridicidade ou Ilicitude (artigo 11, inciso II, alínea “g” da LGPD)

Esta base legal é dedicada, exclusivamente, aos dados pessoais sensíveis, muito embora tratamentos de dados pessoais puros, para finalidade semelhante, qual seja, prevenção à fraude e segurança do titular, também possam ser enquadrados na base legal do legítimo interesse do controlador ou de terceiros.

⁵²⁹ STJ, AgRg no AREsp 318684 RS, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª Turma, j. 02/12/2014, DJe 11/12/2014

⁵³⁰ STJ, REsp 1419697 RS, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Segunda Seção, j. 12/11/2014, DJe 17/11/2014.

⁵³¹ STJ, EDcl no REsp 1395509 RS, Rel. Min. Raul Araújo, 4ª Turma, j. 18/12/2014, DJe 06/02/2015.

⁵³² STJ, EDcl no REsp 1419691 RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, j. 18/12/2014, DJe 03/02/2015 e REsp 1268478 RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, j. 18/12/2014, DJe 03/02/2015.

A correta autenticação de titulares é de extrema relevância considerando o expressivo aumento da realização de negócios à distância e, conseqüentemente, as fraudes nesses contextos. Nesse sentido, a *autenticação* é o:

processo que busca verificar a identidade digital de uma entidade de um sistema no momento em que ela requisita acesso a esse sistema. O processo é realizado por meio de regras preestabelecidas, geralmente pela comparação das credenciais apresentadas pela entidade com outras já pré-definidas no sistema, reconhecendo como verdadeiras ou legítimas as partes envolvidas em um processo.⁵³³

É cada vez mais comum nessa era digital o uso de biometria, dado pessoal sensível, para a autenticação de titulares, ou seja, para a conferência da sua identidade.

A biometria, não conceituada pela LGPD (apenas mencionada no conceito de *dado pessoal sensível* – artigo 5º, inciso II, LGPD), consiste na “verificação da identidade de um indivíduo por meio de uma característica física ou comportamental única, através de meios automatizados”⁵³⁴.

Para fins comparativos, o item 14, do artigo 4º, do RGPD, classificou *dados biométricos* como:

Dados biométricos», dados pessoais resultantes de um tratamento técnico específico relativo às características físicas, fisiológicas ou comportamentais de uma pessoa singular que permitam ou confirmem a identificação única dessa pessoa singular, nomeadamente imagens faciais ou dados dactiloscópicos.⁵³⁵

⁵³³ Glossário de Segurança da Informação, aprovado pela Portaria nº 93, de 26.09.2019, do Ministro de Estado Chefe do Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-93-de-26-de-setembro-de-2019-219115663> - Acesso em: 22 dez. 2021.

⁵³⁴ Glossário de Segurança da Informação, aprovado pela Portaria nº 93, de 26.09.2019, do Ministro de Estado Chefe do Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-93-de-26-de-setembro-de-2019-219115663> - Acesso em: 22 dez. 2021.

⁵³⁵ RGPD. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0679> – Acesso em: 03 jan. 2022.

O reconhecimento do usuário pode ser feito de diversas maneiras e, atualmente, os meios mais utilizados são o reconhecimento de impressão digital, reconhecimento facial, reconhecimento por voz e reconhecimento de íris.

Cada vez mais comum que agentes de tratamento exijam o envio de *selfies* (fotos tiradas pelo próprio titular de sua face) para poder confrontá-las com dados constantes em bases de dados de caráter público ou privado, justamente para identificar e autenticar em sistemas eletrônicos, como para a abertura de contas digitais, por exemplo.

Referido dever de conferência e autenticidade, em muitos cenários, é oriundo de obrigações legais e regulatórias. O artigo 2º da Resolução nº 4.753/2019, do Conselho Monetário Nacional, impõe o dever de conferência da autenticidade dos dados recebidos para fins de abertura de contas, nos seguintes termos:

Art. 2º As instituições referidas no art. 1º, para fins da abertura de conta de depósitos, devem adotar procedimentos e controles que permitam verificar e validar a identidade e a qualificação dos titulares da conta e, quando for o caso, de seus representantes, bem como a autenticidade das informações fornecidas pelo cliente, inclusive mediante confrontação dessas informações com as disponíveis em bancos de dados de caráter público ou privado.⁵³⁶

No contexto das relações trabalhistas, é cada vez mais comum o uso de biometria para autenticação de empregados para fins de registro de ponto. A obrigatoriedade de registro de ponto por meio manual, mecânico ou eletrônico advém do artigo 74 da CLT e foi disciplinada pela Portaria nº 510/2009, do Ministério de Estado do Trabalho e Emprego.

Tal qual ocorre em relação ao legítimo interesse, também é necessário realizar uma avaliação se o referido tratamento não viola direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais sensíveis, visto que, nesse caso, ou seja, se ultrapassados os limites de tais normas de ordem pública, o tratamento de dados pessoais sensíveis, ainda que para prevenção à fraude e à segurança do titular, será irregular.

⁵³⁶ Disponível em: https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/50847/Res_4753_v1_O.pdf. – Acesso em: 22 dez. 2021.

3.4. Excludente de Responsabilidade por Fato Exclusivo do Titular (artigo 43, inciso III, primeira parte, da LGPD)

O último inciso do artigo 43, da LGPD, reproduz causa que também é prevista tanto como *excludente geral de responsabilidade civil* no *macrossistema* do Código Civil, como em outros *microsistemas*, como é o caso do Código de Defesa do Consumidor, afinal, há rompimento do nexo causal.

Se o dano experimentado pelo titular for fruto, exclusivamente, de sua própria conduta, não há como amparar a pretensão reparatória. A LGPD, neste ponto, faz menção à *culpa exclusiva do titular*, quando deveria ter empregado a expressão *fato exclusivo do titular*, já que se trata de excludente de causalidade ou do nexo causal, e não do nexo de imputação (natureza da responsabilidade – subjetiva ou objetiva), como foi exposto no primeiro capítulo.

A título de exemplo de situações que poderiam atrair a hipótese em tela, é possível mencionar a exposição de dados pessoais pelo próprio titular em uma rede social, ao esquecer a câmera e/ou microfone abertos em uma sala de videoconferência, ao divulgar a notícia de uma gravidez, postar imagens, noticiar uma doença etc., esquecendo-se de ocultar dados que possam violar sua privacidade e intimidade, como no caso de ser exposto, em conjunto com a informação, imagens de partes íntimas do corpo.

Outra situação que poderia atrair a excludente em tela é o compartilhamento, pelo próprio titular, de senha de acesso ao sistema do agente de tratamento que contempla dados pessoais, cuja revelação pode trazer danos extrapatrimoniais e patrimoniais. A senha é uma espécie de assinatura eletrônica que traz a presunção de autenticidade para o acesso realizado. Assim, se o dano alegado pelo titular é exclusivamente decorrente do acesso a dados sigilosos por terceiro mediante o compartilhamento de sua senha, não é possível responsabilizar o agente de tratamento, salvo se incidir fato concorrente.

Para ilustrar a hipótese, suponha-se uma situação em que colegas de trabalho façam o compartilhamento de senha de acesso à rede e, em razão de tal acesso, um titular tenha dados sigilosos sobre si revelados, como por exemplo, má conduta noticiada em uma sindicância, relatórios médicos, salário etc. A empresa, controladora dos dados pessoais de seus

empregados, poderia ser acionada para reparar os danos causados. Contudo, nesta lide, se conseguir comprovar o compartilhamento de senha, via perícia sistêmica, testemunha, monitoramento por câmera etc., poderia suscitar a *excludente de fato exclusivo do titular*. Aliás, a Justiça do Trabalho considera o compartilhamento de senha pessoal entre funcionários falta grave capaz de configurar justa causa para a rescisão do contrato de trabalho⁵³⁷.

Embora não previstas no rol do artigo 43, da LGPD, entendemos que também poderá ser invocado o *fato concorrente do titular e do agente de tratamento*, mediante interpretação extensiva do disposto no artigo 945 do Código Civil, visando evitar o enriquecimento sem causa.

Em relação ao *fato concorrente*, é possível mencionar situações em que o titular possa ter contribuído para a violação, não só no caso de compartilhamento de senhas, mas também quando não percebe que a fornece para terceiros que estão se passando criminosamente pelos agentes de tratamento ou, ainda, quando não instala antivírus ou não realiza as atualizações operacionais de seus sistemas, mas o agente de tratamento teria condições de aferir que o acesso realizado aos seus sistemas está fora do perfil habitual. As instituições financeiras, por exemplo, têm inúmeros controles em prol da segurança. Dentre eles, está o cadastro de dispositivos de clientes, como celulares. Em uma situação em que há acesso indevido ao *Internet Banking*, mediante o uso indevido de senha do titular, poderia a instituição financeira reconhecer o acesso fora do perfil e contatar o titular para confirmar a operação. Se não o faz e o dano se concretiza, é possível mencionar a existência de um *fato concorrente* do titular (compartilhamento de senha) e da instituição financeira (falha na identificação de acesso fora do perfil).

⁵³⁷ Nesse sentido, confira-se o seguinte aresto: “DEMISSÃO POR JUSTA CAUSA. COMPARTILHAMENTO DE SENHA PESSOAL ENTRE FUNCIONÁRIOS. VIOLAÇÃO DE NORMA DE CONFIDENCIALIDADE DA EMPRESA. FALTA GRAVE CONFIGURADA. DESNECESSIDADE DE GRADAÇÃO DA PENALIDADE ANTE A QUEBRA DE CONFIANÇA IMEDIATA. O critério pedagógico de gradação da penalidade não é absoluto e não se aplica em todos os casos. Evidentemente que, em se tratando de falta grave que resulte imediata quebra de confiança no laço empregatício, o empregador estará autorizado a punir o empregado faltoso com a maior das penas previstas, a demissão por justa causa. *In casu*, a reclamante divulgou a sua senha pessoal, ciente do compromisso assumido perante a reclamada, consoante prova documental. Flagrante a impossibilidade de renovação da confiança e, por isso, prescindível a observância da gradação da penalidade. Recurso da reclamada a que se dá provimento, para manter a justa causa e julgar improcedente a reclamação.” (TRT-2 - RO: 3469220135020 SP 00003469220135020040 A28, Rel.: ROVIRSO BOLDO, Data de Julgamento: 29/01/2014, 8ª Turma, Publ. 04/02/2014)

Outra possível incidência da excludente em tela poderia recair sobre o incidente envolvendo tratamento indevido de dados de criança.

Para entendimento da questão, vale mencionar a explosão do *homeschooling* (ensino escolar em casa), frente às necessárias medidas de contingência para combate à pandemia da COVID-19 (coronavírus), com decreto de quarentena e isolamento social. Nesse contexto, observou-se que o ensino migrou para plataformas virtuais, demandando um aprendizado urgente quanto ao uso de tais ferramentas, como controle de liberação da “câmera” e de “áudio” de dispositivos eletrônicos. Assim, imagine-se a situação em que uma criança, inadvertidamente, ao ir ao banheiro, esquece de fechar a câmera e acaba se expondo perante os demais amigos e professoras. Poderia os pais, ao tomar conhecimento desta situação, exigir indenização perante a escola, dada a exposição indevida da intimidade de seu filho(a), afinal, foi esse(a) que esqueceu de desligar a câmera? Há fato concorrente entre a falha de vigilância dos pais e escola?

A jurisprudência tem considerado que se o fato concorrente é de criança, responderá integralmente o ofensor se este tiver uma “parcela de culpa”, visto que a “culpa presumida” de seus pais, os quais falharam na vigilância, não pode ser sobreposta aos direitos do menor. Nesse sentido, vale mencionar julgado aplicável *mutatis mutandis*, para fins de analogia:

Quando a vítima do atropelamento for criança, que sobrevive ao acidente, não há como falar-se em concorrência de culpas, se os autos revelam alguma parcela de culpa do condutor do veículo. A culpa de terceiro, no caso, culpa ‘in vigilando’, dos pais da criança, não pode opor-se aos direitos desta.⁵³⁸

De qualquer forma, no exemplo do *homeschooling* mencionado acima, até que ponto a escola teria condições de exercer, remotamente, a vigilância de crianças? Até onde vai o dever dos pais de acompanhar, integralmente, a aula remota? É comum que as tecnologias atuais permitam que o moderador da sala “silencie” microfone ou “feche” câmeras dos demais participantes. Em uma situação de exposição da própria vítima, em que ela seja menor, há uma responsabilidade concorrente de pais e escolas quanto ao dever de vigilância, de forma que, acontecendo uma situação de exposição indevida nas ferramentas de estudo à distância, no

⁵³⁸ RT, 678/113.

nosso entendimento, poderia ser caracterizado o fato concorrente, visto que é dever de todos zelar pelo melhor interesse de menores.

3.5. Excludente de Responsabilidade por Fato Exclusivo de Terceiros (artigo 43, inciso III, segunda parte, da LGPD)

A LGPD previu, expressamente, a “culpa exclusiva de terceiros” como causa de exclusão de responsabilidade civil. Conforme já exposto anteriormente, por se tratar de hipótese de rompimento do nexo causal, não deveria ter sido utilizado o termo “culpa”, mas sim, *fato exclusivo de terceiro*.

Nesse sentido, *terceiro*⁵³⁹ é qualquer pessoa distinta da vítima, *in casu*, o titular dos dados pessoais e do agente de tratamento de dados pessoais (controlador ou operador).

O terceiro em questão poderá ser um *indivíduo determinado* ou *determinável*⁵⁴⁰, como por exemplo, o *cracker* que invadiu o sistema, cuja identidade seja desconhecida.

A LGPD admite que o controlador organize o tratamento de dados pessoais conforme lhe aprouver, ou seja, etapas do referido tratamento poderão ser atribuídas a outras pessoas físicas ou jurídicas, as quais serão consideradas *operadores* para fins legais. Como exemplo, pode ser mencionada uma empresa que faz o tratamento de dados de seus empregados e, portanto, é *controladora* para fins legais, mas que terceiriza o tratamento de tais dados para fins de processamento da folha de pagamento. A empresa terceirizada será operadora, visto que não toma decisões sobre os dados e deve obedecer às instruções lícitas da empresa controladora.

⁵³⁹ Cavalieri aponta que “No entendimento unânime da doutrina e da jurisprudência, terceiro é alguém estranho ao binômio vítima e suposto causador do dano; qualquer pessoa que não guarde nenhum vínculo jurídico com o aparente responsável, cuja conduta tenha sido a causa exclusiva do resultado lesivo, afastando qualquer relação de causalidade entre a conduta do autor aparente e a vítima.” (Cavalieri Filho, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 15. ed. Barueri: Atlas, 2021. p. 95).

⁵⁴⁰ BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação. p. 583.

O *operador*, portanto, realiza o tratamento de dados pessoais em nome do *controlador* e, de acordo com a LGPD, é também um *agente de tratamento* de dados, o que implica dizer que tem a obrigação de cumprir a legislação de proteção de dados, sob pena não só das sanções administrativas, mas também de responsabilidade civil, nos exatos termos dos artigos 42 e seguintes da LGPD.

Inclusive, o inciso I, do §1º, do artigo 42, da LGPD, prevê a *responsabilidade solidária do operador com o controlador* pelos danos causados pelo tratamento quando *descumprir as obrigações da legislação de proteção de dados* ou quando *não tiver seguido as instruções lícitas do controlador*, hipótese em que o operador se equipara ao controlador, salvo se incidirem as *excludentes* previstas no artigo 43 da LGPD.

A partir daí, é possível extrair as seguintes conclusões: (i) o operador também deve estar em conformidade com a LGPD, ou seja, respeitar as diretrizes legais para a atividade de tratamento de dados pessoais; (ii) é recomendável que controlador e operador celebrem contratos que além das “cláusulas tradicionais”, também prevejam obrigações expressas sobre os limites do tratamento de dados, obrigações e responsabilidades, auditoria, direito de regresso etc., notadamente em razão da solidariedade estabelecida por lei.

É válido fazer essas ressalvas, a fim de registrar que o operador não pode ser considerado *terceiro* para fins da causa de exclusão de responsabilidade civil prevista no artigo 43, inciso III, já que é parte da cadeia de tratamento de dados.

Os empregados do controlador não podem ser considerados operadores, nos termos da LGPD, mas sim prepostos do próprio controlador ou do operador, sobre os quais esses últimos têm responsabilidade objetiva, nos termos do artigo 932, inciso III, combinado com artigo 933, ambos do Código Civil⁵⁴¹. Trata-se da chamada *teoria da substituição*, isto é, “os representantes substituem os representados perante as vítimas de danos por eles causados”⁵⁴².

⁵⁴¹ Sobre o assunto, oportunas as considerações de Cavalieri: “Na vigência do Código de 1916 falava-se em *culpa in eligendo* para caracterizar a má escolha do preposto. A culpa do patrão ou comitente era presumida pelo ato culposo do empregado ou preposto, consoante a Súmula 341 do Supremo Tribunal Federal, em razão da má escolha do mesmo. A culpa in vigilando, por sua vez, decorria da falta de atenção ou cuidado com o procedimento de outrem que estava sob a guarda ou responsabilidade do agente. Os pais respondiam pelos atos dos filhos menores, via de regra pela falta de vigilância. Já a culpa in custodiando caracterizava-se pela falta de

Corroborando tais assertivas, a ANPD lançou guia orientativo pelo qual explica que “os funcionários atuarão em subordinação às decisões do controlador, não se confundindo, portanto, com os operadores de dados pessoais.”⁵⁴³

Entendimento contrário, ou seja, admitir que os empregados fossem operadores de tratamento de dados pessoais, faria com que fossem considerados *agentes de tratamento* para fins legais, passando a assumir o risco da atividade e a responsabilidade civil prevista no artigo 42 da LGPD, o que é vedado pela Consolidação das Leis do Trabalho, já que o artigo 2º, da CLT, estabelece que é o empregador quem “assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.” Inclusive, a jurisprudência, em diversas oportunidades, já afastou práticas que implicavam em transferência dos riscos do empreendimento, próprios da figura do empregador (art. 2º da CLT), para o empregado⁵⁴⁴.

De qualquer forma, cabe direito de regresso do empregador contra o empregado, nos termos do artigo 934, do Código Civil, sendo certo que, em decorrência de condutas dolosas

atenção em relação a animal ou coisa que estavam sob os cuidados do agente. Essas espécies de culpa, todavia, estão em extinção, porque o Código Civil de 2002, em seu art. 933, estabeleceu responsabilidade objetiva para os pais, patrão, comitente, detentor de animal etc., e não mais responsabilidade com culpa presumida, como era no Código anterior.” (CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 15. ed. Barueri: Atlas, 2021. p. 57).

⁵⁴² BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 195.

⁵⁴³ Guia Orientativo para Definições dos Agentes de Tratamento de Dados Pessoais e do Encarregado, da ANPD. p. 6. Disponível em: https://www.gov.br/anpd/pt-br/assuntos/noticias/2021-05-27-guia-agentes-de-tratamento_final.pdf - Acesso em: 05.12.2021.

⁵⁴⁴ Nesse sentido, a título de exemplo, vale colacionar os seguintes trechos deste julgado do C. Tribunal Superior do Trabalho: Ementa "AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA EM FACE DE DECISÃO PUBLICADA ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR. DANOS MORAIS CAUSADOS AO EMPREGADO. CARACTERIZAÇÃO. DESCONTOS INDEVIDOS SOBRE O VALOR DAS VENDAS. (...) No caso, infere-se dos autos que a reclamada efetuava descontos indevidos no importe de 10% sobre as vendas realizadas pela autora, em razão dos roubos e desaparecimento de mercadorias da loja. (...) Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento". Trecho do voto: "(...) No caso, revelam-se ilícitos os descontos sobre o valor das vendas realizadas pela autora, cuja finalidade era ressarcir a empresa em razão de furtos e desaparecimento de mercadorias da loja. Ora, essa prática implica transferência dos riscos do empreendimento, próprios da figura do empregador (art. 2º da CLT), aos empregados, o que encontra vedação no ordenamento jurídico, mormente em virtude do princípio da intangibilidade salarial, que visa à proteção do salário contra descontos ilegítimos (art. 462)." (TST, RR-1662-90.2011.5.09.0663, 7ª Turma, Rel. Min. Cláudio Mascarenhas Brandão, DEJT 19/12/2014).

causadoras de dano ao empregador, é possível realizar desconto diretamente no salário do empregado, a teor do §1º, do artigo 462, da CLT⁵⁴⁵.

Sobre o tema, corrobora Menezes Cordeiro:

(...) A identificação do responsável é determinante para saber a quem imputar os deveres e as responsabilidades previstas no RGPD. No caso das pessoas coletivas, o responsável é a própria pessoa e não o funcionário ou o representante que em concreto determina as finalidades ou os meios de tratamento. Naturalmente, que contra esse funcionário ou representante podem ser invocados os mecanismos civis, criminais e contraordenacionais disponibilizados pelo sistema, em especial se se demonstrar tratar-se do responsável de facto.⁵⁴⁶

Em situações envolvendo os *crimes de estelionato e fraude eletrônica* (conforme artigo 171 *caput* e §2º-A, do Código Penal⁵⁴⁷), é comum que terceiros se passem, criminosamente, por agentes de tratamento para obter informações perante as vítimas, *in casu*, o titular de dados pessoais, em técnica conhecida como *engenharia social*, pela qual “uma pessoa procura persuadir outra a executar determinadas ações”⁵⁴⁸.

Quando os fraudadores logram realizar seus golpes em locais fora do alcance dos canais oficiais dos agentes de tratamento, como por exemplo, em *sites* falsos, aplicativos de mensagens como o WhatsApp, linhas telefônicas, SMS, *e-mails* e até mesmo em contatos

⁵⁴⁵ “Art. 462 - Ao empregador é vedado efetuar qualquer desconto nos salários do empregado, salvo quando este resultar de adiantamentos, de dispositivos de lei ou de contrato coletivo. § 1º - Em caso de dano causado pelo empregado, o desconto será lícito, desde de que esta possibilidade tenha sido acordada ou na ocorrência de dolo do empregado. (...)”.

⁵⁴⁶ CORDEIRO, A. Barreto Menezes. **Da Responsabilidade Civil pelo Tratamento de Dados Pessoais**. Disponível em: <https://blook.pt/publications/publication/2ae6399f13bb/>. Acesso em: 6 set. 2020. p. 11.

⁵⁴⁷ Código Penal: “Estelionato. Artigo 171: Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento: Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, de quinhentos mil réis a dez contos de réis. (...) Fraude eletrônica. § 2º-A. A pena é de reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa, se a fraude é cometida com a utilização de informações fornecidas pela vítima ou por terceiro induzido a erro por meio de redes sociais, contatos telefônicos ou envio de correio eletrônico fraudulento, ou por qualquer outro meio fraudulento análogo.”

⁵⁴⁸ “ENGENHARIA SOCIAL - técnica por meio da qual uma pessoa procura persuadir outra a executar determinadas ações. No contexto da SI, é considerada uma prática de má-fé, usada por indivíduos para tentar explorar a boa-fé ou abusar da ingenuidade e da confiança de outras pessoas, a fim de aplicar golpes, ludibriar ou obter informações sigilosas e importantes.” (Glossário de Segurança da Informação, aprovado pela Portaria nº 93, de 26.09.2019, do Ministro de Estado Chefe do Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República, Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-93-de-26-de-setembro-de-2019-219115663> - Acesso em: 03 jan. 2022).

presenciais (golpe do falso motoboy, por exemplo), é possível suscitar essa excludente de *fato exclusivo de terceiro*.

Igualmente, entendemos defensável que a situação de cometimento de um roubo nas dependências da empresa que figura como agente de tratamento, com a conseqüente captura de um servidor ou arquivo físico repleto de dados pessoais, poderia sim atrair a excludente de fato de terceiro.

Todavia, para fins de incidir a excludente de fato de terceiro, é necessário que esse seja totalmente desvinculado da atividade de tratamento de dados, tratando-se sua conduta de fato exclusivo que deu causa ao dano, situação essa que se aproximaria do *caso fortuito ou força maior*, a ser tratada no próximo item, sob pena de ser considerado o fato concorrente com o do agente de tratamento (que pode ter vazado dados pessoais dos titulares para viabilizar a engenharia social, por exemplo, ou então, na situação em que a coleta de dados pessoais ocorre fora do ambiente do agente de tratamento, porém o acesso indevido a outros dados ocorre no seu sistema, como explicado no item anterior).

3.6. Caso Fortuito ou Força Maior

Para Nelson Rosenthal, *fortuito* significa “todo evento externo à conduta do agente, de natureza inevitável, cuja superação é impraticável por parte do devedor. É qualquer acontecimento natural ou fato de terceiro que, necessariamente, impeça o cumprimento da obrigação e não seja conexo aos riscos inerentes àquela atividade.”⁵⁴⁹

Embora não previstas no rol do artigo 43, da LGPD, entendemos que também poderão ser invocadas as *excludentes gerais de responsabilidade civil do caso fortuito ou força maior*, mediante interpretação extensiva do disposto no artigo 343, do Código Civil.

⁵⁴⁹ ROSENTHAL, Nelson. O Coronavírus e a Responsabilidade nos Contratos Internacionais. *In: Coronavírus e responsabilidade civil: impactos contratuais e extracontratuais*; coordenado por Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho, Nelson Rosenthal, Roberta Densa. Indaiatuba: Editora Foco, 2020. p. 6.

Por outro lado, se o *terceiro* causador do dano à vítima (titular dos dados pessoais) é parte do risco do negócio do *agente de tratamento*, se estaria diante do chamado *fortuito interno*.

Quais poderiam ser, então, os *casos fortuitos e de força maior*, para fins de eximir a responsabilidade civil, no âmbito de violações à proteção de dados pessoais?

A invasão do sistema do agente de tratamento com obtenção de dados pessoais poderia ser uma causa excludente? Seria caso fortuito dada a inevitabilidade do evento? O fato de ter cumprido a LGPD, com emprego de medidas de segurança que se tornaram falíveis, poderia afastar a responsabilidade? Competirá ao Poder Judiciário, na interpretação das diretrizes do ordenamento jurídico, responder a essas perguntas.

Contudo, é possível aferir, pela análise de casos análogos, o possível entendimento jurisprudencial que se formará sobre a matéria.

Tão logo as atividades de *Internet Banking* e *Mobile Banking* foram se popularizando, os criminosos virtuais migraram suas tradicionais condutas criminosas de furto e estelionato para o ambiente virtual.

Em razão disso, as instituições financeiras tentaram suscitar excludentes de responsabilidade civil, em situações como essas, justamente invocando o *fato de terceiro*. Contudo, a jurisprudência acabou se consolidando no sentido de que estes tipos de golpes configuram *fortuito interno*, principalmente em razão da Súmula 479 do Superior Tribunal de Justiça, que assim dispõe: “As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias.”

Ainda, no julgamento do Recurso Especial nº 1.199.782, foi firmada a tese de responsabilidade objetiva do banco pelo risco do empreendimento e incidência de fortuito interno, para fins de recursos repetitivos, nos termos da ementa a seguir transcrita:

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA.
JULGAMENTO PELA SISTEMÁTICA DO ART. 543-C DO CPC.
RESPONSABILIDADE CIVIL. INSTITUIÇÕES BANCÁRIAS. DANOS

CAUSADOS POR FRAUDES E DELITOS PRATICADOS POR TERCEIROS. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. FORTUITO INTERNO. RISCO DO EMPREENDIMENTO.

1. Para efeitos do art. 543-C do CPC: As instituições bancárias respondem objetivamente pelos danos causados por fraudes ou delitos praticados por terceiros - como, por exemplo, abertura de conta-corrente ou recebimento de empréstimos mediante fraude ou utilização de documentos falsos -, porquanto tal responsabilidade decorre do risco do empreendimento, caracterizando-se como fortuito interno.

2. Recurso especial provido.⁵⁵⁰

Diferentemente, não haverá dever de indenizar por parte das instituições financeiras, no caso de o cliente ser roubado na saída do estabelecimento, prática conhecida como “saidinha do banco”, visto que isso se trata de uma questão de segurança pública e, portanto, *fortuito externo*, apto a romper o nexos causal.

Logo, para fins de incidir a excludente de *fato de terceiro*, é necessário que esse seja totalmente desvinculado da atividade de tratamento de dados, tratando-se sua conduta de fato exclusivo que deu causa ao dano, além de se constituir, ainda, como fato imprevisível e, portanto, inevitável, pois do contrário, tal episódio será considerado *fortuito interno*.

Sobre o assunto, o Enunciado 443, da V Jornada de Direito Civil, do Conselho de Justiça Federal, assim dispõe: “O caso fortuito e a força maior somente serão considerados como excludentes da responsabilidade civil quando o fato gerador do dano não for conexo à atividade desenvolvida.”⁵⁵¹

Assim, resta saber se o Poder Judiciário entenderá que o vazamento de dados por invasão de sistemas, por um criminoso virtual, é risco inerente ao tratamento de dados e, conseqüentemente, não é capaz de romper o nexos causal, caracterizando-se, portanto, como *fortuito interno*; ou se será aplicada a excludente de *fato exclusivo de terceiros* ou até mesmo a excludente especial de que *não houve violação à legislação de proteção de dados*, como já mencionado no item 3.3, frente à comprovação de implementação de medidas técnicas de segurança disponíveis à época em que o tratamento foi realizado.

⁵⁵⁰ STJ, REsp 1199782/PR, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, Segunda Seção, j. 24/08/2011, DJe 12/09/2011.

⁵⁵¹ Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/356> - Acesso em: 15 ago. 2020.

Sobre esse ponto, o artigo 44, da LGPD, traz as *circunstâncias relevantes* para verificar a ilicitude do tratamento, ao prever que deverão ser verificados: (i) o modo pelo qual é realizado o tratamento; (ii) o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam; e (iii) as técnicas de tratamento de dados pessoais disponíveis à época em que foi realizado.

A partir daí, o cálculo do risco, mais do que nunca, passa ser um importante catalizador para se aferir a incidência ou não da excludente de responsabilidade civil, além do mapeamento do estado técnica.

3.7. Legítima Defesa Informática

Por outro lado, também é possível aos agentes de tratamento de dados invocar em sua defesa as excludentes gerais de ilicitude da *legítima defesa*, nos termos do artigo 188, inciso I, do Código Civil.

Isaac Rodrigues Ramos Neto aponta dois acontecimentos ocorridos nos Estados Unidos, os quais seriam próximos à prática de *legítima defesa informática*, cuja prática seria conhecida como técnica do *hacking back*:

Dois acontecimentos tornaram-se famosos nos Estados Unidos pela utilização desta técnica para combater delitos eletrônicos: o primeiro, um ataque eletrônico contra o Pentágono; e o segundo, contra o site da Organização Mundial do Comércio (OMC).

Em setembro de 1998, foi documentada, pela primeira vez, a utilização da técnica do *hacking back*. O Pentágono reagiu a um ataque de negação de serviço, iniciado pela *Electronic Disruption Theater*, uma organização hacktivista, utilizando-se de uma técnica ofensiva para interromper o funcionamento daqueles dispositivos de onde partiam as invasões (JAYASWAL; YURCIK; DOSS, 2002, p. 381).

A segunda reação documentada ocorreu em janeiro de 2000, durante uma reunião da OMC. O grupo *The Electrohippies Collective*, também conhecido por *e-Hippies*, invadiram o site da OMC, utilizando também ataques de negação de serviço (DENNING, 2008, p. 423).⁵⁵²

Conforme já demonstrado, os dados pessoais e demais bens incorpóreos têm muito valor, não só no aspecto *moral*, mas também no *material*. Em decorrência disso, sistemas e

⁵⁵² RAMOS NETO, Isaac Rodrigues. *Ethical Hacking e Legítima Defesa Eletrônica*. p. 7.

bancos de dados passaram a ser alvos dos mais variados tipos de vulnerações, muitas das quais podem gerar danos irreparáveis.

Com isso, verifica-se emergir novas possibilidades, em termos de contra-ataques, visando a defesa de pessoas (dados pessoais) e propriedade (bens incorpóreos), cuja consequência poderá ser a violação de direitos de terceiros, os quais poderiam ser passíveis de responsabilidade civil, não fosse a incidência da excludente nominada de *legítima defesa informática*, a qual pode ser classificada como o uso de meios moderados de informática ou tecnológicos, estritamente necessários para combater injusta agressão, atual e iminente, a direito próprio ou de outrem, no âmbito virtual.

Inclusive, peritos forenses já se valem de técnicas avançadas para tentativa de elucidação de condutas ilícitas ou criminosas perpetradas sob o manto do anonimato proporcionado pelas relações virtuais. A título de exemplo, menciona-se o envio de mensagem eletrônica com “isca” para conta de e-mail utilizada para práticas ilegais, ou seja, um arquivo anexado à mensagem permite detectar a origem do acesso à referida mensagem (registros de acesso a aplicações de internet⁵⁵³, como os números de IP), procedimento semelhante ao de uma “bina”, o qual permitirá seguir posteriormente com ações de quebra de sigilo perante o provedor de conexão, ou seja, aquele que forneceu os meios de acesso à Internet ao ofensor.

Contudo, sabe-se que o Marco Civil da Internet, nos termos dos artigos 10, §2º e 15, §3º, exige ordem judicial para obtenção de registros de acesso a aplicações de internet. Diante disso, indaga-se: poderia referidos peritos serem responsabilizados pela quebra de sigilo irregular de dados pessoais? A resposta a essa questão pode passar pelo reconhecimento ou não da incidência da chamada *legítima defesa informática*.

Igualmente, também é possível suscitar outras questões polêmicas como a possibilidade jurídica de se acionar o provedor de conexão para providências relacionadas a atos de pirataria contra bens imateriais (violação de direitos autorais, por exemplo). Isso porque o provedor de conexão, analisando o fluxo dos pacotes de dados que trafegam em sua

⁵⁵³ Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014), artigo 5º, inciso VIII: “Art. 5º Para os efeitos desta Lei, considera-se: (...) VIII - registros de acesso a aplicações de internet: o conjunto de informações referentes à data e hora de uso de uma determinada aplicação de internet a partir de um determinado endereço IP.”

rede, teria condições de verificar aqueles que estão relacionados, por exemplo, a pirataria de TV, também conhecida como *cardsharing*⁵⁵⁴, o que lhes permitiria evitar o compartilhamento das chaves pertencentes aos serviços de TV por assinatura e, conseqüentemente, evitar a proliferação efetiva da pirataria em larga escala. Contudo, essa é uma prática que pode ser considerada, eventualmente, como interceptação do fluxo de comunicação e que ainda não foi enfrentada por nossas cortes.

Novamente, indaga-se: poderia a excludente de *legítima defesa cibernética* tornar lícito o comportamento do provedor de conexão que estaria agindo, diligentemente, no auxílio às vítimas de violação de direitos autorais?

Aparentemente, respeitando o ideário de justiça, a resposta precisa ser afirmativa.

Em outro contexto, questiona-se se o empregador que constata que seu empregado, às vésperas de pedir demissão, salva perante *provedor de serviços de nuvem*⁵⁵⁵ (como *OneDrive*, *Dropbox*, *Google Drive* etc.) quantia volumosa de informações corporativas que não só abrangem seu segredo de negócio, mas que também podem contemplar dados pessoais da base de clientes e empregados, com conseqüente caracterização de *incidente de segurança*, ao constatar que o referido empregado deixou sua conta logada no computador corporativo, poderia promover à remoção de referidos arquivos.

Novamente, defendemos a possibilidade de se invocar a excludente de *legítima defesa cibernética* nesse contexto.

Todavia, o *excesso* na *legítima defesa informática* seria igualmente punível, v.g., se o empregador retro mencionado, ao invés de se limitar a apagar informações e dados pessoais de sua titularidade ou sob sua guarda, optasse por apagar todo o conteúdo que constava na *nuvem*

⁵⁵⁴ *Cardsharing* ou compartilhamento de cartão consiste em uma prática ilícita de violação do sistema de acesso condicionado das operadoras de TV fechada, a qual consiste na utilização de aparatos técnicos para a interceptação e retransmissão, em tempo real, das chaves criptográficas para um conjunto próprio de subscritores pagos (a um preço inferior ao serviço autêntico), o que permite a estes subscritores o acesso indevido ao sinal audiovisual na forma decodificada.

⁵⁵⁵ “PROVEDOR DE SERVIÇOS DE NUVEM - ente, público ou privado, prestador de serviço de computação em nuvem;” (Conceitos extraídos do Glossário de Segurança da Informação, aprovado pela Portaria nº 93/2019, do Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República, Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-93-de-26-de-setembro-de-2019-219115663>. Acesso em: 12 set. 2020).

do ex-empregado (como fotografias em família, trabalhos universitários etc.), aproximando-se, inclusive, de uma conduta vingativa, seu ato passaria então a não ser tolerado pelo ordenamento jurídico, o qual passaria a garantir a reparação de danos pelo excesso doloso ou culposos.

Corroborando tais afirmações, vale colacionar a doutrina do criminalista Damásio de Jesus que reconhece a possibilidade de incidência da excludente de *legítima defesa informática*, no âmbito penal, inclusive no tocante à deleção de dados:

Se uma vítima, ao descompilar um *trojan* de que fora vítima, descobre *e-mail* e senha para onde as informações bancárias estavam sendo enviadas, pode querer acessar tal conta para levantar informações sobre um criminoso digital ou apagar seus dados.

Vítimas, pessoas físicas ou jurídicas, podem, em caso de detecção de um ataque em andamento, constituindo uma injusta agressão, buscar interromper o ataque, mas também apurar a autoria por meio de provas que podem ser produzidas em uma espécie de ‘contra-ataque’. E tecnologia existe, considerando que muitas empresas hoje têm conhecimentos e equipe de resposta a incidentes aptas a detectar ataques em tempo de execução.

Uma empresa poderia acessar a conta de um servidor *FTP (File Transfer Protocol)* de um criminoso digital e lá apagar segredos ou informações sigilosas furtadas ou copiadas após a invasão, visando impedir a divulgação? Poderia acessar um *e-mail* descoberto na engenharia reversa de um código malicioso e lá obter informações sobre os crimes do atacante?

Tais afirmações estão relacionadas a um conceito difundido na doutrina brasileira, denominado ‘legítima defesa informática’. Segundo o inciso II do art. 23 do Código Penal, não há crime quando o agente pratica o fato em ‘legítima defesa’. Entende-se, pois, em legítima defesa, quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual e iminente, a direito seu ou de outrem.

Logicamente, a defesa deve se valer de proporcionalidade e não pode servir de subterfúgio para ataques digitais ou exercício arbitrário das próprias razões. Tal instituto pode afastar a incidência do art. 154A do Código Penal, nos termos da Lei n. 13.737/2012, quando comprovado que a invasão, em resposta, deu-se de forma moderada, pela vítima ou equipe de segurança ou resposta a incidentes, que desenvolveu um protocolo de *Ethical Hacking*, para garantir direitos ou prevenir responsabilidades.⁵⁵⁶

Fala-se hoje, inclusive, em práticas conhecidas como *hactivismo*, ou seja, um tipo de ativismo relacionado à uma conduta *hacker*, cuja finalidade seja uma boa causa, qual seja, proteção das pessoas físicas e jurídicas, do patrimônio e da segurança nacional.

⁵⁵⁶ JESUS, Damásio de. Manual de Crimes Informáticos. São Paulo: Saraiva, 2016. Disponível em <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502627253/>> Acesso em 12.09.2020. p. 105-106.

Vale recordar que a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, no artigo 46, impõe aos agentes de tratamento o dever de adotar medidas de segurança, técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou qualquer forma de tratamento inadequado ou ilícito.

3.8. Estado de Necessidade Cibernético

O *estado de necessidade* também é uma excludente geral de responsabilidade civil, prevista no artigo 188, inciso II, do Código Civil, o qual consiste no ato estritamente necessário, e sem excessos, do qual resulta lesão à coisa alheia ou pessoa, a fim de que seja evitado perigo atual ou iminente. O ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.

Diversos veículos da imprensa⁵⁵⁷ noticiaram, em 12.05.17, ataques cibernéticos em larga escala que atingiram empresas ao redor do mundo, o episódio conhecido como “WannaCry” afetou mais de 200.000 (duzentos mil) computadores em 150 (cento e cinquenta) países⁵⁵⁸.

Neste tipo de ataque, conhecido como *ransomware*, que é uma espécie de *malware*⁵⁵⁹, os *crackers* têm por alvo os dados armazenados no disco rígido do sistema invadido, os quais

⁵⁵⁷ Nesse sentido, confira-se: “Ciberataques em larga escala atingem empresas no mundo e afetam Brasil”. Disponível em: <https://g1.globo.com/tecnologia/noticia/hospitais-publicos-na-inglaterra-sao-alvo-cyber-ataques-em-larga-escala.ghtml>; “Chega ao Brasil ataque hacker que sequestrou a Europa” – Disponível em: <https://www.tecmundo.com.br/ataque-hacker/116630-chega-brasil-ataque-hacker-sequestrou-europa.htm>; e “Identificado ataque de ransomware que afecta a sistemas Windows”. Disponível em: <https://www.ccn-cert.cni.es/seguridad-al-dia/comunicados-ccn-cert/4464-ataque-masivo-de-ransomware-que-afecta-a-un-elevado-numero-de-organizaciones-espanolas.html> - Acesso em: 4 dez. 2021.

⁵⁵⁸ Sobre o tema, confira: “Entenda o ciberataque que afetou mais de 200 mil PCs em 150 países”. Disponível em: <https://olhardigital.com.br/especial/wannacry/>. Acesso em: 4 dez. 2021.

⁵⁵⁹ O Glossário de Segurança da Informação, aprovado pela Portaria nº 93, de 26.09.2019, do Ministro de Estado Chefe do Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República traz o seguinte conceito para *malware*: “software malicioso projetado para infiltrar um sistema computacional com a intenção de roubar dados ou danificar aplicativos ou o sistema operacional. Esse tipo de software costuma entrar em uma rede por meio de diversas atividades aprovadas pela empresa, como e-mail ou sites. Entre os exemplos de *malware* estão os vírus,

são criptografados, além de ser impedido o acesso da vítima ao seu próprio sistema. Para retomar o controle do dispositivo invadido, a vítima é compelida a pagar um montante a título de “resgate”, geralmente, em Bitcoins, ou outro tipo de moeda virtual, as quais são conhecidas por dificultar a rastreabilidade⁵⁶⁰.

Infelizmente, eventos relacionados a *ransomware* têm se tornado cada vez mais frequentes.

Uma das formas de contenção deste tipo de *malware* é realizar o isolamento do sistema e interrupção de conexões. Ocorre que, em determinados contextos, referida forma de conter e neutralizar a ameaça pode implicar em *deterioração* ou *destruição* de coisa alheia ou *lesão a pessoa*.

Suponha-se um evento de *ransomware* em ambiente informático de operador que realiza o tratamento de dados em prol de um controlador. Em razão das referidas práticas ilícitas e para conter o ataque, o operador acaba isolando servidores, os quais podem parar a operação do controlador e também gerar perda de dados. Poderia o controlador buscar a reparação pelos danos causados ou estaria o operador amparado pela excludente do *estado de necessidade*? Entendemos que sim, o operador que isola seu ambiente para impedir os estragos de uma invasão sistêmica age em estado de necessidade. Contudo, isso não significa que se eximirá da responsabilidade perante o controlador e, eventualmente, o titular, visto que seria assegurada à parte lesada pelo ato realizado em estado de necessidade a reparação de danos em face do agente de tratamento em questão, o qual pode, futuramente, se voltar contra o verdadeiro ofensor, caso consiga identificá-lo, conforme assegura o parágrafo único do artigo 930 do Código Civil.

worms, trojans (ou cavalos de Troia), *spyware, adware* e *rootkits*.” (Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-93-de-26-de-setembro-de-2019-219115663>. Acesso em: 04.12.2021).

⁵⁶⁰ FERRÃO, Rubia. Cinco pontos sensíveis no uso de bitcoins para práticas criminosas. **Conjur**, 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-04/rubia-ferrao-cinco-pontos-sensiveis-uso-bitcoins-crimes>. Acesso em: 11 dez. 2021.

3.9. Risco do Desenvolvimento no Tratamento de Dados Pessoais

A questão do risco do desenvolvimento também ganha relevância se consideradas as atividades ligadas a operações complexas de tratamento de dados pessoais, como as que implicam em uso de inteligência artificial, decisões automatizadas e *machine learning* (aprendizado automático da máquina).

Cavaliere também aponta uma vertente interessante sobre o risco do desenvolvimento, consistente na alegação dos provedores de impossibilidade de fornecimento dos dados que permitam a identificação de responsáveis por práticas ilícitas na internet, prejudicando a elucidação do anonimato, oportunidade em que conclui pela inaplicabilidade da referida matéria como excludente:

O anonimato, via de regra, é a primeira dificuldade a ser vencida – identificar o infrator. Os provedores de hospedagem costumam alegar não haver condições técnicas para fazer varredura ou para identificar o autor das mensagens. A jurisprudência, entretanto, enfrentando essa questão, firmou o entendimento no sentido de que a dificuldade técnica não justifica a exclusão de responsabilidade do provedor de hospedagem. É típico caso de risco do desenvolvimento que não exclui a responsabilidade do fornecedor do serviço.

‘Quem cria um monstro indomável tem que responder por ele’. Seria também caso de *venire contra factum proprium*.⁵⁶¹

Silmara Juny de Abreu Chinellato e Antonio Carlos Morato, embora não sejam favoráveis ao risco do desenvolvimento como excludente de responsabilidade do fornecedor, apontam que o principal argumento para fundamentar o *risco do desenvolvimento* como excludente é que se o fornecedor “assumissem todos os riscos, de uma forma ou de outra tal assunção recairia sobre toda a sociedade, uma vez que ocorreria um desestímulo à pesquisa e à produção do conhecimento e novos produtos não seriam desenvolvidos.”⁵⁶²

Bruno Miragem vincula o *risco do desenvolvimento* ao disposto no artigo 44, da LGPD, visto que esse dispositivo remete ao “estado da arte”, oportunidade em que situa a

⁵⁶¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 15. ed. Barueri: Atlas, 2021. p. 244.

⁵⁶² CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu; MORATO, Antonio Carlos. Responsabilidade Civil e o risco do desenvolvimento nas relações de consumo. In: NERY, Rosa Maria de Andrade; DONNINI, Rogério (Coord.). **Responsabilidade civil**: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 36.

possível discussão que pode emergir em relação à responsabilidade por danos causados em situações em que foram empregadas as técnicas disponíveis à época:

Note-se que a regra coloca em destaque a questão relativa aos riscos do desenvolvimento, uma vez que delimita a extensão do dever de segurança àquela esperada em razão das ‘técnicas de tratamento de dados disponíveis à época em que foi realizado’. Isso é especialmente relevante considerando a grande velocidade do desenvolvimento da tecnologia no tratamento de dados, e os riscos inerentes, em especial as situações de vazamento e acesso não autorizado de terceiros aos dados armazenados pelo controlador ou pelo operador. Nestas hipóteses trata-se de definir em relação ao controlador e operador dos dados, se seria possível identificar um dever de atualização técnica imputável, e nestes termos, eventual adoção de novas técnicas que permitam o uso indevido do dado, especialmente por terceiros, venha a caracterizar espécie de risco inerente (fortuito interno), que não exclui sua responsabilidade pelos danos que venham a suportar os titulares dos dados; ou se delimitação quanto às técnicas disponíveis à época em que foi realizado o tratamento exclui eventual responsabilização do controlador e do operador pelo desenvolvimento tecnológico que permita obtenção de dados ou tratamento indevido por terceiros, desviado da finalidade originalmente prevista. Em outros termos, trata-se de situar, em relação à responsabilidade pelos danos causados em relação ao tratamento indevido de dados, qual o lugar dos riscos do desenvolvimento, considerando, neste caso, a própria previsibilidade de uma atualização e avanço técnico em atividades vinculadas à tecnologia da informação, mais veloz do que em outras atividades econômicas.⁵⁶³

No contexto da LGPD, o risco do desenvolvimento não foi previsto, de forma que não pode ser considerado uma causa excludente, a menos que sobrevenha previsão legal expressa nesse sentido.

3.10. Excludentes de Responsabilidade Civil no Código de Defesa do Consumidor

O artigo 45, da LGPD, previu, de forma expressa, que as hipóteses de violação do direito do titular, no âmbito das relações de consumo, permanecem sujeitas às regras de responsabilidade previstas na legislação pertinente, o que atrai o regime de “Responsabilidade pelo Fato do Produto e do Serviço” previsto na Seção II, do Capítulo IV – “Da Qualidade Produtos e Serviços, da Prevenção e da Reparação dos Danos”.

⁵⁶³ MIRAGEM, Bruno. Responsabilidade Civil. p. 494.

Em razão disso, emerge a necessidade de um olhar para o microsistema consumerista, especialmente no tocante às excludentes de responsabilidade civil, visto que grande parte do tratamento de dados pessoais poderá ocorrer no contexto de uma relação de consumo.

Consoante artigo 1º e 3º, a LGPD dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, abrangendo, via de regra, (i) *operação de tratamento que seja realizada no território nacional*⁵⁶⁴ (a operação ocorre independentemente de ser ou não uma relação consumerista, como é o caso do tratamento de dados pelo Poder Público e empregadores, por exemplo); (ii) atividade de tratamento tenha por objetivo a *oferta ou o fornecimento de bens ou serviços* (intersecção com a relação de consumo); (iii) *tratamento de dados de indivíduos localizados no território nacional*; e (iv) dados pessoais objeto do tratamento que tenham sido *coletados no território nacional*.

Harmonizando o conceito de *titular* (artigo 5º, inciso V, da LGPD) com o do *consumidor* (artigo 2º, do CDC), tem-se que o *titular consumidor* é a pessoa natural a quem se referem os dados pessoais que são objeto de tratamento, a qual adquire ou utiliza *produto* (bens móveis ou imóveis - §1º, do artigo 3º, do CDC) ou *serviço* (qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista - §2º, do artigo 3º, do CDC), como destinatário final, de um *fornecedor agente de tratamento* (pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem operações de tratamento para fins de atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços – artigo 3º, do CDC combinado com artigo 5º, incisos VI, VII e IX, da LGPD).

Pela análise do inciso II, do artigo 3º, da LGPD, denota-se que a intersecção da LGPD com as normas consumeristas poderá ocorrer não só quando o tratamento de dados é o próprio

⁵⁶⁴ Consoante inciso IV, do artigo 4º, a LGPD não se aplica ao tratamento de dados pessoais (i) provenientes de fora do território nacional e que não sejam objeto de comunicação, uso compartilhado de dados com agentes de tratamento brasileiros ou (ii) objeto de transferência internacional de dados com outro país que não o de proveniência, desde que o país de proveniência proporcione grau de proteção de dados pessoais adequado ao previsto na LGPD.

“produto” ou “serviço”, como, por exemplo, a contratação pelo titular de armazenamento virtual de arquivos (nuvem), assim como o uso de redes sociais (serviços), ou a aquisição de um *software* para processamento de dados (produto), mas também quando o tratamento de dados é *acessório* à relação de consumo, ou seja, para viabilizar a oferta ou fornecimento do produto (e.g. roupas) ou a prestação de serviços (e.g. serviços de saúde), torna-se necessário o tratamento de dados pessoais.

O artigo 45, da LGPD, aponta para a “violação do direito do titular” no âmbito das relações de consumo. Contudo, a reflexão que se faz necessária é aquela que aponte para resposta à dúvida sobre quais são os “direitos” do titular consumidor e quais são as relações de consumo sujeitas às regras da responsabilidade prevista na legislação consumerista.

Essa resposta é importante não só para a escolha de qual regime aplicável para fins de responsabilidade civil, mas também para definir a competência para autuação dos agentes de tratamento, ou seja, se o PROCON, SENACON, por exemplo, ou se a ANPD.

Os direitos do titular são aqueles previstos no ordenamento jurídico, frutos de normas constitucionais e infraconstitucionais. Especificamente na LGPD, os direitos do titular estão elencados no Capítulo III, nominado “Dos Direitos do Titular”, nos artigos 17 a 22.

Por sua vez, o titular consumidor, no que aplicável, fará jus aos direitos previstos no Capítulo III, nominado de “Dos Direitos Básicos do Consumidor”, nos artigos 6º e 7º, do Código de Defesa do Consumidor, sem prejuízo de outros direitos previstos em leis esparsas.

Para aferir qual regime de responsabilidade incidirá sobre a conduta ilícita, necessário averiguar se o evento danoso ocorreu em relação ao tratamento de dados (acessório à relação de consumo) ou sobre o produto ou serviço adquirido ou utilizado pelo titular para tratamento de seus dados pessoais (uma rede social ou nuvem, por exemplo).

Suponha-se a seguinte situação: uso de uma plataforma de e-commerce para compra de roupas. Para entregar referido produto ao consumidor, haverá o tratamento de seus dados pessoais, como por exemplo, dados cadastrais, *logins* de acesso, informações para viabilizar o pagamento. Se o evento danoso ocorrer em relação ao tratamento dos dados pessoais, um

episódio de criação de perfil com fins discriminatórios por exemplo, aplicar-se-ia apenas o regime de responsabilidade civil previsto na LGPD, apenas aquele previsto no CDC, ou haveria cumulação de competência entre autoridades de defesa do consumidor e ANPD?

Aparentemente, nesse caso, a competência seria exclusiva da ANPD, afinal, nenhum ilícito aconteceu no âmbito da relação de consumo (não há vício na roupa comercializada), mas sim no tratamento de dados pessoais que viabilizou a comercialização da referida mercadoria, haja vista a violação do dever contido no artigo 6º, inciso IX, da LGPD.

Por outro lado, suponha-se a situação ocorrida em 04 de outubro de 2021, em que houve um “apagão” nos serviços da empresa FACEBOOK, deixando as aplicações do WhatsApp, Facebook e Instagram fora do ar⁵⁶⁵. Nesse caso, o vício ocorreu, aparentemente, não no tratamento de dados em si, mas na relação de consumo com o titular usuário das referidas aplicações.

Nesse contexto, o regime de responsabilidade aplicável é o previsto no CDC. Tanto é assim que o Procon-SP notificou o FACEBOOK sobre o “apagão” nos serviços e aplicativos para verificar se houve “má prestação do serviço aos usuários e, portanto, infração ao Código de Defesa do Consumidor”⁵⁶⁶.

Em resposta, o FACEBOOK informou que “Foi um problema no sistema que faz as rotas para que a internet saiba como chegar até as redes sociais”⁵⁶⁷, ou seja, aparentemente, a

⁵⁶⁵ Para maiores informações, vide a notícia “WhatsApp fora do ar: o que se sabe e o que falta esclarecer sobre a pane global” – Disponível em: <https://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2021/10/04/whatsapp-fora-do-ar-o-que-se-sabe-ate-agora.ghtml> - Acesso em: 05.12.21.

⁵⁶⁶ Informações obtidas na página do Procon-SP, “Procon-SP notifica Facebook sobre o apagão nos serviços dos aplicativos” – Disponível em: <https://www.procon.sp.gov.br/procon-sp-notifica-facebook-sobre-o-apagao-nos-servicos-dos-aplicativos/> - Acesso em: 05.12.21.

⁵⁶⁷ Informações obtidas perante a CNN Brasil, “Procon-SP multa Facebook em R\$ 11 milhões por queda no WhatsApp; empresa contesta” – Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/business/procon-sp-multa-facebook-em-r-11-milhoes-por-queda-no-whatsapp-empresa-contesta/> - Acesso em: 05.12.21.

falha ocorreu na prestação de serviços em si e não no tratamento de dados pessoais, culminando no pagamento de multa de R\$ 11.286.557,54⁵⁶⁸.

Nesse contexto, embora o serviço do FACEBOOK tenha o tratamento de dados como ponto central de sua atividade, o vício/falha na prestação de serviços aconteceu no contexto da relação de consumo e não do tratamento de dados em si.

Outra situação seria se o referido “apagão” fosse decorrente de um incidente de segurança. Nesse caso, poderia existir uma competência concorrente entre as autoridades de proteção do consumidor e a ANPD, porém cada uma delas precisaria atuar na sua esfera de competência, ou seja, as primeiras em relação à falha na prestação de serviços, e a última, por eventual violação da LGPD, sob pena de infringência ao princípio de *non bis in idem*, pelo qual uma pessoa não pode ser punida duplamente pelo mesmo fato.

Feitas essas considerações para estabelecer os limites de competência da disciplina da proteção de dados e dos direitos do consumidor, será tratada adiante o regime de responsabilidade no CDC e as causas excludentes.

O Código de Defesa do Consumidor estabeleceu a responsabilidade objetiva do fornecedor perante o consumidor. Porém, ainda assim, o nexo causal segue como um pressuposto fundamental para o dever de indenizar, haja vista que sem a relação de causa e efeito haverá a isenção de responsabilidade, conforme esclarece Cláudio Luiz Bueno de Godoy:

Trata-se mesmo de um imperativo de equilíbrio e de boa-fé, não se concebendo, ainda que o sistema seja protetivo do consumidor, que se carregue ao fornecedor a responsabilidade por danos cuja causa não lhe possa ser atribuída, Ou seja, as circunstâncias excludentes referem-se, basicamente, à inexistência de causalidade

⁵⁶⁸ Informações obtidas perante a CNN Brasil, “Procon-SP multa Facebook em R\$ 11 milhões por queda no WhatsApp; empresa contesta” – Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/business/procon-sp-multa-facebook-em-r-11-milhoes-por-queda-no-whatsapp-empresa-contesta/> - Acesso em: 05.12.21.

entre o fornecimento do produto ou do serviço e o dano experimentado pela vítima.⁵⁶⁹

Corroborando esse entendimento, tem-se que a lei consumerista trouxe a previsão expressa das *causas excludentes de responsabilidade civil* decorrentes de relações de consumo, as quais estão previstas nos artigos 12, §3º e 14, §3º, do Código de Defesa do Consumidor, abrangendo as seguintes situações: (i) *o fornecedor não colocou o produto ou serviço no mercado*; (ii) *inexistência de defeito*; (iii) *culpa exclusiva do consumidor* (fato exclusivo); e (iv) *culpa exclusiva de terceiro* (fato exclusivo).

A primeira hipótese incide quando o produto não foi colocado no mercado pelo fornecedor, como é o caso de produtos contrafeitos, por exemplo. Contudo, se o produto é “original”, ou seja, produzido pelo fornecedor, e chegou ao mercado por alguma falha de vigilância do fornecedor, será mantida a responsabilidade civil.⁵⁷⁰

Se o defeito inexistente, o fornecedor também se eximirá de reparar o dano. O Código de Defesa do Consumidor, no §1º, do artigo 12, conceitua que o produto é defeituoso, *quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera*, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, dentre as quais: (i) sua apresentação; (ii) o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam; e (iii) a época em que foi colocado em circulação. Acrescenta o CDC que o produto não é considerado defeituoso pelo fato de outro de melhor qualidade ter sido colocado no mercado (§2º, do artigo 12).

Note que a *obrigação de segurança* também é estampada no CDC. Porém, novamente, tal dever é inerente ao *produto* ou *serviço* em si (como a rede social ou nuvem mencionadas retro). O dever de segurança atinente ao tratamento de dados realizado de maneira acessória

⁵⁶⁹ GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. Responsabilidade pelo Fato do Produto e do Serviço. In: **Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo**. SILVA, Regina Beatriz Tavares da (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2009. p. 159.

⁵⁷⁰ “Assim, em primeiro lugar, a lei determina a exclusão da responsabilidade do fornecedor caso demonstrado que ‘não colocou o produto no mercado’. Importa, porém, é o fornecedor provar que o produto foi ao mercado por motivo que, frise-se, não se liga ao fato que, ainda involuntário, se ponha nos lindes de sua autoridade ou do risco a ela inerente. Dito de outro modo, o fornecedor deve comprovar não só que ele não colocou o produto no mercado como, ainda, que isso não se deu por circunstância que, posto fortuita, seja interna, inerente ao risco que lhe toque.” (*Ibidem*, p. 159-160.)

para viabilizar a comercialização/entrega do produto ou serviço, aparentemente, deverá ser guiado pela LGPD, regime especial nesse aspecto.

Embora previsto em lei, o conceito de *produto defeituoso* é indeterminado competindo ao juiz averiguar seu enquadramento no caso concreto. A aferição da inexistência de defeito também poderá ocorrer por perícia técnica.

Humberto Theodoro Júnior aponta que a doutrina classifica o defeito em três modalidades, quais sejam, (i) *defeito de concepção ou criação*, (ii) *defeito de produção ou fabricação*; e (iii) *defeito de informação ou comercialização*:

A doutrina pátria distingue três modalidades de defeitos:

a) o *defeito de concepção ou criação*, que envolve os vícios de projeto, formulação e *design* do produto. Vale dizer, afeta as ‘características gerais do bem em consequência do erro havido no momento da elaboração ou idealização do projeto, de modo que o produto não terá a virtude de evitar os riscos à saúde e segurança do consumidor ou usuário’;

b) o *defeito de produção ou fabricação*, que envolve os vícios de fabricação, construção, montagem, manipulação e acondicionamento do produto. Decorrem, como se vê, de falhas no processo produtivo. Segundo James Marins, não contaminam todos os exemplares; são previsíveis, uma vez que é possível o cálculo estatístico de sua ocorrência; e são inevitáveis; e,

c) o *defeito de informação ou comercialização*, decorrente da publicidade ou informação insuficiente ou inadequada. Caracteriza-se ‘pela falta ou insuficiência de instruções sobre a correta utilização do produto ou serviço, bem como sobre os riscos por ela ensejados’. Destarte, o dano ao consumidor pode ser provocado não pelo defeito do produto em si, mas pela má informação prestada sobre o produto.⁵⁷¹

O artigo 14, do CDC, traz situações semelhantes relacionadas aos *defeitos nos serviços*.

O *fato exclusivo da vítima*, como o atropelamento em via férrea⁵⁷², também terá o condão de afastar o dever de indenizar.

A excludente de *fato de terceiro* deve figurar como causa única do evento danoso, pois só assim romperá o nexo causal, como já visto alhures. A título de exemplo de fato de terceiro,

⁵⁷¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto **Direitos do consumidor**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992941/>. Acesso em: 18 dez. 2021. p. 76.

⁵⁷² STJ, REsp 1210064/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, j. 08/08/2012, DJe 31/08/2012.

é possível mencionar o caso de vítimas de estelionato, ocorridos fora do ambiente do banco⁵⁷³, como o golpe do falso empréstimo ou de venda de bilhete premiado. Caso o estelionato esteja ligado ao ambiente do banco, como em situações em que há abertura de conta com uso indevido de dados pessoais do consumidor, será considerado *fortuito interno* e, portanto, risco da atividade com dever de indenizar.

Por outro lado, como visto, o Código Civil prevê hipóteses de *excludentes gerais de responsabilidade civil*, como o *caso fortuito e força maior*, e de atenuação, como a *culpa concorrente* (fato concorrente), que não foram previstas no CDC.

O *caso fortuito e força maior*, por sua vez, têm sido admitidos pela doutrina como hipóteses de isenção de responsabilidade:

CASO FORTUITO E FORÇA MAIOR – As hipóteses de caso fortuito e força maior, descritas no art. 393 do Código Civil como eximentes da responsabilidade na ordem civil, não estão elencadas entre as causas excludentes da responsabilidade pelo fato do produto.

Mas a doutrina mais atualizada já advertiu que esses acontecimentos – ditados por forças físicas da natureza ou que, de qualquer forma, escapam ao controle do homem – tanto podem ocorrer antes como depois da introdução do produto no mercado de consumo.

Na primeira hipótese, instalando-se na fase de concepção ou durante o processo produtivo, o fornecedor não pode invocá-la para se subtrair à responsabilidade por danos. (...)

Por outro lado, quando o caso fortuito ou força maior se manifesta após a introdução do produto no mercado de consumo, ocorre uma ruptura do nexo de causalidade que liga o defeito ao evento danoso. Nem tem cabimento qualquer alusão ao defeito do produto, uma vez que aqueles acontecimentos, na maior parte das vezes imprevisíveis, criam obstáculos de tal monta que a boa vontade do fornecedor não pode suprir. Na verdade, diante do impacto do acontecimento, a vítima sequer pode alegar que o produto se ressentia de defeito, vale dizer, fica afastada a responsabilidade do fornecedor pela inocorrência dos respectivos pressupostos.⁵⁷⁴

⁵⁷³ Nesse sentido, “RESPONSABILIDADE CIVIL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. Pretensão da autora ao ressarcimento de valores descontados indevidamente. Estelionato fora da agência bancária. Inércia da autora em comunicar o Banco requerido. Fortuito externo, resultante de fato de terceiro, estranho à atividade bancária – excludente de responsabilidade (Art. 14, §3º, II CDC). Descabimento do dever de indenizar, ante a ausência de defeito na prestação do serviço ou nexo causal. Sentença reformada - Recurso provido.” (TJSP, apelação cível 1017575-73.2015.8.26.0100, Des. Marcos Gozzo, j. 26/07/2017).

⁵⁷⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto: direito material e processo coletivo: volume único / Ada Pellegrini Grinover... [et al.]; colaboração Vicente Gomes de Oliveira Filho e João Ferreira Braga. p. 201.

O Superior Tribunal de Justiça já reconheceu a incidência de *culpa (fato) concorrente*, em ação envolvendo relação de consumo, para atenuar a indenização devida ao consumidor, em decorrência de grave acidente na piscina de um hotel, cujo precedente certamente influenciará no julgamento de causas processadas pelas instâncias inferiores:

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. Responsabilidade do fornecedor. Culpa concorrente da vítima. Hotel. Piscina. Agência de viagens. - Responsabilidade do hotel, que não sinaliza convenientemente a profundidade da piscina, de acesso livre aos hóspedes. Art. 14 do CDC.

- A culpa concorrente da vítima permite a redução da condenação imposta ao fornecedor. Art. 12, § 2º, III, do CDC.

- A agência de viagens responde pelo dano pessoal que decorreu do mau serviço do hotel contratado por ela para a hospedagem durante o pacote de turismo.

Recursos conhecidos e providos em parte.⁵⁷⁵

Portanto, em decorrência da necessária interpretação sistemática e até mesmo para evitar o enriquecimento ilícito, já que a responsabilidade objetiva prevista no CDC não se trata de responsabilidade pela teoria do risco integral, afigura-se justo realizar a interface entre o CDC e o Código Civil para se admitir a incidência não só do *caso fortuito e força maior* para exoneração da responsabilidade do fornecedor, desde que se trate de *fortuito externo*, ou seja, sem qualquer vínculo com o produto e serviço, mas também a *culpa concorrente* (fato concorrente) para atenuá-la.

Igualmente, também incidem sobre as relações de consumo as excludentes gerais de antijuridicidade ou ilicitude, quais sejam, a *legítima defesa*, o *estado de necessidade*, o *exercício regular de direitos* e o *consentimento do lesado*, visto que essas funcionam como causas legais validadoras do comportamento do agente.

3.11. Excludentes no Marco Civil da Internet – Lei nº 12.965/2014

A Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, popularmente conhecida como Marco Civil da Internet, estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Contudo, embora referida lei tenha sido um marco importante para a disciplina da

⁵⁷⁵ STJ, REsp 287.849/SP, Rel. Min. Ruy Rosado De Aguiar, 4ª Turma, j. 17/04/2001, DJ 13/08/2001, p. 165).

Internet no Brasil, foi alvo de muitas críticas, principalmente por ter modificado o cenário de responsabilidade civil dos provedores por conteúdos de terceiros que já vinha sendo consolidado pela doutrina e jurisprudência.

Importante consignar que a proteção de dados pessoais não era o ponto central do Marco Civil da Internet. Tanto que a Lei nº 12.965/2014 assegura que a disciplina do uso da internet no Brasil tem por princípio a “proteção dos dados pessoais, *na forma da lei*” (artigo 3º, inciso III), tratando timidamente a questão, em resposta às denúncias bombásticas de Edward Snowden sobre espionagem americana de diversos governos, inclusive o brasileiro.

Ainda assim, o Decreto nº 8.771, de 11 de maio de 2016, regulamentador do Marco Civil da Internet, estabeleceu padrões de segurança e sigilo dos registros, dados pessoais e comunicações privadas aos provedores que realizam sua guarda, armazenamento e tratamento (artigo 13), além de ter trazido os conceitos de *dado pessoal* como “dado relacionado à pessoa natural identificada ou identificável, inclusive números identificativos, dados locacionais ou identificadores eletrônicos, quando estes estiverem relacionados a uma pessoa” (artigo 14, inciso I) e de *tratamento de dados pessoais*, como “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” (artigo 14, inciso II).

Ademais, no artigo 7º, o Marco Civil da Internet assegura aos usuários da internet os direitos de “não fornecimento a terceiros de seus dados pessoais, inclusive registros de conexão, e de acesso a aplicações de internet, salvo mediante consentimento livre, expresso e informado ou nas hipóteses previstas em lei” (inciso VII), assim como de “informações claras e completas sobre coleta, uso, armazenamento, tratamento e proteção de seus dados pessoais, que somente poderão ser utilizados para finalidades que: a) justifiquem sua coleta; b) não sejam vedadas pela legislação; e c) estejam especificadas nos contratos de prestação de serviços ou em termos de uso de aplicações de internet;” (inciso VIII).

Contemplou, ainda, o *direito de consentimento expresso* “sobre coleta, uso, armazenamento e tratamento de dados pessoais, que deverá ocorrer de forma destacada das

demais cláusulas contratuais” (artigo 7º, inciso IX) e o *direito de eliminação dos dados pessoais* assegurado aos usuários da internet, o qual está previsto no artigo 7º, inciso X: “exclusão definitiva dos dados pessoais que tiver fornecido a determinada aplicação de internet, a seu requerimento, ao término da relação entre as partes, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros previstas nesta Lei e na que dispõe sobre a proteção de dados pessoais”.

O primeiro ponto objeto de crítica está relacionado à disciplina da responsabilidade civil do provedor de aplicação por condutas dos usuários de seus serviços (terceiros). Optou o legislador por regulamentar a questão, porém de forma distinta daquela que já estava praticamente pacificada na jurisprudência, ou seja, a responsabilidade consubstanciada no chamado *notice and take down*, pela qual o provedor que, após notificado acerca de ilicitude de conteúdo de terceiros em seus serviços, deixasse de removê-lo, passava a responder em conjunto com o infrator pelo conteúdo infringente, independentemente do tipo de direito violado (direitos autorais, privacidade, honra, imagem, propriedade industrial etc.).

No entanto, a partir do Marco Civil, a regra passou a ser a de não responsabilização do provedor por ato de terceiros (usuários de seus serviços), nos termos do artigo 19, da Lei nº 12.965/2014, a qual só é excepcionada pela inércia no cumprimento de ordens judiciais e nos casos envolvendo violação da intimidade decorrente da divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado, consoante artigo 21 do mesmo diploma, o qual incorporou a regra do *notice and take down*.

Outra crítica, na época, estava relacionada ao curto prazo de guarda dos registros eletrônicos e dados cadastrais dos usuários dos serviços dos provedores, já que a recomendação do Comitê Gestor Internet Brasil (CGI.br) era de guarda por 03 (três) anos⁵⁷⁶ e,

⁵⁷⁶ Nesse sentido, confira-se: “3.2 Manutenção de Dados de Conexão. Os serviços de telefonia e transmissão de dados mantêm por um prazo de cinco anos os dados de conexões e chamadas realizadas por seus clientes para fins judiciais, inexistindo procedimento semelhante na Internet brasileira. Recomendação: Os provedores de acesso devem passar a manter, por um prazo mínimo de três anos, os dados de conexão e comunicação realizadas por seus equipamentos (identificação do endereço IP, data e hora de início e término da conexão e origem da chamada)”. Disponível em: <https://www.cgi.br/recomendacoes-para-o-desenvolvimento-e-operacao-da-internet-no-brasil/> - Acesso em: 03 jan. 2022.

no Marco Civil da Internet, fixou-se o prazo de guarda em 01 (um) ano para o provedor de conexão e de 06 (seis) meses para o provedor de aplicação, nos termos do *caput* dos artigos 13 e 15, da Lei nº 12.965/2014. Aliás, a fundamentação de guarda deste tipo de dado pessoal será o cumprimento de obrigação legal constante no Marco Civil da Internet.

Ainda, foi duramente criticada a lacuna quanto à responsabilidade civil dos provedores em matéria de direitos autorais, sendo certo que o §2º, do artigo 19, da Lei nº 12.965/2014, dispôs, no tocante à responsabilidade do provedor, que: “A aplicação do disposto neste artigo para infrações a direitos de autor ou a direitos conexos depende de previsão legal específica, que deverá respeitar a liberdade de expressão e demais garantias previstas no art. 5º da Constituição Federal.”

Alicerçado sobre os pilares principais da liberdade de expressão, privacidade e neutralidade, o Marco Civil da Internet também chegou para preencher a grave lacuna legal referente ao prazo de guarda, pelos provedores, dos registros de acesso a aplicações de Internet e registros de conexão à Internet, além de ser confirmada a necessária ordem judicial prévia ao fornecimento de tais informações.

Antes do advento da Lei nº 12.965/2014, diversas nomenclaturas eram utilizadas para designar as empresas que pertenciam a este universo da Internet: provedor de acesso, provedor de conteúdo, provedor de hospedagem, provedor de conta de e-mail, provedor de notícias, *blogs* etc. Porém, no Marco Civil da Internet, referidos personagens foram resumidos às figuras dos provedores de “conexão à Internet” e de “aplicações de Internet”⁵⁷⁷.

Os provedores de conexão à Internet são aqueles que conferem os elementos necessários para que o usuário possa acessar à Internet. Os provedores de aplicação, por sua vez, são aqueles que propiciam os conteúdos, plataformas e serviços na Internet, como *sites*, *blogs*, redes sociais, e-mails, aplicativos etc.

Os provedores de aplicação e de conexão exercem um importante papel nesta sociedade da informação, inclusive em termos de tratamento de dados pessoais, o que torna

⁵⁷⁷ Conceitos no artigo 5º, incisos V e VII, da Lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet).

necessária a observância da função social inerente às suas atividades, notadamente porque é comum que seus serviços sejam utilizados para práticas ilícitas e até mesmo criminosas, na maioria das vezes de forma anônima, já que o usuário não fornece elementos para sua pronta identificação, tornando necessário que tais provedores adotem as providências necessárias para registrar os dados que permitirão à devida identificação dos infratores quando acionados para tanto.

Na contramão da teoria do risco criado⁵⁷⁸, o Marco Civil acabou sendo extremamente favorável aos provedores e, conseqüentemente, trazendo maior prejuízo à vítima, notadamente em razão da judicialização de muitos assuntos que, outrora, eram resolvidos extrajudicialmente, o que também foi objeto de críticas.⁵⁷⁹

As críticas seguiram no sentido de que “os juristas ou juízes podem ser levados a imaginar, no furor dessa revolução [causada pela Internet], que toda a construção anterior da responsabilidade objetiva deveria ser alterada para facilitar esses novos modelos de negócios”⁵⁸⁰.

Feitas essas considerações, importante consignar que, no Marco Civil da Internet, a responsabilidade do provedor de aplicação quanto ao conteúdo de terceiros (seus usuários) é

⁵⁷⁸ “A quarta era dos direitos, conforme denomina Norberto Bobbio, ou era da técnica, no dizer de Hans Jonas, traz uma responsabilidade diferenciada aos produtores de tecnologia, imputando-lhes indenizar os lesados sem indagação de culpa, bastando a comprovação do nexu causal entre o ato ou fato lesivo e o dano. Prestigia a vítima, parte mais fraca, seguindo a tendência da legislação em vários âmbitos, ao reconhecer expressamente que o menos forte será protegido de modo expresse” (Cf. CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. Tendências da responsabilidade civil no direito contemporâneo: reflexos no Código de 2002. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (Org.). **Novo Código Civil**: questões controvertidas. São Paulo: Método, 2006. v. 5. p. 588-589).

⁵⁷⁹ Conforme explicado pelo Professor Antonio Carlos Morato: “Cumpre salientar uma vez mais que a exclusão da responsabilidade civil de quem exerce atividade de risco (contrariando expressamente o Código Civil em seu art. 927, em seu parágrafo único) e também o próprio Código de Defesa do Consumidor (a Lei no 8.078/90, em seu art. 14) constitui um gravíssimo retrocesso e só atende aos interesses de grandes grupos econômicos travestidos de uma suposta liberdade dos usuários e acarretará a incoerência de ter um sistema de normas jurídicas que responsabilizará pequenos empreendedores e deixará impunes provedores que nada mais fazem do que normalmente afirmar que os magistrados nada conhecem sobre Internet e sobre tecnologia.” (MORATO, Antonio Carlos. Os direitos autorais e o Marco Civil na Internet. p. 186).

⁵⁸⁰ MATTES, Anita; GALO, Jaqueline San; PONTES, Leonardo Machado. Responsabilidade Civil dos Provedores (Posfácio). In: NETTO, José Carlos Costa (Coord. geral); EGEEA, Maria Luiza de Freitas Valle; CARASSO, Larissa Andréa (Coord. Nacional). MATTES, Anita; PONTES, Leonardo Machado (Coord. Internacional). **Direito Autoral Atual**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015. p. 361.

subjativa (fortuito interno) e a responsabilidade do provedor de conexão – aquele que provê o acesso à rede – foi completamente afastada (fato exclusivo de terceiro ou fortuito externo).

Em relação ao provedor de conexão reconheceu-se o *fato exclusivo de terceiro* ou *fortuito externo*, nos termos do artigo 18, o qual consiste em expressa *excludente especial de responsabilidade civil*: “O provedor de conexão à internet não será responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros.”

Isso porque a atividade do provedor de conexão se assemelha à das operadoras de telefonia, de forma que condenar referidas empresas por ilícitos ocorridos pelo acesso que proporcionaram à Internet poderia se assemelhar à uma eventual condenação da operadora de telefonia por “trotes” realizados por seus usuários, a partir do uso da linha telefônica.

Note que, nos termos do artigo destacado retro, o provedor de conexão não responde pelo conteúdo gerado por terceiros, mas detém a responsabilidade própria pela identificação de tais terceiros, sob pena de responder pelos danos causados em razão do descumprimento de obrigação legal de guarda dos registros de conexão, visto que tal ato pode prejudicar a identificação de ofensores na Internet. Responde, igualmente, referido provedor de conexão pela licitude do tratamento de dados pessoais que realiza enquanto agente de tratamento, nos termos da LGPD.

Por outro lado, como visto, no que tange à responsabilidade dos provedores de aplicação, houve uma modificação no entendimento que já estava consolidado na jurisprudência consubstanciada no chamado *notice and take down*, ou seja, se após notificado pela vítima sobre uma conduta ilícita, o provedor de aplicação mantivesse o conteúdo ilícito ativo, passava a responder civilmente em conjunto com o infrator, por tratar-se do chamado *fortuito interno*.

O sistema norte-americano se vale do chamado *notice and take down*, ou seja, se o provedor, após notificado sobre uma violação de direitos autorais, deixar de remover,

diligentemente, o conteúdo que viole direitos autorais, passa a responder em conjunto com o infrator.⁵⁸¹

Embora este instituto do *notice and take down* também receba críticas de alguns doutrinadores brasileiros, uma vez que transfere para a vítima o ônus de monitorar ilicitudes na rede, fato é que, por vezes, é complicado atribuir ao provedor de aplicação a missão de saber exatamente se um conteúdo é ilícito ou não, como, por exemplo, nos casos de limitações aos direitos do autor previstas no ordenamento, em especial nos artigos 46 a 48, da Lei nº 9.610/98, sem prejuízo de outros usos justos (*fair uses*), reconhecidos pela doutrina e jurisprudência.

Quanto ao assunto, o doutrinador Antonio Jeová Santos bem retrata um verdadeiro dilema do provedor: “baixar a página imediatamente ou carregar a pecha de que é censurador”. Ainda, prossegue explicando as dificuldades inerentes ao tema:

Nem sempre o funcionário do provedor que terá de verificar o conteúdo da página estará habilitado para saber se aquele conteúdo é nobre ou ofensivo a uma determinada classe de profissionais, por exemplo. O outro lado é que não pode o prestador de serviço informático ficar em situação olímpica, de total irresponsabilidade pelo que ocorre nas entranhas de seus computadores que permitem a criação e propagação da página.⁵⁸²

Atualmente, no Marco Civil da Internet, sob o fundamento de proteção à liberdade de expressão, o chamado *notice and take down* só se manteve em relação a materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado, conforme se infere do artigo 21, da Lei nº 12.965/2014, visto que, em relação aos demais conteúdos apenas após ordem judicial específica é que o provedor está obrigado à remoção, sob pena de responder civilmente pelos

⁵⁸¹ “O DMCA eliminou, para os ISPs, a *direct infringement claim*, por meio da qual não é necessário que o autor prove algo sobre o conhecimento do réu, direito ou habilidade de controlar, ou interesse financeiro para imputar a sua responsabilidade. Assim, naquele país, o que antes era tratado *commom law*, por força da legislação estatutária, atribui a responsabilidade aos ISPs somente por meio da *secondary liability* ou *contributory infringement doctrine*, que exigem que, para que um ISP seja responsabilizado, o mesmo deva razoavelmente conhecer o ilícito e contribuir para a sua ocorrência.” (MATTES, Anita; GALO, Jaqueline San; PONTES, Leonardo Machado. Responsabilidade Civil dos Provedores (Posfácio). In: NETTO, José Carlos Costa (Coord. geral); EGEEA, Maria Luiza de Freitas Valle; CARASSO, Larissa Andréa (Coord. Nacional). MATTES, Anita; PONTES, Leonardo Machado (Coord. Internacional). **Direito Autoral Atual**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015. p. 367).

⁵⁸² SANTOS, Antonio Jeová. Dano moral na Internet. p. 146.

danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros, ou seja, revelando-se um *fortuito interno*, nos termos do artigo 19 do mesmo diploma.

Contudo, não parece acertada a escolha do legislador, visto que alguns direitos que com a liberdade de expressão podem colidir, se vulnerados, podem ser irreparáveis.⁵⁸³ Tanto é assim que pende de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal o tema de repercussão geral 987⁵⁸⁴, vinculado ao RE 1.037.396/SP, pelo qual se analisa a constitucionalidade da exigência de prévia ordem judicial para remoção de conteúdos ilícitos na Internet.

Aparentemente, a escolha do legislador quanto à prevalência da liberdade de expressão vulnera o princípio constitucional da isonomia (artigo 5º, inciso I, da Constituição Federal), não parecendo adequado terem sido desconsideradas as demais vítimas de conteúdos impróprios na Internet, as quais, se não lograrem a remoção extrajudicial, deverão arcar com os ônus de um processo para ter seus direitos assegurados, ainda que tenha sido feito a ressalva quanto à possibilidade de utilização dos Juizados Especiais (vide artigo 19, §3º, da Lei nº 12.965/2014).

Com isso, verifica-se uma clara mudança no eixo de responsabilidade civil, a qual pode inclusive implicar na inviabilidade de reparação da vítima, dada as peculiaridades da

⁵⁸³ “(...) A Lei n. 12.965, ao enfatizar em demasia em vários artigos a liberdade de expressão, parece presumir que o direito à informação é irrestrito e não pode encontrar óbices. Embora de grande relevância, não é ilimitado, devendo ser ponderado quando em colisão com direitos fundamentais ou direitos de personalidade, em que pese a polêmica de tal distinção e nos quais se incluem direitos autorais. A ofensa à vida privada, à intimidade ou ao segredo, bem como à imagem-atributo ou imagem-retrato da pessoa, pela delicadeza e irreversibilidade do dano, merece cuidado por parte dos veiculadores de notícias, assim como também os conteúdos que possam conter violações a bens da personalidade.” (CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. Marco Civil da Internet e direito autoral: responsabilidade civil dos provedores de conteúdo. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Coord.). **Direito e internet III – Tomo II**: Marco Civil da Internet (Lei nº. 12.965/2014). São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 323).

⁵⁸⁴ Supremo Tribunal Federal. Tema 981: “Discussão sobre a constitucionalidade do art. 19 da Lei n. 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) que determina a necessidade de prévia e específica ordem judicial de exclusão de conteúdo para a responsabilização civil de provedor de internet, websites e gestores de aplicativos de redes sociais por danos decorrentes de atos ilícitos praticados por terceiros.” Rel. Min. Dias Toffoli. RE 1037396. Descrição: “Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos arts. 5º, incs. II, IV, IX, XIV e XXXVI, e 220, caput, §§ 1º e 2º, da Constituição da República, a constitucionalidade do art. 19 da Lei n. 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) que impõe condição para a responsabilização civil de provedor de internet, websites e gestores de aplicativos de redes sociais por danos decorrentes de atos ilícitos de terceiros.” Previsão de julgamento em 22.06.22. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?in_cidete=5160549&numeroProcesso=1037396&classeProcesso=RE&numeroTema=987. Acesso em: 03 jan. 2022.

própria rede, marcada pelo cometimento de condutas anônimas, cujo responsável pode vir a não ser identificado, o que deixa de prestigiar a parte hipossuficiente da relação.

Outra interpretação possível do artigo 19, da Lei nº 12.965/2014, seria no sentido de que o provedor poderia ser responsabilizado, por sua negligência, ao deixar de remover o conteúdo apontado como ilícito em notificação extrajudicial, em situação em que não se está diante de exercício da liberdade de expressão, já que o dispositivo retro frisa este conceito ao estatuir “Com o intuito de assegurar a *liberdade de expressão e impedir a censura*, o provedor de aplicações de internet somente será responsabilizado (...)”.

Isso porque existem diversas condutas ilícitas que nada se relacionam com exercício da liberdade de expressão, como é o caso de reprodução integral de obras intelectuais para fins de pirataria, criação de perfis falsos, uso indevido de marcas e nomes, dentre outros.

Vale recordar que, no tocante aos direitos autorais, a Lei nº 12.965/2014 tornou expressa a inaplicabilidade do disposto no artigo 19 ao tema, reservando para lei futura a disciplina da responsabilidade do provedor de aplicação, a qual deverá respeitar a liberdade expressão, conforme artigo 31 do mesmo diploma.

A partir daí, fica evidente que o artigo 19, do Marco Civil da Internet, representa verdadeira excludente especial de responsabilidade, visto que a lei explicita como deverá ser interpretado o *fato de terceiro*, em relação às atividades dos provedores, ou seja, via de regra, será considerado *fortuito externo*, passando a se tornar *fortuito interno*, se o provedor não atender ordem judicial específica determinando a remoção do conteúdo infringente. A título de exceção, vale mencionar o artigo 21, do Marco Civil da Internet (cenas de nudez e atos sexuais de caráter privado); conteúdos relacionados a direitos autorais e violações contra os direitos de criança e adolescente.

3.12. Excludentes Contratuais do Dever de Reparar no Contexto da Proteção de Dados: Cláusula de Não Indenizar e Cláusulas Limitativas de Responsabilidade

Os contratos são importantes instrumentos para alocação de responsabilidades.

No contexto da LGPD, fundamental que os agentes de tratamento de dados pessoais realizem o registro das operações de tratamento (artigo 37, LGPD), procedimento conhecido como *inventário de dados*, *mapeamento de dados (data mapping)* e, ainda, *Record of Processing Activities – ROPA* (Registro das Atividades de Tratamento), para que possam (i) ter o detalhamento dos fluxos de tratamento de dados pessoais; (ii) entender qual o papel que desempenham no tratamento de dados pessoais realizado, ou seja, se suas atividades se enquadram na figura do *controlador*, *controlador conjunto*, *operador ou suboperador*; (iii) ter a visão das bases legais que fundamentam os tratamentos de dados pessoais (coleta, armazenamento, processamento, compartilhamento, eliminação etc.), a fim de que possam ser realizados de maneira lícita; e (iv) para que saibam os agentes de tratamento com quem é feito uso compartilhado.

A partir desse processo de autoconhecimento, os agentes de tratamento poderão refletir sobre quais contratos e outros instrumentos são necessários ao negócio, como eventuais termos de consentimento, cláusulas especiais em contratos com o titular e com outros agentes de tratamento, inclusive para instrução sobre o tratamento de dados, confidencialidade e eliminação pós término da relação contratual.

Não é recomendável inserir cláusulas de consentimento em contratos com o titular, se essa não for a base legal que, realmente, fundamenta o tratamento de dados. Afinal, a cumulação do consentimento com outras bases legais previstas nos artigos 7º e 11, pode gerar conflitos, especialmente frente às expectativas criadas perante o titular quanto à sua prerrogativa de “decidir” se o tratamento pode ou não ser realizado, a qual pode, posteriormente, ser frustrada ao descobrir o referido titular que o seu consentimento foi coletado “pró-forma”, especialmente quando for exercer o seu direito de revogação.

Além disso, recomenda-se que o consentimento para tratamento de dados pessoais seja expresso em instrumento próprio, visto que é grande o risco de invalidação se coletado no

formato “tudo ou nada”, isto é, ou concede o consentimento ou não tem acesso ao produto ou serviço, notadamente em contratos de consumo.

Por outro lado, a governança em proteção de dados também pode demandar a elaboração de outros instrumentos como a (i) Avaliação de Legítimo Interesse, também conhecida como *Legitimate Interest Assessment (LIA)* pela qual será realizado o teste de proporcionalidade para avaliar a viabilidade de escolha da base legal do legítimo interesse; (ii) o *Relatório de Impacto à Proteção de Dados Pessoais (RIPD)* ou *Data Protection Impact Assessment (DPIA)*, consistente na documentação do controlador que contém a descrição dos processos de tratamento de dados pessoais que podem gerar riscos às liberdades civis e aos direitos fundamentais, bem como medidas, salvaguardas e mecanismos de mitigação de risco; e (iii) Políticas, como a de privacidade e proteção de dados, de *cookies*, de segurança da informação, especialmente para atender obrigações de transparência perante o titular de dados.

Entre os agentes de tratamento, além de cláusulas específicas voltadas à proteção de dados, principalmente em contratos cujo objeto central seja o tratamento de dados pessoais, fundamental que seja realizado o detalhamento sobre a operação de tratamento, o que geralmente é feito por meio de Acordos de Proteção de Dados, também conhecidos como *Data Processing Agreement (DPA)*, pelo qual as partes podem nominar o papel que desempenham enquanto agente de tratamento (*controlador, controlador conjunto, operador ou suboperador*), assim como quem deve noticiar incidentes, responder às solicitações dos titulares, no exercício de direitos e, inclusive, delinear as responsabilidades e instruções lícitas do tratamento⁵⁸⁵.

O *Guideline 07/2020*, emitido pelo *European Data Protection Board (EDPB)*⁵⁸⁶, recomenda a alocação de responsabilidades entre os controladores conjuntos por meio de acordos, os quais serão provas de transparência e responsabilidade (*accountability*), pois

⁵⁸⁵ Vide item 52 do Guia Orientativo para Definições dos Agentes de Tratamento de Dados Pessoais e do Encarregado, da ANPD. p. 16. Disponível em: https://www.gov.br/anpd/pt-br/assuntos/noticias/2021-05-27-guia-agentes-de-tratamento_final.pdf. Acesso em: 03 jan. 2022.

⁵⁸⁶ *European Data Protection Board (EDPB)* é um organismo europeu independente, que contribui para a aplicação consistente das regras de proteção de dados em toda a União Europeia e promove a cooperação entre as autoridades de proteção de dados da UE. O EDPB é instituído pelo GDPR e tem sede em Bruxelas. Informações disponíveis em https://edpb.europa.eu/about-edpb/about-edpb/who-we-are_en Acesso em: 03 jan. 2022.

referidos instrumentos demonstrarão que cumprem o RGPD⁵⁸⁷, especialmente em razão do disposto no artigo 26 (1)⁵⁸⁸ do RGPD:

Para melhor enquadrar a atribuição de responsabilidades entre as partes, o EDPB recomenda que o acordo também forneça informações gerais sobre o processamento conjunto, nomeadamente especificando o objeto e a finalidade do tratamento, o tipo de dados pessoais e as categorias de titulares dos dados.⁵⁸⁹

Em relação a esse enquadramento das partes na figura dos agentes de tratamento se aplicará o *princípio da primazia da realidade*, pelo qual valerá mais a realidade fática das atividades da parte em termos de tratamento de dados, do que a literalidade da disposição contratual, como exposto em Guia orientativo produzido pela própria ANPD que reflete entendimento semelhante ao emitido pelo *European Data Protection Board (EDPB)*⁵⁹⁰:

A identificação do controlador deve partir do conceito legal e dos parâmetros auxiliares indicados neste Guia, sempre considerando o contexto fático e as circunstâncias relevantes do caso. O papel de controlador pode decorrer expressamente de obrigações estipuladas em instrumentos legais e regulamentares ou em contrato firmado entre as partes. Não obstante, a efetiva atividade desempenhada por uma organização pode se distanciar do que estabelecem as disposições jurídicas

⁵⁸⁷ *Guidelines 07/2020 on the concepts of controller and processor in the GDPR*. p. 42/43. Disponível em: https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/consultation/edpb_guidelines_202007_controllerprocessor_en.pdf. Acesso em: 03 jan. 2022.

⁵⁸⁸ RGPD, artigo 26 (1) do RGPD “1. Quando dois ou mais responsáveis pelo tratamento determinem conjuntamente as finalidades e os meios desse tratamento, ambos são responsáveis conjuntos pelo tratamento. Estes determinam, por acordo entre si e de modo transparente as respetivas responsabilidades pelo cumprimento do presente regulamento, nomeadamente no que diz respeito ao exercício dos direitos do titular dos dados e aos respetivos deveres de fornecer as informações referidas nos artigos 13.o e 14.o, a menos e na medida em que as suas responsabilidades respetivas sejam determinadas pelo direito da União ou do Estado-Membro a que se estejam sujeitos. O acordo pode designar um ponto de contacto para os titulares dos dados.” Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0679> Acesso em: 03 jan. 2022.

⁵⁸⁹ Tradução livre: “*To better frame the allocation of responsibilities between the parties, the EDPB recommends that the arrangement also provide general information on the joint processing by notably specifying the subject matter and purpose of the processing, the type of personal data, and the categories of data subjects.*” (*Guidelines 07/2020 on the concepts of controller and processor in the GDPR*. Item 173. p. 43. Disponível em: https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/consultation/edpb_guidelines_202007_controllerprocessor_en.pdf. Acesso em: 03 jan. 2022).

⁵⁹⁰ *Guidelines 07/2020 on the concepts of controller and processor in the GDPR*. p. 9. Disponível em: https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/consultation/edpb_guidelines_202007_controllerprocessor_en.pdf. Acesso em: 03 jan. 2022.

formais, razão pela qual é de suma importância avaliar se o suposto controlador é, de fato, o responsável pelas principais decisões relativas ao tratamento.⁵⁹¹

No aludido Guia, a ANPD também recomendou um *ato formal* com o encarregado, como um *contrato de prestação de serviços* ou um *ato administrativo*⁵⁹².

Voltando à excludente contratual, é preciso ter em mente que a *cláusula de não indenizar* favorece o *devedor* da obrigação contratual.

Embora a excludente convencional não possa ser utilizada em contratos com o próprio titular dos dados pessoais, haja vista que a responsabilidade civil neste âmbito é de ordem pública, a cláusula de não indenizar e a cláusula de limitação de responsabilidade serão importantes mecanismos no contexto da proteção de dados, especialmente para regular as relações entre os agentes de tratamento, especialmente no contexto de controladoria conjunta, já que ambos os controladores serão solidários em termos da responsabilidade pelo tratamento, porém precisarão definir entre si o limite individual de suas obrigações contratuais.

Em relação ao titular, parte hipossuficiente na maioria das vezes, frente aos agentes de tratamento, não será admitida a cláusula de não indenizar, por se tratar a responsabilidade civil de matéria de ordem pública atinente a direitos fundamentais da pessoa humana⁵⁹³. Admitir-se-á apenas a limitação de responsabilidade.

Afinal, não se pode dizer que há liberdade contratual para aqueles que estão em situação de vulnerabilidade, hipossuficiência, inferioridade econômica, dependência ou com necessidades da vida.

⁵⁹¹ Vide item 16 do Guia Orientativo para Definições dos Agentes de Tratamento de Dados Pessoais e do Encarregado, da ANPD. p. 7. Disponível em: https://www.gov.br/anpd/pt-br/assuntos/noticias/2021-05-27-guia-agentes-de-tratamento_final.pdf. Acesso em: 03 jan. 2022.

⁵⁹² Vide item 71 do Guia Orientativo para Definições dos Agentes de Tratamento de Dados Pessoais e do Encarregado, da ANPD. p. 22. Disponível em: https://www.gov.br/anpd/pt-br/assuntos/noticias/2021-05-27-guia-agentes-de-tratamento_final.pdf. Acesso em: 03 jan. 2022.

⁵⁹³ “Com mais ênfase não se valida a cláusula se abrange direito de ordem pública, ou mesmo se concerne a direitos fundamentais da pessoa humana, como não reclamação de pensão alimentícia, de direitos trabalhistas, ou de proteção em casos de ofensa à liberdade, de tolerância se ofendida a inviolabilidade.” (RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 576).

Por outro lado, é possível que os contratos que serão estabelecidos entre os agentes de tratamento contemplem esse tipo de excludente contratual para afastar o dever de reparar os danos decorrentes do inadimplemento de obrigações contratuais ou para imputar referido dever reparatório a terceiros, como as seguradoras, sem prejuízo do direito de regresso, previsto no artigo 934, do Código Civil, pelo qual “Aquele que ressarcir o dano causado por outrem pode reaver o que houver pago daquele por quem pagou, salvo se o causador do dano for descendente seu, absoluta ou relativamente incapaz.”

Como dito, nos casos de controladoria conjunta ou até mesmo de controladoria independente ou paralela, é fundamental que as partes delimitem suas obrigações contratuais em termos de tratamento de dados e, conseqüentemente, a responsabilidade contratual inerente ao objeto do contrato.

Estabelecer um bom *acordo de nível de serviço* representa segurança jurídica às partes contratantes e importante instrumento de interpretação das obrigações contratuais, sobre as quais irão recair eventuais cláusulas de não indenizar ou limitativas do dever de reparar.

Isso porque a excludente contratual só pode ser aplicável à inadimplência de obrigações contratuais, como descumprimento de acordo de nível de serviço, por exemplo, e não no caso de responsabilidade extracontratual, afinal, não poderiam as partes combinar sobre a incidência ou não da lei, já que os contratos privados também são limitados pelas normas de ordem pública.

Porém, os agentes de tratamento poderão deliberar sobre a responsabilidade civil decorrente de fato de terceiro (como *crackers*, por exemplo) e das excludentes gerais do *caso fortuito* e *força maior*, nos termos do artigo 393, do Código Civil. Nesse sentido, explica Aguiar Dias:

O caso fortuito ou de força maior, o fato de terceiro, em suma, as causas de exoneração de responsabilidade são, na maioria dos contratos, colocadas a cargo de um dos contratantes, representando os riscos e perigos do contrato. Se a coisa perece por uma dessas causas, aplica-se a norma *res perit domino*, de cuja aplicação decorre que o risco é suportado pelo devedor, como sucede, por exemplo, na empreitada (arts. 1.238 [atual artigo 611, do CC/02] e segs. do Código Civil), salvo o caso de venda de coisa certa, em que prevalece o princípio *res perit emptori*. Ora bem: a

cláusula de irresponsabilidade pode ser convencionada para efeito da transferência dos riscos e perigos de um para outro contratante.⁵⁹⁴

Em relação à responsabilidade por ato de terceiro, a doutrina defende que a cláusula de irresponsabilidade será válida se seguir os mesmos requisitos de validade para a falta pessoal⁵⁹⁵. A título de exemplo, não poderiam as partes convencionar que não respondem pelos atos de seus prepostos, consoante dispõe o artigo 932, inciso III combinado com artigo 933, ambos do Código Civil, por se tratar referido preceito de norma de ordem pública.

O terceiro aqui mencionado, para fins de isenção de responsabilidade por cláusula convencional, deve se enquadrar no conceito de *fortuito externo*, ou seja, não ter qualquer vínculo com o objeto do contrato, o que, no tocante ao tratamento de dados, não pode acontecer em relação a operadores e suboperadores, visto que esses têm conexão com a obrigação contratual e, portanto, não podem ser considerados *estranhos* ou *extrínsecos* à execução do contrato.

A doutrina aponta que o *consentimento* tem máxima relevância na formação da cláusula de irresponsabilidade, razão pela qual demanda *livre discussão entre as partes*⁵⁹⁶ e *inequívoco conhecimento de seus termos*⁵⁹⁷.

Nesse contexto, vem à tona os *contratos de adesão*, em que “o formalismo que envolve o consentimento é sacrificado à urgência da utilização do serviço oferecido”⁵⁹⁸. Quem se encontra nessa situação, deve ser garantida a proteção especial, como explica Aguiar Dias:

Quando ela [a cláusula de irresponsabilidade] reveste a forma de adesão, não pode ser validada, se não há liberdade de escolha, porque, se o aceitante não pode deixar de utilizar o serviço monopolizado, pode, sem dúvida, recusar exonerar o proponente de responsabilidade, uma vez que a isenção não deve ser reconhecida senão quando a

⁵⁹⁴ Vide item 16 do Guia Orientativo para Definições dos Agentes de Tratamento de Dados Pessoais e do Encarregado, da ANPD. p. 7. Disponível em: https://www.gov.br/anpd/pt-br/assuntos/noticias/2021-05-27-guia-agentes-de-tratamento_final.pdf. Acesso em: 03 jan. 2022.

⁵⁹⁵ DIAS, José de Aguiar. **Cláusula de Não Indenizar**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955. p. 140.

⁵⁹⁶ *Ibidem*, p. 63.

⁵⁹⁷ *Ibidem*, p. 66.

⁵⁹⁸ *Ibidem*, p. 64.

aceitação seja inequívoca e corresponda a uma *causa* ou vantagem na contraprestação.⁵⁹⁹

Os contratos que contemplam cláusulas de não indenizar, geralmente, sustentam que, se assim não o fosse, os valores pagos pelos produtos ou serviços, como contraprestação, seriam infinitamente maiores. Contudo, a validade desta afirmação pode ser inferida por perícia avaliativa que demonstre se o preço do contrato é compatível com o praticado no mercado, sem que haja esse tipo de isenção de responsabilidade.

Igualmente, o objeto da cláusula de irresponsabilidade precisa ser *lícito*, respeitar as normas de ordem pública e ser compatível com a autonomia de vontade. Aguiar Dias explica que o objeto desse tipo de cláusula não é exonerar a parte do *ônus contratual*, ou seja, seu resultado não é a *ausência de obrigação*, visto que o contrato remanesce válido e suas estipulações obrigatórias. A consequência é apenas ser impassível de ser exigido do devedor perdas e danos decorrentes do inadimplemento contratual.⁶⁰⁰

A renúncia admissível, portanto, é apenas da reparação do *dano puramente pecuniário*, de ordem patrimonial, único âmbito que temos a disposição.⁶⁰¹

Importante não confundir a *cláusula de irresponsabilidade*, que afasta o dever de indenizar, com *cláusulas de afastamento de obrigações não-imperativas*, que são aquelas que decorrem da lei sob caráter facultativo ou supletivo da vontade das partes.⁶⁰²

Por outro lado, também são comuns as *cláusulas limitativas de responsabilidade* pelas quais as partes pré-estabelecem o valor que o devedor pagará pelas perdas e danos, caso esse seja responsável pelo inadimplemento contratual, ou seja, não será totalmente exonerado, como ocorre em relação à cláusula de irresponsabilidade. Não se tratam essas da *cláusula*

⁵⁹⁹ Vide item 16 do Guia Orientativo para Definições dos Agentes de Tratamento de Dados Pessoais e do Encarregado, da ANPD. p. 7. Disponível em: https://www.gov.br/anpd/pt-br/assuntos/noticias/2021-05-27-guia-agentes-de-tratamento_final.pdf. Acesso em: 03 jan. 2022.

⁶⁰⁰ DIAS, José de Aguiar. **Cláusula de Não Indenizar**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955. p. 66.

⁶⁰¹ *Ibidem*, p. 69.

⁶⁰² *Ibidem*, p. 111.

penal, visto que essa é invocada pelo credor, ao passo que as *cláusulas limitativas* o são pelo devedor.

Frequentemente, referidas *cláusulas limitativas* poderão ter valores ínfimos frente ao vulto envolvido nas obrigações contratuais, o que seria o mesmo que considerá-las como cláusulas de irresponsabilidade. De qualquer forma, a doutrina aponta que faltando-lhes “requisito exigido pela seriedade ou razoabilidade, a convenção é nula. Quando a cláusula limitativa é voluntariamente calculada em soma sistematicamente inferior ao dano eventual, dissimula fraude e deve ser declarada nula.”⁶⁰³

Aguiar Dias explica que a *cláusula limitativa de responsabilidade por fato de terceiro*, salvo proibição legal, é implicitamente autorizada pelo disposto no artigo 149 do Código Civil: “O dolo do representante legal de uma das partes só obriga o representado a responder civilmente até a importância do proveito que teve; se, porém, o dolo for do representante convencional, o representado responderá solidariamente com ele por perdas e danos”.

Novamente, uma perícia avaliativa poderá auxiliar no levantamento valorativo das perdas e danos, a fim de se aferir a razoabilidade da limitação ou seu caráter irrisório.

Em conclusão, tem-se que as cláusulas limitativas podem ser importantes para as atividades empresariais, visto que tornam os riscos contratuais conhecidos. Porém, necessário que sejam aplicadas de acordo com as exigências legais, especialmente no tocante à razoabilidade, sob pena de serem declaradas nulas, já que sua interpretação será restritiva.

⁶⁰³ DIAS, José de Aguiar. **Cláusula de Não Indenizar**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955. p. 129.

CAPÍTULO IV – EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE CIVIL POR VIOLAÇÕES AO DIREITO DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NA UNIÃO EUROPEIA E ESTADOS UNIDOS

Há consideráveis diferenças de entendimento quanto às excludentes de responsabilidade civil, nas jurisdições afiliadas ao *civil law* (como é o caso da Europa e Brasil) e nas que se relacionam com o *common law* (como os Estados Unidos). Contudo, ambos reconhecem a necessária comprovação do *nexo causal* entre o fato (ação ou omissão) e o dano.⁶⁰⁴

Inclusive, no plano internacional também se reconhece que a lei não detalha todas as circunstâncias das excludentes, o que geralmente fica a cargo da jurisprudência:

De acordo com a lei alemã e inglesa (e em menor medida a lei francesa), a questão da causalidade também é altamente importante, mas nenhuma disposição legal fornece ao julgador um conjunto de circunstâncias ou fatores a serem considerados. A jurisprudência decide o caso utilizando várias técnicas jurídicas diferentes, mas com base, principalmente, com uma política específica de olhar para o que é justo, equitativo e razoável. A este respeito, os advogados alemães irão analisar a função protetora da regra que impõe o dever sobre o ofensor ('escopo da regra'), enquanto os advogados ingleses verão se uma determinada causa é 'muito remota' ('distância

⁶⁰⁴ “Para ser mais preciso, a causalidade factual é um requisito para o estabelecimento de responsabilidade em todos os sistemas jurídicos. Esta questão da *condicio* (sic) *sine qua non* é tratada a partir da seguinte pergunta: O dano também teria ocorrido se o causador do ilícito não tivesse agido da maneira que ele agiu? Se for esse o caso, agir corretamente não teria impedido o dano, o que significa que a conexão CSQN [*conditio sine qua non*] não foi estabelecida. Se não for o caso, se a resposta à pergunta for 'não', um (outro) ato (legal) teria evitado o dano, ou pelo menos não lhe teria causado, o que significa que o requisito relativo à conexão entre ato e dano é atendido. Esta questão do CSQN é, antes de mais nada, uma questão de evidência: que fatos podem ser provados? Tendo estabelecido a causalidade desta maneira, a segunda etapa do requisito da causalidade começa; trata-se de encontrar os limites da conexão causal por estabelecer causalidade legal. Esta imputação (legal) de (alguns dos) danos ao evento que realmente causou o dano, terá de ser julgado pelos tribunais.” (Tradução livre do seguinte trecho: *To be more precise, factual causation is a requirement for the establishment of civil liability in all legal systems. This issue of condicio sine qua non is dealt with by asking the question: Would the damage also have occurred if the tortfeasor had not acted in the way he did? If that is the case, acting correctly would not have prevented the damage, which means that the CSQN connection is not established. If that is not the case, if the answer to the question is 'no', a(nother) (lawful) act would have prevented the damage, or at least not have caused it, which means that the requirement regarding the connection between act and damage is met. This CSQN issue is, first and foremost, a question of evidence: which facts can be proven? Having established causation in this manner, the second step of the causation requirement commences; it is about finding the limits of the causal connection by establishing legal causation. This (legal) imputation of (some of) the damage to the event that actually caused the damage, will have to be taken up by the courts.*” GIESEN, Ivo. **Attribution, Legal Causation and Preventive Effects on Causal Imputation from a Psychological Perspective and its Possible Consequences for the Preventive Effects of Tort Law**. 09/11/2010). Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1710682> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1710682>. Acesso em: 27 dez. 2021. p. 5).

do dano'), o que significa que o dano deve ser 'razoavelmente previsível'. Sob a lei francesa, busca-se apenas 'diretas e imediatas consequências' sem ser guiado por critérios fixos.⁶⁰⁵

Nelson Rosenthal, ao tratar do coronavírus e a responsabilidade nos contratos internacionais, aponta para o fato de que “a rígida dicotomia *common law/civil law* é relativizada diante crescente importância da jurisprudência e de outras tendências de descodificação (v.g. *soft law*) no terreno da *civil law* e, da colcha de retalhos que resulta da tendência à codificação na esfera anglo americana.”⁶⁰⁶

De qualquer forma, se verá adiante que as excludentes são previstas em ambos os sistemas e, especialmente no RGPD, há menção expressa a causas que afastam o dever de reparar.

4.1. União Europeia - Regulamento Geral de Proteção de Dados Europeu – RGPD (*General Data Protection Regulation – GDPR*)

Há décadas a Europa se preocupa com a disciplina da proteção de dados. Menezes Cordeiro explica que a primeira lei de proteção de dados pessoais foi aprovada pelo Parlamento do Estado alemão de Hesse, em 1970, sob o nome de *Hessisches Datenschutzgesetz* (HDSG), cujo campo de incidência estava relacionado aos dados coletados

⁶⁰⁵ Tradução livre do seguinte trecho: “*Under German and English law (and a lesser extent French law), the issue of legal causation is also highly important but no statutory provision supplies the decision maker with a set of circumstances or factors to be considered. Case law decides the issue, using several different legal techniques, but on the basis, mainly, of policy considerations, looking at what is fair, just and reasonable. In this regard, German lawyers will analyse the protective function of the rule which imposes the duty on the tortfeasor ('scope of rule'), while English lawyers will see whether a certain cause is 'too remote' ('remoteness of damage'), which means that damage must be 'reasonable foreseeable'. Under French law one looks only for 'direct and immediate consequences' without being guided further by fixed criteria.*” (GIESEN, Ivo. *Attribution, Legal Causation and Preventive Effects on Causal Imputation from a Psychological Perspective and its Possible Consequences for the Preventive Effects of Tort Law*. 09/11/2010), 09/11/2010. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1710682> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1710682>. Acesso em: 27 dez. 2021. p. 6).

⁶⁰⁶ ROSENTHAL, Nelson. O Coronavírus e a Responsabilidade nos Contratos Internacionais. In: **Coronavírus e responsabilidade civil: impactos contratuais e extracontratuais**; coordenado por Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho, Nelson Rosenthal, Roberta Densa. Indaiatuba: Foco, 2020. p. 3.

e tratados por entidades públicas. Posteriormente, outros estados alemães positivaram a matéria, até que, em 01.01.1978, entrasse em vigor o *Bundesdatenschutzgesetz* (BDSG) – Lei Federal de Proteção de Dados, aplicável a todos os tratamentos de dados pelos responsáveis, de natureza pública ou privada.⁶⁰⁷

Em 1973, a Suécia aprovou o *Datalag*, primeiro diploma de aplicação nacional e transversal, para entidades públicas e privadas⁶⁰⁸.

A partir dos anos 80, a disciplina da proteção de dados pessoais começou a se consolidar, encontrando nas diretrizes que serão apontadas adiante os conceitos e princípios formadores da matéria.

Em 23.09.1980, as *Guidelines Governing the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data*⁶⁰⁹ (Diretrizes que regem a Proteção da Privacidade e Fluxos Transfronteiriços de Dados Pessoais), da *Organisation for Economic Co-operation and Development* (OECD), as quais foram revisadas em 2013⁶¹⁰, consistentes em princípios básicos que podem ser incorporados à legislação nacional existente ou servir de base para a legislação nos países que ainda não a possuem, visando harmonizar a defesa da privacidade e evitar interrupções nos fluxos internacionais de dados.

Em 28.01.1981, foi celebrada a *Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data*⁶¹¹ (Convenção para a Proteção das Pessoas

⁶⁰⁷ CORDEIRO, A. Barreto Menezes. **Direito da Proteção de Dados: à luz do RGPD e da Lei nº 58/2019**. Coimbra: Almedina, 2020. p. 64-65.

⁶⁰⁸ *Ibidem*, p. 65.

⁶⁰⁹ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD) - *Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data – Original Version* <https://www.oecd.org/sti/ieconomy/oecdguidelinesontheprivacyandtransborderflowsofpersonaldata.htm> Acesso em: 06 jan. 2022.

⁶¹⁰ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD) - *Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data* https://www.oecd.org/sti/ieconomy/oecd_privacy_framework.pdf Acesso em: 06 jan. 2022.

⁶¹¹ COUNCIL OF EUROPE. *Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data*. Disponível em: <https://rm.coe.int/1680078b37> Acesso em: 28 dez. 2021.

relativamente ao Tratamento Automatizado de Dado Pessoal), denominada Convenção nº 108, cujo objetivo e finalidade era assegurar a cada indivíduo o respeito aos seus direitos e liberdades fundamentais, especialmente seu direito à privacidade, em relação ao processamento automático de dados pessoais a ele relacionados (proteção de dados).

Em 01.11.1993, entrava em vigor o Tratado de Maastricht/Tratado da União Europeia (TUE)⁶¹², assentado em três pilares: as Comunidades Europeias (primeiro pilar) e duas áreas de cooperação adicionais (segundo e terceiro pilares): Política Externa e de Segurança Comum (PESC) e Justiça e Assuntos Internos (JAI)⁶¹³.

A União Europeia conta, atualmente, com 27 (vinte e sete) países⁶¹⁴: Alemanha; Áustria; Bélgica; Bulgária; Chipre; Croácia; Dinamarca; Eslováquia; Eslovênia; Espanha; Estónia; Finlândia; França; Grécia; Hungria; Irlanda; Itália; Letônia; Lituânia; Luxemburgo; Malta; Países Baixos; Polónia; Portugal; República Tcheca; Romênia e Suécia.

Em 24.10.95, surgia a Diretiva 95/46/CE⁶¹⁵, antecessora do atual RGPD, do Parlamento e do Conselho Europeu, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados.

Em 2002, o Parlamento e o Conselho Europeu aprovaram a Diretiva 58, relativa ao tratamento dos dados pessoais e à proteção da privacidade no contexto das comunicações eletrônicas, a qual ficou conhecida como “*ePrivacy Directive*”⁶¹⁶.

⁶¹² PARLAMENTO EUROPEU - Tratado de Maastricht/Tratado da União Europeia <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:11992M/TXT> Acesso em: 06 jan. 2022.

⁶¹³ PARLAMENTO EUROPEU - <https://www.europarl.europa.eu/about-parliament/pt/in-the-past/the-parliament-and-the-treaties/maastricht-treaty> Acesso em: 6 jan. 2022.

⁶¹⁴ Em 31 de janeiro de 2020, o Reino Unido saiu da União Europeia, em operação que ficou conhecida como *Brexit – British* (Britânico) e *Exit* (saída).

⁶¹⁵ Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e Conselho – Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A31995L0046> Acesso em: 06 jan. 2022.

⁶¹⁶ Diretiva 2002/58/EC do Parlamento Europeu e Conselho. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A32002L0058> Acesso em: 06 jan. 2022.

Em 25.05.18, entrava em vigor o Regulamento EU 2016/679⁶¹⁷ do Parlamento Europeu e do Conselho, conhecido como Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD) ou, na língua inglesa, *General Data Protection Regulation* (GDPR), relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados).

O RGPD contempla regras uniformes para tratamento de dados pessoais para países integrantes da União Europeia. Diferentemente das “Diretivas” que precisam passar por processo de transposição para ganharem força de lei nos países integrantes da União Europeia, os “Regulamentos” já possuem eficácia imediata perante os Estados-Membros.

A LGPD, embora mais reduzida, claramente se inspirou no referido regulamento europeu, o que justifica a análise aqui proposta sobre a disciplina das excludentes lá previstas.

A *licitude do tratamento* é um princípio expresso do RGPD, previsto no artigo 5º, nº 1, a). O artigo 6º, do RGPD, nominado de “Licitude do Tratamento”, colaciona as hipóteses legais em que o tratamento de dados é autorizado, ou seja, trata-se de *excludentes de ilicitude/antijuridicidade* expressas, as quais são muito semelhantes às bases legais brasileira e consistem em:

Artigo 6.º

Licitude do tratamento

1. O tratamento só é lícito se e na medida em que se verifique pelo menos uma das seguintes situações:
 - a) O titular dos dados tiver dado o seu *consentimento* para o tratamento dos seus dados pessoais para uma ou mais finalidades específicas;
 - b) O tratamento for necessário para a *execução de um contrato no qual o titular dos dados é parte, ou para diligências pré-contratuais* a pedido do titular dos dados;
 - c) O tratamento for necessário para o *cumprimento de uma obrigação jurídica* a que o responsável pelo tratamento esteja sujeito;
 - d) O tratamento for necessário para a *defesa de interesses vitais* do titular dos dados ou de outra pessoa singular;
 - e) O tratamento for necessário ao *exercício de funções de interesse público ou ao exercício da autoridade pública* de que está investido o responsável pelo tratamento;
 - f) O tratamento for necessário para efeito dos *interesses legítimos* prosseguidos pelo responsável pelo tratamento ou por terceiros, exceto se prevalecerem os

⁶¹⁷ Regulamento EU 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho - Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0679>. Acesso em: 06 jan. 2022.

interesses ou direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais, em especial se o titular for uma criança.⁶¹⁸

Além disso, o considerando nº 45 combinado com o artigo 6º, nº 1, alíneas c) e) e nº 2, do RGPD, apregoam que haverá *licitude* do tratamento quando “realizado em conformidade com uma *obrigação jurídica* à qual esteja sujeito o responsável pelo tratamento”, ou seja, referido sujeito responsável pelo tratamento estará em *exercício regular de direito*, se o tratamento for “necessário ao exercício de funções de interesse público” ou “ao exercício da autoridade pública”, em cujas hipóteses será dispensável uma lei específica, muito embora seja reservado ao direito da União ou dos Estados-Membros determinar, por lei, qual a finalidade do tratamento dos dados e condições gerais de legalidade do referido tratamento.

A base legal referida no artigo 6º, nº 1, alínea e), qual seja, *exercício de funções de interesse público ou ao exercício da autoridade pública*, pode ser utilizada, por exemplo, por uma autoridade tributária para tratamento de dados relativos à declaração fiscal e verificação do valor do imposto a pagar, assim como em processos disciplinares contra alguns dos seus membros por parte de uma associação profissional, como a Ordem dos Advogados ou o Conselho Federal de Medicina, investida de autoridade pública para tal, assim como um órgão de poder local, como uma autoridade municipal, que tenha por missão administrar uma biblioteca ou uma escola.⁶¹⁹

Por outro lado, o *direito à eliminação dos dados pessoais* – que já era garantido pela anterior Diretiva Europeia 95/46⁶²⁰ – foi classificado, no artigo 17, do RGPD, como *Direito ao*

⁶¹⁸ Regulamento EU 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho - Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0679>. Acesso em: 06 jan. 2022.

⁶¹⁹ PINHEIRO, Alexandre Sousa (Coord.); COELHO, Cristina Pimenta; GONÇALVES, Carlos Jorge; GONÇALVES, Catarina Pina. **Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados**. Coimbra: Almedina, 2018. p. 218.

⁶²⁰ Nesse sentido, confira-se o artigo 12, alíneas b e c: “Direito de acesso. Os Estados-membros garantirão às pessoas em causa o direito de obterem do responsável pelo tratamento: (...) b) Consoante o caso, a rectificação, o apagamento ou o bloqueio dos dados cujo tratamento não cumpra o disposto na presente directiva, nomeadamente devido ao carácter incompleto ou inexacto desses dados; c) A notificação aos terceiros a quem os dados tenham sido comunicados de qualquer rectificação, apagamento ou bloqueio efectuado nos termos da alínea b), salvo se isso for comprovadamente impossível ou implicar um esforço desproporcionado.” Diretiva 2002/58/EC do Parlamento Europeu e Conselho. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A32002L0058> Acesso em: 06 jan. 2022.

apagamento dos dados («*direito a ser esquecido*»), o que trouxe novos contornos sobre o alcance do *direito ao esquecimento*, ou seja, passou a abranger também a possibilidade de remoção dos dados pessoais dos titulares, independentemente de causa, e não apenas em situações relacionadas à disseminação de notícias, processos e condenações que violavam direitos das pessoas nelas mencionadas. Nesse sentido, confira-se o que dispõe o texto legal:

Artigo 17.º

Direito ao apagamento dos dados («*direito a ser esquecido*»)

1. O titular tem o direito de obter do responsável pelo tratamento o apagamento dos seus dados pessoais, sem demora injustificada, e este tem a obrigação de apagar os dados pessoais, sem demora injustificada, quando se aplique um dos seguintes motivos:

- a) Os dados pessoais deixaram de ser necessários para a finalidade que motivou a sua recolha ou tratamento;
- b) O titular retira o consentimento em que se baseia o tratamento dos dados nos termos do artigo 6.o, n.o 1, alínea a), ou do artigo 9.o, n.o 2, alínea a) e se não existir outro fundamento jurídico para o referido tratamento;
- c) O titular opõe-se ao tratamento nos termos do artigo 21.o, n.o 1, e não existem interesses legítimos prevalecentes que justifiquem o tratamento, ou o titular opõe-se ao tratamento nos termos do artigo 21.o, n.o 2;
- d) Os dados pessoais foram tratados ilicitamente;
- e) Os dados pessoais têm de ser apagados para o cumprimento de uma obrigação jurídica decorrente do direito da União ou de um Estado-Membro a que o responsável pelo tratamento esteja sujeito;
- f) Os dados pessoais foram recolhidos no contexto da oferta de serviços da sociedade da informação referida no artigo 8.o, n.o 1.

2. Quando o responsável pelo tratamento tiver tornado públicos os dados pessoais e for obrigado a apagá-los nos termos do n.o 1, toma as medidas que forem razoáveis, incluindo de caráter técnico, tendo em consideração a tecnologia disponível e os custos da sua aplicação, para informar os responsáveis pelo tratamento efetivo dos dados pessoais de que o titular dos dados lhes solicitou o apagamento das ligações para esses dados pessoais, bem como das cópias ou reproduções dos mesmos. (...) ⁶²¹

A discussão sobre o direito ao esquecimento, sob o viés de tratamento de dados pessoais, ganhou notoriedade após o *leading case* envolvendo o cidadão espanhol Mario Costeja González, que teve imóveis de sua propriedade penhorados e alienados em hasta pública, em 1998, em virtude de dívidas, culminando em publicação na internet a esse respeito, de forma que qualquer pessoa que pesquisasse sobre ele no buscador do Google, teria conhecimento da referida situação. O Tribunal de Justiça da União Europeia decidiu no

⁶²¹ Regulamento EU 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0679> Acesso em: 06 jan. 2022.

sentido que o referido buscador realiza tratamento de dados e, portanto, se aplica o referido direito ao esquecimento⁶²².

Contudo, o mencionado artigo 17, do RGPD, trouxe *excludentes de ilicitude* relevantes a incidirem sobre o *direito de eliminação dos dados pessoais*, como *liberdade de expressão e de informação; cumprimento de obrigação legal; exercício de funções de interesse público; exercício de autoridade pública; interesse público no domínio da saúde pública; e interesse público, para fins de investigação científica ou histórica ou para fins estatísticos; para exercício regular de direito ou defesa em processo judicial*.⁶²³

O direito de indenização e a responsabilidade dos agentes de tratamento de dados pessoais está prevista no artigo 82º, pelo qual é admissível a propositura de ações de responsabilidade civil por qualquer *violação* do Regulamento.

Menezes Cordeiro, ao tratar do campo da aplicação do referido artigo 82º, destaca que compreende “para além de violações do RGPD, todos os outros tratamentos – na mesma aceção ampla – que violem os atos delegados e de execução adotados nos termos do RGPD, bem como o Direito dos Estados-Membros que dê execução a regras do RGPD.”⁶²⁴ Além disso, registra que outros mecanismos de defesa também são assegurados ao lesado, o qual

⁶²² “(...) o Tribunal de Justiça da União Europeia decidiu, pioneiramente, que: 1) o direito ao esquecimento pode ser exercido contra motores de busca na internet, e não apenas contra a fonte dos dados; e 2) esse direito alcança não apenas dados falsos, equivocados ou obtidos ilicitamente, mas também os lícitos e verdadeiros; 3) para que se justifique a remoção forçada, não é preciso provar prejuízo concreto, bastando demonstrar o constrangimento ao sujeito envolvido, em decorrência da manutenção dos dados além do prazo razoável; e 4) a remoção forçada dos dados não é cabível caso exista interesse público que justifique sua preservação.” (PARENTONI, Leonardo Netto. **O Direito ao Esquecimento** (Right to Oblivion). p. 562-563).

⁶²³ “Artigo 17.º (...) 3. Os n.os 1 e 2 não se aplicam na medida em que o tratamento se revele necessário: a) Ao exercício da liberdade de expressão e de informação; b) Ao cumprimento de uma obrigação legal que exija o tratamento prevista pelo direito da União ou de um Estado-Membro a que o responsável esteja sujeito, ao exercício de funções de interesse público ou ao exercício da autoridade pública de que esteja investido o responsável pelo tratamento; c) Por motivos de interesse público no domínio da saúde pública, nos termos do artigo 9.º, n.º 2, alíneas h) e i), bem como do artigo 9.º, n.º 3; d) Para fins de arquivo de interesse público, para fins de investigação científica ou histórica ou para fins estatísticos, nos termos do artigo 89.º, n.º 1, na medida em que o direito referido no n.º 1 seja suscetível de tornar impossível ou prejudicar gravemente a obtenção dos objetivos desse tratamento; ou e) Para efeitos de declaração, exercício ou defesa de um direito num processo judicial.” Regulamento EU 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho - Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0679> Acesso em: 6 jan. 21.

⁶²⁴ CORDEIRO, A. Barreto Menezes. **Da Responsabilidade Civil pelo Tratamento de Dados Pessoais**. Disponível em: <https://blook.pt/publications/publication/2ae6399f13bb/> - Acesso em: 6 set. 2020. p. 04.

pode “intentar ações de responsabilidade por violação de outras disposições legais, europeias ou nacionais, ou por violação de obrigações contratuais.”⁶²⁵

A doutrina aponta ser necessário, portanto, “o preenchimento dos vários pressupostos da responsabilidade civil extraobrigacional, a saber a prática de ato ilícito, a culpa (na modalidade de dolo ou de negligência), a existência de um dano (patrimonial ou não patrimonial) e o nexo de causalidade entre o ato ilícito culposo e o prejuízo sofrido.”⁶²⁶

No tocante à *ilicitude*, Menezes Cordeiro registra que “o artigo 82.º abrange tratamentos ilícitos, bem como violações de direitos, de obrigações ou de proibições legais que estejam indiretamente relacionadas com as atividades desenvolvidas pelos responsáveis [controladores] e pelos subcontratantes [operadores].”⁶²⁷

Em relação ao *dano*, não houve definição legal sobre o tema, muito embora deva ser considerado na concepção ampla do termo e à luz da jurisprudência, conforme disposto no Considerando 146⁶²⁸, respeitando-se as seguintes balizas: “(i) o conceito de dano deve ser

⁶²⁵ *Ibidem*, p. 04.

⁶²⁶ PINHEIRO, Alexandre Sousa (Coord.); COELHO, Cristina Pimenta; GONÇALVES, Carlos Jorge; GONÇALVES, Catarina Pina. **Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados**. Coimbra: Almedina, 2018. p. 636.

⁶²⁷ CORDEIRO, A. Barreto Menezes, op. cit., p. 04.

⁶²⁸ Considerando 146: “O responsável pelo tratamento ou o subcontratante deverão reparar quaisquer danos de que alguém possa ser vítima em virtude de um tratamento que viole o presente regulamento responsável pelo tratamento. O responsável pelo tratamento ou o subcontratante pode ser exonerado da responsabilidade se provar que o facto que causou o dano não lhe é de modo algum imputável. O conceito de dano deverá ser interpretado em sentido lato à luz da jurisprudência do Tribunal de Justiça, de uma forma que reflita plenamente os objetivos do presente regulamento. Tal não prejudica os pedidos de indemnização por danos provocados pela violação de outras regras do direito da União ou dos Estados-Membros. Os tratamentos que violem o presente regulamento abrangem igualmente os que violem os atos delegados e de execução adotados nos termos do presente regulamento e o direito dos Estados-Membros que dê execução a regras do presente regulamento. Os titulares dos dados deverão ser integral e efetivamente indemnizados pelos danos que tenham sofrido. Sempre que os responsáveis pelo tratamento ou os subcontratantes estiverem envolvidos no mesmo tratamento, cada um deles deverá ser responsabilizado pela totalidade dos danos causados. Porém, se os processos forem associados a um mesmo processo judicial, em conformidade com o direito dos Estados-Membros, a indemnização poderá ser repartida em função da responsabilidade que caiba a cada responsável pelo tratamento ou subcontratante pelos danos causados em virtude do tratamento efetuado, na condição de ficar assegurada a indemnização integral e efetiva do titular dos dados pelos danos que tenha sofrido. Qualquer responsável pelo tratamento ou subcontratante que tenha pago uma indemnização integral, pode posteriormente intentar uma ação de regresso contra outros responsáveis pelo tratamento ou subcontratantes envolvidos no mesmo tratamento.” Regulamento EU 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho – Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0679> Acesso em: 6 jan. 21.

interpretado em sentido lato, à luz da jurisprudência do TJUE; (ii) os objetivos do RGPD devem ser plenamente respeitados; e (iii) todos os danos devem ser ressarcidos, incluindo os danos materiais e os danos imateriais.”⁶²⁹

Em relação ao *nexo de causalidade*, referido jurista aponta que esse decorre da utilização das expressões “devido a”, “causado pelo” e “em virtude”⁶³⁰.

O RGPD também contempla excludentes especiais, tal qual ocorre na LGPD. Nesse sentido, o item 3, do artigo 82º, dispõe que haverá *isenção de responsabilidade* se o responsável pelo tratamento provar que “*não é de modo algum responsável pelo evento que deu origem aos danos*”, ou seja, falta *nexo causal* entre o dano experimentado pelo titular e a conduta do controlador ou operador.

Além disso, referido dispositivo também deve ser conjugado com o Considerando nº 146, destacado retro, o qual admite a aplicação de causas *excludentes*, ao registrar que “O responsável pelo tratamento [controlador] ou o subcontratante [operador] pode ser exonerado da responsabilidade se provar que o facto que causou o dano não lhe é de modo algum imputável.”⁶³¹

Com base no RGPD, ao interpretar situação hipotética de *controladoria paralela*, ou seja, em que há *controladores autônomos ou independentes*, os quais não compartilham finalidades e meios, Mafalda Miranda Barbosa entende não ser possível, via de regra, estabelecer *responsabilidade solidária* por tratamentos ilícitos realizados pelo *controlador paralelo* para quem foi realizado o compartilhamento:

(...) uma seguradora que envia dados dos seus clientes a uma empresa de *rent-a-car*, sempre que seja necessário prover pela contratação de um veículo de substituição no âmbito de um seguro de responsabilidade civil automóvel. A empresa em causa recolhe dados dos clientes, assumindo-se como um *controller*. Contudo, não há conjugação, por não haver partilha de finalidades, nem partilha de meios. Se a

⁶²⁹ CORDEIRO, A. Barreto Menezes. **Da Responsabilidade Civil pelo Tratamento de Dados Pessoais**. Disponível em: <https://blook.pt/publications/publication/2ae6399f13bb/>. Acesso em: 6 set. 2020. p. 05.

⁶³⁰ *Ibidem*, p. 07.

⁶³¹ Regulamento EU 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0679>. Acesso em: 6 jan. 21.

violação dos dados ocorre no tratamento que é feito pela empresa de *rent-a-car*, então, parece que apenas esta será responsabilizada pelos danos que possam emergir.⁶³²

Destaca que o preceito constante no artigo 82º/3, do RGPD, prevê “a inversão do ônus da prova da imputação (outrora dita causalidade)”⁶³³, razão pela qual se houver “mais do que uma esfera de responsabilidade em relação a um mesmo conjunto de dados, relativamente ao qual se verifica um evento danoso, ambos são responsabilizados solidariamente”⁶³⁴, salvo se “no posterior cotejo de esferas de responsabilidade a que se processe, se perceba que a esfera de responsabilidade de um agente consome a do outro”⁶³⁵.

Em relação ao Regulamento Geral de Proteção de Dados, Menezes Cordeiro afirma que o regramento admite as *excludentes de ilicitude e de causalidade*, além do afastamento da *culpa*, conforme trecho adiante:

(...) A não responsabilização, em concreto, dos responsáveis pelo tratamento ou dos subcontratantes ocorrerá sempre que consigam afastar a ilicitude e a culpa dos seus atos e omissões ou demonstrar não terem os seus comportamentos contribuído (nexo causal), de forma alguma, para a ocorrência dos danos.⁶³⁶

Referido jurista traz, ainda, exemplos que demonstram ser admissível considerar causas *excludentes* que não estejam expressamente previstas no texto legal, como é o caso da *força maior (Act of God)*, sem prejuízo da incidência do próprio *consentimento* como excludente de ilicitude:

Vejamos alguns exemplos: (i) um terceiro acede, ilicitamente, aos dados recolhidos, mas o responsável ou o subcontratante demonstram terem cumprido todas as regras

⁶³² BARBOSA, Mafalda Miranda. “Proteção de Dados e Direitos de Personalidade: Uma Relação de Interioridade Constitutiva. Os Benefícios da Protecção e a Responsabilidade Civil”. In Estudos de Direito do Consumidor, do CDC - Centro de Direito do Consumo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2017, n° 12, pp. 75-131. Disponível em: https://www.fd.uc.pt/cdc/pdfs/rev_12_completo.pdf. Acesso em: 21 dez 21. p. 454/455.

⁶³³ BARBOSA, Mafalda Miranda. **Protecção de Dados e Direitos de Personalidade**: Uma Relação de Interioridade Constitutiva. Os Benefícios da Protecção e a Responsabilidade Civil. p. 456.

⁶³⁴ *Ibidem*, p. 456.

⁶³⁵ *Ibidem*, p. 456.

⁶³⁶ CORDEIRO, A. Barreto Menezes. **Da Responsabilidade Civil pelo Tratamento de Dados Pessoais**. Disponível em: <https://blook.pt/publications/publication/2ae6399f13bb/>. Acesso em: 6 set. 2020. p. 15.

de segurança previstas no artigo 32.º; (ii) um terceiro divulga os dados transmitidos pelo responsável, mas prova, em juízo, ter sido feita com o consentimento dos respetivos titulares e no estrito cumprimento de todas as exigências impostas pelo RGPD; ou (iii) os danos podem mesmo não poder, de todo, ser imputáveis a qualquer pessoa: *Act of God*.⁶³⁷

Por sua vez, ao tratar das causas de *isenção de responsabilidade*, Marco Alexandre Saias afirma que a não previsão da excludente de força maior, no texto do RGPD, como ocorria na anterior diretiva, atrai para os agentes de tratamento a necessidade de gerir riscos de situações derivadas desses casos, possivelmente porque pode atrair opiniões de que a falta de previsão expressa afastaria a aplicabilidade da referida excludente:

Em conformidade com os princípios gerais de responsabilidade, um responsável pelo tratamento está isento de responsabilidade na medida em que não seja responsável pelo dano relevante, ou seja, se provar que não é responsável pelos fatos ou atos que originaram os danos causados ao titular de dados.

Uma alteração relevante face à diretiva respeita aos casos de força maior. Enquanto a diretiva isenta os responsáveis pelo tratamento da responsabilidade por danos resultantes de casos de força maior, o regulamento não contém tal isenção, o que significa que o responsável pelo tratamento terá necessariamente de gerir o risco em situações derivadas de casos de força maior.⁶³⁸

De fato, a ausência de previsão legal expressa sempre pode gerar dissenso interpretativo quanto à incidência ou não de determinada excludente de responsabilidade civil, especialmente em um cenário que a Diretiva anterior fazia menção à força maior e o atual RGPD não o faz.

Contudo, como já exposto à sociedade, determinadas excludentes de responsabilidade civil constituem princípios globais inerentes aos próprios pressupostos da responsabilidade civil, de forma que deve ser garantida sua aplicação se presentes os requisitos legais.

O *European Group of Tort Law*⁶³⁹ (Grupo Europeu de Responsabilidade Civil) apresentou os *Principles of European Tort Law*⁶⁴⁰, os quais consolidam fundamentos comuns

⁶³⁷ *Ibidem*, p. 15.

⁶³⁸ SAIAS, Marco Alexandre. Reforço da responsabilização dos responsáveis pelo tratamento de dados. **Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo**, 2017, nº 27, pp. 72-90. Disponível em: https://issuu.com/editorabonijuris9/docs/revista_luso-brasileira_de_direito__d0959fdb6ee330. Acesso em: 28 dez. 2021. p. 85-86.

⁶³⁹ “O Grupo Europeu de Responsabilidade Civil (anteriormente também chamado de “Grupo Tilburg”) é um grupo de académicos na área de responsabilidade civil estabelecido em 1992. O grupo se reúne regularmente para discutir questões fundamentais de responsabilidade civil, bem como desenvolvimentos recentes e o futuro

da responsabilidade civil na Europa. Ao tratar das “Defesas”, no título IV, Capítulo “Defesas em Geral” denota-se o reconhecimento da incidência das *excludentes de responsabilidade civil* como a *legítima defesa, estado de necessidade, consentimento da vítima, exercício regular de direito, força maior, fato de terceiro e o fato da vítima*:

Art. 7: 101. Defesas baseadas em justificativas

(1) A responsabilidade pode ser excluída se e na medida em que o ator agiu legitimamente

a) em defesa de seu próprio interesse protegido contra um ataque ilegal (legítima defesa),

b) por necessidade,

c) porque a ajuda das autoridades poderia não ser obtida a tempo (autoajuda),

d) com o consentimento da vítima, ou quando esta tenha assumido o risco de ser ferida, ou

e) por força de autoridade legítima, como uma licença.

(2) A exclusão da responsabilidade depende do peso dessas justificações, por um lado, e das condições de responsabilidade, por outro.

(3) Em casos extraordinários, a responsabilidade pode ser reduzida.”⁶⁴¹

“Arte. 7: 102. Defesas contra responsabilidade objetiva

(1) A responsabilidade objetiva pode ser excluída ou reduzida se o dano foi causado por um imprevisível e irresistível

a) força da natureza (força maior), ou

b) conduta de um terceiro.

(2) Se a responsabilidade objetiva é excluída ou reduzida e, em caso afirmativo, em que medida, depende do peso da influência externa, por um lado, e do escopo da responsabilidade (Artigo 3: 201), por outro.

(3) Quando reduzida de acordo com o item (1) (b), a responsabilidade objetiva e qualquer responsabilidade de terceiros são solidárias de acordo com o Artigo 9: 101

(1) (b).”⁶⁴²

instruções da lei de delito. O Grupo elaborou uma coleção de Princípios do Direito Civil Europeu (PETL) semelhante aos Princípios do Direito Europeu dos Contratos elaborados pela Comissão Europeia de Direito Contratual (“Comissão Lando”). Tradução livre do texto. Disponível em: [www. http://www.egtl.org/](http://www.egtl.org/) - Acesso em: 26 dez. 2021.)

⁶⁴⁰ EUROPEAN GROUP ON TORT LAW. *Principles of European Tort Law*. Disponível em: <http://www.egtl.org/PETLEnglish.html>. Acesso em: 26 dez. 2021.

⁶⁴¹ Tradução livre do artigo 7:101: “Art. 7:101. *Defences based on justifications (1) Liability can be excluded if and to the extent that the actor acted legitimately a) in defence of his own protected interest against an unlawful attack (self-defence), b) under necessity, c) because the help of the authorities could not be obtained in time (self-help), d) with the consent of the victim, or where the latter has assumed the risk of being harmed, or e) by virtue of lawful authority, such as a licence. (2) Whether liability is excluded depends upon the weight of these justifications on the one hand and the conditions of liability on the other. (3) In extraordinary cases, liability may instead be reduced.*” EUROPEAN GROUP ON TORT LAW. *Principles of European Tort Law*. Disponível em: <http://www.egtl.org/PETLEnglish.html>. Acesso em: 26 dez. 2021.

⁶⁴² Tradução livre do artigo 7:102: “Art. 7:102. *Defences against strict liability (1) Strict liability can be excluded or reduced if the injury was caused by an unforeseeable and irresistible a) force of nature (force majeure), or b) conduct of a third party. (2) Whether strict liability is excluded or reduced, and if so, to what extent, depends upon the weight of the external influence on the one hand and the scope of liability (Article 3:201) on the other.*

“Art. 8: 101. Conduta ou atividade contributiva da vítima

(1) A responsabilidade pode ser excluída ou reduzida na medida em que é considerada apenas levando-se em consideração a culpa contributiva da vítima e quaisquer outras questões que seriam relevantes para estabelecer ou reduzir a responsabilidade da vítima se ela fosse a causadora do delito.

(2) Quando os danos são reclamados com relação à morte de uma pessoa, sua conduta ou atividade exclui ou reduz a responsabilidade de acordo com o parágrafo 1.

(3) A conduta ou atividade contributiva de um auxiliar da vítima exclui ou reduz os danos recuperáveis por esta, de acordo com o item 1.⁶⁴³

Referidos princípios revelam que as excludentes são, portanto, inerentes ao regime da responsabilidade civil, o que inclui o contexto da proteção de dados.

4.2. Estados Unidos

O instituto da responsabilidade civil extracontratual é conhecido nos Estados Unidos como *Tort Law*. *Torts* seria algo semelhante ao que conhecemos como *atos ilícitos*, no campo extracontratual, o qual justificaria a propositura de uma ação judicial cível para reparação de danos decorrentes da violação de um direito consuetudinário reconhecido.⁶⁴⁴

Dentre os direitos protegidos, como elementos da *tort* (responsabilidade civil), encontra-se a *segurança pessoal, propriedade, interesses econômicos e a reputação*. Existem pelo menos 33 (trinta e três) *torts* reconhecidos pelas leis americanas: (i) *abuse of judicial*

(3) *When reduced according to paragraph (1)(b), strict liability and any liability of the third party are solidary in accordance with Article 9:101 (1)(b).*” EUROPEAN GROUP ON TORT LAW. Principles of European Tort Law. Disponível em: <http://www.egtl.org/PETLEnglish.html>. Acesso em: 26 dez. 2021.

⁶⁴³ Tradução livre do artigo 8:101: “Art. 8:101. *Contributory conduct or activity of the victim (1) Liability can be excluded or reduced to such extent as is considered just having regard to the victim’s contributory fault and to any other matters which would be relevant to establish or reduce liability of the victim if he were the tortfeasor. (2) Where damages are claimed with respect to the death of a person, his conduct or activity excludes or reduces liability according to para. 1. (3) The contributory conduct or activity of an auxiliary of the victim excludes or reduces the damages recoverable by the latter according to para. 1.*” EUROPEAN GROUP ON TORT LAW. Principles of European Tort Law. Disponível em: <http://www.egtl.org/PETLEnglish.html> Acesso em: 26 dez. 2021.

⁶⁴⁴ “A *tort* is a civil cause of action that seeks to right a wrong, historically for a claim recognized under the common law, for something other than the enforcement of a contractual promise.” (UNDERWOOD, James. *Tort Law: Principles in Practice*. Second Edition. Wolters Kluwer Law & Business, 2018. <https://books.google.com.br/books?id=96NTDwAAQBAJ&lpg=PP1&hl=pt-BR&pg=PP1#v=onepage&q&f=false>. Acesso em: 27 dez. 2021.)

process (abuso de processo judicial); (ii) *assault* (agressão); (iii) *battery* (lesão); (iv) *breach of statutory duty* (violação de obrigação legal); (v) *causing loss by unlawful means* (causar danos por meios ilegais); (vi) *champerty*⁶⁴⁵; (vii) *conspiracy to injure* (conspiração para lesão); (viii) *conversion* (apropriação indevida de propriedade alheia); (ix) *defamation* (difamação); (x) *deceit* (engano); (xi) *false imprisonment* (falsa prisão); (xii) *harassmen* (assédio); (xiii) *inducing (or procuring) breach of contract* (induzir ou obter quebra de contrato); (xiv) *intentional infliction of mental distress or physical harm* (infilção intencional de sofrimento mental ou dano físico); (xv) *interference with another's contractual relations* (interferência nas relações contratuais de outra pessoa); (xvi) *intimidation* (intimidação); (xvii) *libel* (difamação escrita ou transmitida); (xiii) *maintenance* (incitar e patrocinar litígios de outras partes); (xix) *malicious falsehood* (falsidade maliciosa); (xx) *malicious procurement of a search warrant* (aquisição maliciosa de um mandado de busca e apreensão); (xxi) *malicious prosecution* (acusação maliciosa); (xxii) *misfeasance in public office* (abuso em cargos públicos); (xxiii) *misuse of private information -privacy* (uso indevido de informações privadas); (xxiv) *negligence* (negligência); (xxv) *negligent misstatemen* (distorção negligente); (xxvi) *passing-off* (contrafação de produtos); (xxvii) *private nuisance* (aborrecimento privado – espécie de perturbação de sossego); (xxviii) *public nuisance* (aborrecimento/perturbação pública); (xxix) *Rylands v Fletcher, the rule in*⁶⁴⁶; (xxx) *Scienter, action for* (ato ilícito

⁶⁴⁵ Tradução Livre: “um acordo entre a parte demandante em uma ação judicial (autor) e outra pessoa, geralmente um advogado, que concorda em financiar e realizar a ação em troca de um percentual da recuperação (dinheiro ganho e pago). Na lei comum, isso era ilegal sob a teoria de que encorajava ações judiciais. Hoje é legal e muitas vezes parte de um acordo de "honorários" (Champerty: an agreement between the party suing in a lawsuit (plaintiff) and another person, usually an attorney, who agrees to finance and carry the lawsuit in return for a percentage of the recovery (money won and paid). In common law this was illegal on the theory that it encouraged lawsuits. Today it is legal and often part of a "contingent fee" agreement between lawyer and client. It is not the same as barratry, which is active encouragement of lawsuits.”. Disponível em: <https://dictionary.law.com/Default.aspx?selected=171>. Acesso em: 27 dez. 2021).

⁶⁴⁶ “Rylands v Fletcher [1868] UKHL foi uma decisão da Câmara dos Lordes que estabeleceu uma nova área de responsabilidade civil inglesa. Rylands contratou empreiteiros para construir um reservatório, não desempenhando nenhum papel ativo em sua construção. Quando os empreiteiros descobriram uma série de poços de carvão velhos indevidamente cheios de entulho, eles optaram por continuar a trabalhar em vez de bloqueá-los adequadamente. O resultado foi que em 11 de dezembro de 1860, logo após ser enchido pela primeira vez, o reservatório de Rylands estourou e inundou uma mina vizinha, administrada por Fletcher, causando danos no valor de £ 937 (equivalente a £ 90.000 em 2020). Fletcher moveu uma ação por negligência contra Rylands, através da qual o caso acabou indo para a Tesouraria de Fundamentos. No tribunal de primeira instância, a maioria decidiu a favor de Rylands. Bramwell B, no entanto, discordando, argumentou que o requerente tinha o direito de desfrutar de sua terra sem interferência da água e que, como resultado, o réu era culpado de invasão e comissão de um incômodo. O argumento de Bramwell foi afirmado, tanto pela Court of Exchequer Chamber quanto pela House of Lords, levando ao desenvolvimento da "Regra em Rylands v Fletcher "; que "a pessoa que,

substituído por ‘Liability for Animals’ - Responsabilidade por Animais); (xxxii) *slander* (calúnia); (xxxiii) *trespass to chattels* (expropriação do legítimo possuidor de um bem móvel); e (xxxiiii) *trespass to land* (invasão de terras)⁶⁴⁷.

Warren e Brandeis, precursores do chamado *right to privacy*, no ano de 1890, em um dos artigos mais influentes já publicados, demonstravam que embora fosse inequívoco que o *common law* protegesse o indivíduo e a propriedade, as mudanças políticas, sociais e econômicas implicavam no reconhecimento de novos direitos.⁶⁴⁸ Até mesmo porque as invenções e métodos comerciais (antes mesmo da Internet e de todos esses dispositivos ultra conectados da atualidade) tornavam necessário um próximo passo em prol da proteção do indivíduo após aquilo que o juiz Cooley chamou de “direito de ser deixado só” (*right to be let alone*).⁶⁴⁹

para seus próprios fins, traz para suas terras e coleta e mantém lá qualquer coisa que possa causar danos se escapar, deve mantê-la sob seu risco e, se não o fizer, está *prima facie* responsável por todos os danos que sejam a consequência natural da sua fuga”. Essa doutrina foi posteriormente desenvolvida pelos tribunais ingleses e teve um impacto imediato na lei. Antes da *Rylands*, os tribunais ingleses não baseavam suas decisões em casos semelhantes em responsabilidade objetiva e se concentravam na intenção por trás das ações, e não na natureza das ações em si. Em contraste, *Rylands* impôs responsabilidade objetiva àqueles considerados prejudiciais de tal forma, sem ter que provar um dever de cuidado ou negligência, o que alinhou a lei com a relativa aos reservatórios públicos e marcou uma mudança doutrinária significativa.” (tradução livre da explicação constante em Wikipedia – *Rylands v Fletcher* – Disponível em: https://en.wikipedia.org/wiki/Rylands_v_Fletcher - Acesso em: 27 dez. 2021).

⁶⁴⁷ MULHERON, Rachael. *Principles of Tort Law*. Queen Mary University of London, 2020. Disponível em: <https://www.book2look.com/book/9781108727648> Acesso em: 27 dez. 2021. p. 23-27.

⁶⁴⁸ WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. **The Right to Privacy**. *Harvard Law Review*, vol. 4, n°. 5, The Harvard Law Review Association, 1890, p. 193–220. Disponível em: <https://doi.org/10.2307/1321160> Acesso em: 28 dez. 2021. p. 193.

⁶⁴⁹ “As invenções atuais e os métodos de negócios chamam a atenção para o próximo passo que deve ser dado para a proteção da pessoa e para assegurar ao indivíduo o que o juiz Cooley chama de ‘direito de estar sozinho’. Fotografias instantâneas e jornais invadiram os sagrados recintos da vida privada e doméstica; e inúmeros dispositivos mecânicos ameaçam fazer valer a previsão de que ‘o que se sussurra no armário será proclamado do alto das casas’. Durante anos, houve um sentimento de que a lei deve fornecer algum remédio para a circulação não autorizada de retratos de pessoas privadas; e o mal da invasão de privacidade pelos jornais, há muito sentido agudamente, só foi recentemente discutido por um escritor competente.” Tradução livre do seguinte trecho: “*Recent inventions and business methods call attention to the next step which must be taken for the protection of the person, and for securing to the individual what Judge Cooley calls the ‘right to be alone’. Instantaneous photographs and newspaper enterprise have invaded the sacred precincts of private and domestic life; and numerous mechanical devices threaten to make good the prediction that ‘what is whispered in the closet shall be proclaimed from the house-tops’. For years there has been a feeling that the law must afford some remedy for the unauthorized circulation of portraits of private persons; and the evil of the invasion of privacy by the newspapers, long keenly felt, has been but recently discussed by an able writer.*” (WARREN, Samuel D.;

Embora não haja *tort específica* para privacidade (*tort of privacy*), este assunto tem sido tratado de forma independente pelo direito inglês, no contexto de uso indevido de informações privativas⁶⁵⁰ passando a ter novos contornos do que aquele relacionado à quebra de confidencialidade, assim como no contexto da sua colisão com a liberdade de expressão.

Com efeito, diferentemente da União Europeia, os Estados Unidos não possuem um conjunto sistematizado de normas voltadas à proteção de dados, o que é reflexo, inclusive, de sua raiz normativa fundada no *common law*. Entretanto, existem várias leis setoriais de privacidade, federais e estaduais, inclusive voltadas à proteção do consumidor, as quais atendem por siglas como HIPAA, FCRA, FERPA, GLBA, ECPA, COPPA e VPPA, projetadas para abranger tipos específicos de dados pessoais em circunstâncias especiais.

A discussão sobre o tema começou a tomar peso quando, em 1965, foi constituído o *Special Subcommittee on Invasion of Privacy*, com a realização de audiências sobre privacidade, abrangendo os seguintes temas: “(i) a violação, pelas agências federais, da privacidade dos cidadãos; (ii) a constituição de uma base de dados centralizada, debaixo da

BRANDEIS, Louis D. The Right to Privacy. Harvard Law Review, vol. 4, n.º. 5, The Harvard Law Review Association, 1890, pp. 193–220. Disponível em: <https://doi.org/10.2307/1321160>. Acesso em: 28 dez. 2021. p. 195).

⁶⁵⁰ “A lei se desenvolveu com relativa rapidez nesta área. Em *Rocknroll v News Group Newspapers Ltd*, foi considerado que o ilícito de uso indevido de informações privadas era regido por ‘relativamente novos, mas bem estabelecidos princípios’, enquanto os tribunais da Irlanda do Norte descreveram a lei inglesa da privacidade como sendo ‘o assunto de um desenvolvimento rápido e substancial nos últimos anos’, e ‘um ilícito em desenvolvimento de emergência comparativamente recente’. Recentemente, em *Gulati v MGN Ltd* (o caso de *hacking* de telefone envolvendo três jornais nacionais), o tribunal observou que estes são ‘relativamente primeiros dias em reivindicações de compensação por violação de direitos de privacidade, e que não há, até agora, um grande conjunto de jurisprudência que dê uma orientação clara sobre como a compensação deve ser concedida’. (Tradução livre do seguinte trecho “*The law has developed relatively speedily in this area. In Rocknroll v News Group Newspapers Ltd, it was held that the tort of misuse of private information was governed by ‘relatively new but well-settled principles’, while courts in Northern Ireland have described the English law of privacy as being ‘the subject of substantial and rapid development over recent years’, and ‘a developing tort of comparatively recent emergence’. Recently, in Gulati v MGN Ltd (the phone-hacking case involving three national newspapers), the court noted that these are ‘relatively early days in claims for compensation for infringement of privacy rights, and there is, as yet, no large body of case law which gives clear guidance as to how compensation should be awarded’ in them.” MULHERON, Rachael. *Principles of Tort Law*. Queen Mary University of London, 2020. Disponível em: <https://www.book2look.com/book/9781108727648> Acesso em: 27 dez. 2021. p. 23-27. MULHERON, Rachael. **Privacy**. Online Content. *Principles of Tort Law*. Queen Mary University of London, 2020. Disponível em: https://www.cambridge.org/files/7214/7610/6094/Privacy_Mulheron.pdf. Acesso em: 27 dez. 2021. p. 319.*

alçada do Estado; e (iii) a proteção de dados pessoais dos investidores no âmbito das agências de crédito.”⁶⁵¹

Nesse contexto, surgiram as chamadas *Commercial Credit Bureaus* (agências de crédito) voltadas à “prática de recolher grandes quantidades de dados sobre clientes e potenciais clientes, pedindo-a diretamente, recorrendo a informação pública – notícias de jornais ou decisões jurisprudenciais – ou acedendo a contratos de mútuo celebrados anteriormente.”⁶⁵² Além disso, era comum “empregar-se investigadores privados para que realizassem um levantamento exaustivo do perfil de cada cliente”⁶⁵³. As descrições constantes nesses bancos de dados trariam sucesso ou insucesso na vida dos indivíduos, seja em relação à contratação de um empréstimo, seguro ou até mesmo um contrato de trabalho.⁶⁵⁴

Em 1970, foi então promulgado o *Fair Credit Reporting Act, 1970*, cuja função não era proibir as agências de crédito e tampouco o tratamento de dados pessoais, visto que o legislador tinha a concepção da relevância desse tipo de atividade para a economia, a finalidade era proteger os consumidores, pessoas jurídicas e outras entidades não abrangidas pelo conceito de consumidor, contra informação incorreta nos relatórios de crédito, o que foi feito por meio da previsão do direito de informação aos titulares de dados, assim como poderes de supervisão à *Federal Trade Commission*, além de estabelecer um regime de sanções e responsabilidade civil por violação do diploma.⁶⁵⁵

Em 1974, foi a vez do *Privacy Act, 1974*, o qual era voltado a prover proteção dos indivíduos em face de invasões de privacidade por parte das agências federais, mediante a regulação da coleta, manutenção, uso e disseminação de dados pessoais por referidas agências federais.

⁶⁵¹ CORDEIRO, A. Barreto Menezes. **Direito da Proteção de Dados**: à luz do RGPD e da Lei nº 58/2019. p. 54.

⁶⁵² *Ibidem*, p. 56.

⁶⁵³ *Ibidem*, p. 56.

⁶⁵⁴ *Ibidem*, p. 56.

⁶⁵⁵ *Ibidem*, p. 57-58.

O *Family Educational Rights and Privacy Act* (FERPA), de 1974, cuja tradução livre seria “Lei de Direitos Educacionais e Privacidade”, prevê quem pode solicitar os registros educacionais do aluno, incluindo pais, alunos qualificados e outras escolas.

O *Electronic Communications Privacy Act* (ECPA), de 1986, atualizou o *Federal Wiretap Act* de 1968, que tratava da interceptação de conversas usando linhas telefônicas “físicas”, mas não se aplicava à interceptação de computador e outras comunicações digitais e eletrônicas. Diversos atos legislativos subsequentes, incluindo o *The USA Patriot Act* (Ato Patriótico dos Estados Unidos), esclarecem e atualizam o ECPA para acompanhar a evolução das novas tecnologias e métodos de comunicação, incluindo a redução das restrições ao acesso da aplicação da lei a comunicações armazenadas em alguns casos.

A *Video Privacy Protection Act* (VPPA), de 1988, impede a divulgação de registros de aluguel de VHS e foi promulgada depois que um jornalista puxou o histórico de locação de vídeos do indicado à Suprema Corte, Robert Bork.

O *Health Insurance Portability and Accountability Act* de 1996 (HIPAA), em tradução livre “Lei de Responsabilidade e Portabilidade de Seguro Saúde”, é uma lei federal que exigia a criação de padrões nacionais para proteger as informações sensíveis de saúde do paciente de serem divulgadas sem o consentimento ou conhecimento do paciente.

A *Gramm-Leach-Bliley Act* (GLBA) de 1999 exige que as instituições financeiras - empresas que oferecem produtos ou serviços financeiros aos consumidores, como empréstimos, consultoria financeira ou de investimento ou seguro - expliquem suas práticas de compartilhamento de informações aos clientes e protejam dados sensíveis.

A *Children’s Online Privacy Protection Rule* (COPPA) impõe certos requisitos aos operadores de sites ou serviços online direcionados a crianças menores de 13 (treze) anos de idade e aos operadores de outros sites ou serviços online que têm conhecimento real de que estão coletando informações pessoais online de uma criança menor de 13 (treze) anos.

O *Federal Trade Commission Act* (FTC Act) autoriza a FTC, dentre outras coisas, a (a) prevenir métodos desleais de concorrência e atos ou práticas desleais ou enganosas em ou que

afetem o comércio; (b) buscar reparação monetária e outra reparação por conduta prejudicial aos consumidores; (c) prescrever regras definindo com especificidade atos ou práticas que sejam injustos ou enganosos, e estabelecendo requisitos destinados a prevenir tais atos ou práticas; (d) coletar e compilar informações e conduzir investigações relacionadas à organização, negócios, práticas e gestão de entidades que atuam no comércio; e (e) apresentar relatórios e recomendações legislativas ao Congresso e ao público⁶⁵⁶.

O *Patriot Act* foi assinado logo após os atentados de 11 de setembro, em 26.10.2001, com o fim de prevenir, detectar e acusar a lavagem de dinheiro internacional e o financiamento do terrorismo, o qual autoriza a interceptações de comunicações, em relação a suspeitos de envolvimento em terrorismo, sejam pessoas ou organizações americanas ou de outras nacionalidades, o que faria com que Edward Snowden, anos depois, realizasse denúncias sobre espionagem americana.

Em 02.06.2015, foi publicada a *USA Freedom Act*, a qual é um acrônimo para “*Uniting and Strengthening America by Fulfilling Rights and Ensuring Effective Discipline Over Monitoring Act of 2015*”⁶⁵⁷ (“Unindo e Fortalecendo a América pelo Cumprimento de Direitos e Garantindo Disciplina Eficaz sobre a Lei de Monitoramento de 2015”), a qual modificou várias disposições do *Patriot Act* (cuja vigência tinha expirado, muito embora o *USA Freedom Act* tenha prorrogado a vigência de três de suas disposições – seção 215, sobre a escuta telefônica⁶⁵⁸), além de proibir a coleta em massa de registros privados americanos e promulga reformas significativas para as autoridades de fiscalização que o governo americano tem usado para justificar a coleta em massa de registros telefônicos e metadados da Internet de americanos⁶⁵⁹.

⁶⁵⁶ FEDERAL TRADE COMMISSION. Federal Trade Commission Act. Disponível em: <https://www.ftc.gov/enforcement/statutes/federal-trade-commission-act>. Acesso em: 26 dez. 2021.

⁶⁵⁷ Disponível em: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/PLAW-114publ23/pdf/PLAW-114publ23.pdf> Acesso em: 6 jan. 2022.

⁶⁵⁸ *USA Freedom Act: What's in, what's out*. The Washington Post. Disponível em: <https://www.washingtonpost.com/graphics/politics/usa-freedom-act/>. Acesso em: 6 jan. 2022.

⁶⁵⁹ Informações obtidas em <https://www.leahy.senate.gov/imo/media/doc/USA%20FREEDOM%20Act--background.pdf>. Acesso em: 6 jan. 2022.

Considerando que a então vigente Diretiva europeia nº 95/45/CE exigia mesmo nível de proteção de dados de países para os quais é realizada a transferência internacional de dados pessoais de indivíduos europeus, foi instituído um modelo que ficou conhecido como *Safe Harbor*⁶⁶⁰ (*Porto Seguro*), pela decisão 2000/520/CE.

Frise-se que os Estados Unidos, diferentemente da União Europeia, usam uma abordagem setorial para a proteção de dados, a qual que se baseia em uma combinação de legislação, regulamentação e autorregulação⁶⁶¹.

Posteriormente, o *Safe Harbor* foi substituído pela estrutura do *Privacy Shield* (escudo de privacidade), para regular as transferências internacionais de dados pessoais entre União Europeia e Estados Unidos, no âmbito de relações comerciais, pelo qual o Governo Americano se dispôs a apresentar uma série de garantias para fins de tratamento de dados de cidadãos europeus⁶⁶².

Contudo, este assunto voltou à tona com grande polêmica, pois, em julgamento datado de 16.07.2020, a Corte de Justiça da União Europeia (CJEU) decidiu o Caso *Schrems II*, pelo qual entendeu que “mesmo esse segundo acordo (‘Privacy Shield’) ter [*sic*] mitigado muitos dos pontos de tensão do anterior (‘Safe Harbor’), ainda não está em conformidade com a normativa vigente de proteção de dado.”⁶⁶³

⁶⁶⁰ “(...) um mecanismo de autocertificação de um conjunto de regras acordadas pela Comissão Europeia e *US Department of Commerce*, que permitia às empresas americanas, mais concretamente as gigantes do mundo da Internet, transferir dados pessoais de clientes e utilizadores, da União Europeia para os EUA, o acórdão *Schrems*.” (CALDEIRA, Cristina. A Proteção de Dados Pessoais e o Impacto nas Transferências Internacionais. p. 644. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de; MACIEL, Renata (Coords.). **Direito & Internet IV**: Sistema de Proteção de Dados Pessoais. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 629-652).

⁶⁶¹ Privacy Shield – Disponível em: <https://www.privacyshield.gov/article?id=OVERVIEW>. Acesso em: 28.12.21.

⁶⁶² Dentre os princípios do Privacy Shield estão: 1. Notificação; 2. Escolha; 3. Responsabilidade pela transferência progressiva; 4. Segurança; 5. Integridade de dados e limitação da finalidade; 6. Acesso; 7. Recurso, fiscalização e responsabilidade. (Privacy Shield - Disponível em: <https://www.privacyshield.gov> Acesso em: 28 dez. 2021).

⁶⁶³ PERRONE, Christian. Dados internacionais na encruzilhada e o contexto brasileiro. Como uma decisão da União Europeia em relação aos EUA pode impactar fluxos de dados para o Brasil. Disponível em:

Nos Estados Unidos, as excludentes de responsabilidade civil são nominadas como *defenses to intentional torts*, cuja tradução livre seria *defesas para atos ilícitos intencionais*, as quais são semelhantes às *excludentes de ilicitude ou de antijuridicidade*, abrangendo (i) o *consent* (consentimento); (ii) *defense of self, others, and property* (legítima defesa própria, de terceiros e da propriedade); e *necessity* (estado de necessidade); assim como a *causation* que seria semelhante ao *nexo causal*.⁶⁶⁴ O ato do ofensor deve ser a causa real e próxima do dano experimentado, pois a “causalidade é um elemento necessário da violação quando a obrigação principal em questão quer diretamente ou indiretamente requer a existência de tal link.”⁶⁶⁵

A *causation* é classificada pela doutrina americana como “*indispensable in every tort case*”⁶⁶⁶, a qual pode ser dividida em (i) *cause in fact* (causa de fato), isto é, a conduta do agente é a causa real ou direta do dano; e (ii) *proximate ou legal cause* (causa próxima ou causa legal), pela qual a lei reconhece a conduta do agente como o fator substancial do dano, ou seja, os danos são consequência natural e direta da causa próxima.

Os Estados Unidos também reconhecem o *plaintiff's conduct*⁶⁶⁷, semelhante ao fato exclusivo da vítima, como um meio de defesa válido tanto na *strict liability* (responsabilidade objetiva) quanto no *negligence system* (responsabilidade subjetiva).

Em relação à *force majeure* (força maior), os ingleses e norte-americanos “não se afeiçoam a amplos princípios e cláusulas gerais. Com exceção do princípio da força

<https://www.jota.info/coberturas-especiais/liberdade-de-expressao/dados-internacionais-na-encruzilhada-e-o-contexto-brasileiro-21072020> - Acesso em: 28 dez. 2021.

⁶⁶⁴ UNDERWOOD, James. *Tort Law: Principles in Practice*. Second Edition. Wolters Kluwer Law & Business, 2018. <https://books.google.com.br/books?id=96NTDwAAQBAJ&lpg=PP1&hl=pt-BR&pg=PP1#v=onepage&q&f=false> - Acesso em: 27 dez. 2021.

⁶⁶⁵ PLAKOKEFALOS, Ilias. Causation in the Law of State Responsibility and the Problem of Overdetermination: In Search of Clarity. *European Journal of International Law*, Volume 26, Issue 2, May 2015, Pages 471–492. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/ejil/chv023>. Acesso em: 27 dez. 2021. p. 481.

⁶⁶⁶ “Indispensável em todos os casos de atos ilícitos” (Tradução livre. EPSTEIN, Richard Allen. **Cases and materials on torts**. 7 ed. New York: Aspen Law & Business, 2000. p. 433).

⁶⁶⁷ “Plaintiff's harm was her own fault” (tradução livre de “O dano à vítima é decorrente de sua própria culpa” (EPSTEIN, Richard Allen. *Cases and materials on torts*. 7 ed. New York: Aspen Law & Business, 2000. p. 30).

obrigatória dos contratos, prevalecem as provisões particulares, pois juízes desconfiam de regras indefinidas.”⁶⁶⁸ Além disso, Nelson Rosenthal acrescenta que:

dificilmente se aceitaria nas cortes dos Estados Unidos e Inglaterra (assim como a maior parte do Canadá, Austrália, África do Sul...) a aceitação de um genérico ‘Force majeure certificate’ para eximir o contratante de cumprir o pactuado. Isto não bastará para elidir o ‘breach of contract’ e um pedido de indenização pela contraparte. Por isso, os contratos anglo-americanos são bem mais detalhados que os contratos europeus, afinal, tudo dependerá do conteúdo da gestão de riscos previamente levada a efeito pelas partes quando da elaboração de uma específica cláusula de força maior.⁶⁶⁹

De qualquer forma, no âmbito das relações contratuais, a força maior é um princípio geral de defesa, conforme se infere do artigo 7.1.7 do UNIDROIT *Principles of International Commercial Contracts* (UPICC):

ARTIGO 7.1.7

(Força maior)

(1) O inadimplemento de uma das partes é justificado se essa parte provar que o referido inadimplemento foi devido a um impedimento fora de seu controle e que não poderia ser razoavelmente esperado que tivesse o impedimento em consideração no momento da conclusão do contrato ou ter evitado ou superado suas consequências.

(2) Quando o impedimento for apenas temporário, a desculpa terá efeito por esse período como é razoável, tendo em conta o efeito do impedimento na execução do contrato.

(3) A parte que inadimplir deve avisar a outra parte do impedimento e seu efeito em sua capacidade de executar. Se o aviso não é recebido pela outra parte dentro de um prazo razoável após a parte inadimplente saber ou dever saber do impedimento, é responsável pelos danos decorrentes desse não recebimento.

(4) Nada neste artigo impede uma parte de exercer o direito de rescindir o contrato, recusar a prestação ou requerer juros sobre o valor devido.⁶⁷⁰

⁶⁶⁸ ROSENVALD, Nelson. O Coronavírus e a Responsabilidade nos Contratos Internacionais. In: **Coronavírus e responsabilidade civil: impactos contratuais e extracontratuais**; coordenado por Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho, Nelson Rosenthal, Roberta Densa. Indaiatuba: Foco, 2020. p. 5.

⁶⁶⁹ *Ibidem*, p. 6-7.

⁶⁷⁰ Tradução livre do artigo 7:101: “*ARTICLE 7.1.7 (Force majeure) (1) Non-performance by a party is excused if that party proves that the non-performance was due to an impediment beyond its control and that it could not reasonably be expected to have taken the impediment into account at the time of the conclusion of the contract or to have avoided or overcome it or its consequences. (2) When the impediment is only temporary, the excuse shall have effect for such period as is reasonable having regard to the effect of the impediment on the performance of the contract. (3) The party who fails to perform must give notice to the other party of the impediment and its effect on its ability to perform. If the notice is not received by the other party within a reasonable time after the party who fails to perform knew or ought to have known of the impediment, it is liable for damages resulting from such non-receipt. (4) Nothing in this Article prevents a party from exercising a right to terminate the contract or to withhold performance or request interest on money due.*” UNIDROIT - The International Institute for the Unification of Private Law. *Principles of International Commercial Contracts* (UPICC). Art. 1.6(2) UNIDROIT Principles 2016. Disponível em:

A justificativa para inclusão do referido princípio, sob o nome de *força maior*, repousa no fato de que se trata de “prática no comércio internacional”, o que é confirmado pela existência de inúmeras cláusulas nominadas como *força maior* em contratos internacionais.

Como visto, mesmo no sistema do *common law* são reconhecidas as excludentes de responsabilidade civil, sendo certo, ainda, que a disciplina da proteção de dados, embora não conte com um regime unificado como o RGPD, ou a nossa LGPD, também reconhece a viabilidade de incidência de excludentes.

Apenas três estados, nos Estados Unidos, possuem leis abrangentes voltadas à proteção de dados: Califórnia (CCPA e suas emendas, CPRA), Virgínia (VCDPA) e Colorado (ColoPA).⁶⁷¹

O *Virgínia Consumer Data Protection Act* (VCDPA) estabelece uma estrutura para controle e processamento de dados pessoais e entrará em vigor em 1º de janeiro de 2023. Em suma, prevê o seguinte:

A lei se aplica a todas as pessoas que conduzem negócios na Comunidade e (i) controlam ou processam dados pessoais de pelo menos 100.000 (cem mil) consumidores ou (ii) obtêm mais de 50% (cinquenta por cento) da receita bruta da venda de dados pessoais e controlam ou processam dados pessoais de pelo menos 25.000 (vinte e cinco mil) consumidores. O projeto descreve responsabilidades e padrões de proteção de privacidade para controladores e processadores de dados. O projeto de lei não se aplica a entidades governamentais estaduais ou locais e contém exceções para certos tipos de dados e informações regidos pela lei federal. O projeto de lei concede ao consumidor o direito de acessar, corrigir, excluir, obter uma cópia dos dados pessoais e optar pelo não processamento de dados pessoais para fins de publicidade direcionada. O projeto de lei estabelece que o Procurador-Geral tem autoridade exclusiva para fazer cumprir as violações da lei, e o Fundo de Privacidade do Consumidor é criado para apoiar esse esforço.⁶⁷²

<https://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2016/principles2016-e.pdf> Acesso em: 06 jan. 2022.

⁶⁷¹ KLOSOWSKI, Thorin. The State of Consumer Data Privacy Laws in the US (And Why It Matters). **The New York Times**. Wirecutter. Disponível em: <https://www.nytimes.com/wirecutter/blog/state-of-privacy-laws-in-us/> - Acesso em: 26 dez. 2021.

⁶⁷² VIRGINIA’S LEGISLATIVE INFORMATION SYSTEM. Tradução livre: “*SUMMARY AS PASSED SENATE: Consumer Data Protection Act. Establishes a framework for controlling and processing personal data in the Commonwealth. The bill applies to all persons that conduct business in the Commonwealth and either (i) control or process personal data of at least 100,000 consumers or (ii) derive over 50 percent of gross revenue*”

O *Colorado Privacy Act* (ColoPA), por sua vez, entrará em vigor em 1º de julho de 2023, e confere proteção adicional aos dados pessoais. Em suma, contempla as seguintes diretrizes:

Aplica-se a pessoas jurídicas que conduzem negócios ou produzem produtos ou serviços comerciais que são intencionalmente direcionados aos residentes do Colorado e que: (i) Controlar ou processar dados pessoais de pelo menos 100.000 consumidores por ano civil; ou (ii) Obter receitas da venda de dados pessoais e controlar ou processar os dados pessoais de pelo menos 25.000 consumidores; e

Não se aplica a certas entidades especificadas, incluindo governos estaduais e locais e instituições estaduais de ensino superior, dados pessoais regidos por leis estaduais e federais listadas, atividades listadas e registros de emprego.

A lei define um ‘controlador’ como a pessoa que, sozinha ou em conjunto com outras, determina os fins e os meios de tratamento dos dados pessoais. Um ‘processador’ significa uma pessoa que processa dados pessoais em nome de um controlador. Os consumidores têm o direito de optar pelo processamento dos seus dados pessoais por parte do controlador; acessar, corrigir ou excluir os dados; ou obter de um controlador uma cópia portátil dos dados.

A lei:

Especifica como os controladores devem cumprir os deveres de afirmação dos consumidores sobre seus direitos, transparência, especificação de finalidade, minimização de dados, evitando uso secundário, cuidado, evitando discriminação ilegal e dados sensíveis;

Exige que os controladores realizem uma avaliação de proteção de dados para cada uma de suas atividades de processamento envolvendo dados pessoais que apresentam um risco elevado de danos aos consumidores, como processamento para fins de publicidade direcionada, criação de perfis, venda de dados pessoais ou processamento de dados confidenciais; e

Especifica que a violação de seus requisitos é uma prática comercial enganosa para fins de aplicação, mas o ato pode ser executado apenas pelo procurador-geral ou procuradores distritais.⁶⁷³

from the sale of personal data and control or process personal data of at least 25,000 consumers. The bill outlines responsibilities and privacy protection standards for data controllers and processors. The bill does not apply to state or local governmental entities and contains exceptions for certain types of data and information governed by federal law. The bill grants consumer rights to access, correct, delete, obtain a copy of personal data, and to opt out of the processing of personal data for the purposes of targeted advertising. The bill provides that the Attorney General has exclusive authority to enforce violations of the law, and the Consumer Privacy Fund is created to support this effort. The bill has a delayed effective date of January 1, 2023.” Disponível em: <https://lis.virginia.gov/cgi-bin/legp604.exe?211+sum+SB1392> Acesso em: 06 jan. 2022.

⁶⁷³ COLORADO GENERAL ASSEMBLY. Tradução livre: “*The act creates personal data privacy rights and: Applies to legal entities that conduct business or produce commercial products or services that are intentionally targeted to Colorado residents and that either: Control or process personal data of at least 100,000 consumers per calendar year; or Derive revenue from the sale of personal data and control or process the personal data of at least 25,000 consumers; and Does not apply to certain specified entities including state and local governments and state institutions of higher education, personal data governed by listed state and federal laws, listed activities, and employment records. The act defines a ‘controller’ as a person that, alone or jointly with others, determines the purposes and means of processing personal data. A ‘processor’ means a person that processes personal data on behalf of a controller. Consumers have the right to opt out of a controller’s processing of their personal data; access, correct, or delete the data; or obtain from a controller a portable copy of the data. The act: Specifies how controllers must fulfill duties regarding consumers’ assertion of their rights, transparency, purpose specification, data minimization, avoiding secondary use, care, avoiding unlawful discrimination, and*

O Estado da Califórnia foi um dos primeiros a caminhar na direção de um diploma geral aplicável à proteção de dados, razão pela qual será abordado em destaque no próximo item.

4.2.1. Californian Consumer Privacy Act (CCPA)

A Constituição do Estado da Califórnia assegura o *direito à privacidade* a cada cidadão californiano, o qual é inalienável e pode ser descrito como a capacidade dos indivíduos de controlar o uso, incluindo a venda, de suas informações pessoais.⁶⁷⁴ Após a aprovação do referido direito, a Califórnia editou outras leis sobre o tema, como a *Online Privacy Protection Act*; *Privacy Rights for California Minors in the Digital World Act*, e a *Shine the Light*, uma lei da Califórnia que visa assegurar aos californianos o direito de saber “*who, what, where, and when*”, ou seja, “quem, o quê, onde e quando” em relação aos seus dados pessoais tratados pelas empresas.⁶⁷⁵

O CCPA foi promulgado pouco antes da LGPD, em 28 de junho de 2018, porém só entrou em vigor em 1º de janeiro de 2020. Trata-se de uma lei voltada a proteger a privacidade e os dados pessoais de consumidores residentes na Califórnia.

sensitive data; Requires controllers to conduct a data protection assessment for each of their processing activities involving personal data that present a heightened risk of harm to consumers, such as processing for purposes of targeted advertising, profiling, selling personal data, or processing sensitive data; and Specifies that a violation of its requirements is a deceptive trade practice for purposes of enforcement, but the act may be enforced only by the attorney general or district attorneys.” Disponível em: <https://leg.colorado.gov/bills/sb21-190> Acesso em: 06 jan. 2022.

⁶⁷⁴ CALIFORNIA LEGISLATIVE INFORMATION. Tradução livre do CCPA, Sec. 2, (a): “*In 1972, California voters amended the California Constitution to include the right of privacy among the “inalienable” rights of all people. The amendment established a legal and enforceable right of privacy for every Californian. Fundamental to this right of privacy is the ability of individuals to control the use, including the sale, of their personal information.*” Disponível em: https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billTextClient.xhtml?bill_id=201720180AB375. Acesso em: 6 jan. 2022.

⁶⁷⁵ CALIFORNIA LEGISLATIVE INFORMATION. Tradução livre do CCPA, Sec. 2, (b): “*Since California voters approved the right of privacy, the California Legislature has adopted specific mechanisms to safeguard Californians’ privacy, including the Online Privacy Protection Act, the Privacy Rights for California Minors in the Digital World Act, and Shine the Light, a California law intended to give Californians the ‘who, what, where, and when’ of how businesses handle consumers’ personal information.*” Disponível em: https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billTextClient.xhtml?bill_id=201720180AB375. Acesso em: 6 jan. 2022.

Inclusive, o CCPA repreende o tratamento discriminatório de dados, assim como a lei brasileira. Porém, a lei californiana traz maior grau de detalhamento sobre as práticas ilícitas neste âmbito:

1798,125. (a) (1) Uma empresa não deve discriminar um consumidor porque exerceu qualquer um dos direitos do consumidor ao abrigo deste título, incluindo, mas não se limitando a:

- (A) Negar bens ou serviços ao consumidor.
- (B) Cobrar preços ou taxas diferentes por bens ou serviços, inclusive por meio do uso de descontos ou outros benefícios ou imposição de penalidades.
- (C) Fornecimento de um nível ou qualidade diferente de bens ou serviços ao consumidor, se o consumidor exercer os direitos do consumidor sob este título.
- (D) Sugerir que o consumidor receberá um preço ou taxa diferente por bens ou serviços ou um nível ou qualidade diferente de bens ou serviços.⁶⁷⁶

Contudo, o CCPA prevê excludente de ilicitude, no tocante à cobrança do consumidor de preço ou taxa diferente pelos produtos e serviços, desde que se consiga demonstrar a equivalência de tal preço ou taxa com os dados tratados:

(2) Nada nesta subdivisão proíbe uma empresa de cobrar de um consumidor um preço ou taxa diferente, ou de fornecer um nível ou qualidade diferente de bens ou serviços ao consumidor, se essa diferença estiver razoavelmente relacionada ao valor fornecido ao consumidor em contrapartida pelos seus dados.

(b) (1) Uma empresa pode oferecer incentivos financeiros, incluindo pagamentos aos consumidores como remuneração, para a coleta de informações pessoais, a venda de informações pessoais ou a exclusão de informações pessoais. Uma empresa também pode oferecer um preço, taxa, nível ou qualidade diferente de bens ou serviços ao consumidor se esse preço ou diferença estiver diretamente relacionado ao valor fornecido ao consumidor pelos seus dados.⁶⁷⁷

⁶⁷⁶ CALIFORNIA LEGISLATIVE INFORMATION. Tradução livre do CCPA, Sec. 3, TITLE 1.81.5: “1798.125. (a) (1) A business shall not discriminate against a consumer because the consumer exercised any of the consumer’s rights under this title, including, but not limited to, by: (A) Denying goods or services to the consumer. (B) Charging different prices or rates for goods or services, including through the use of discounts or other benefits or imposing penalties. (C) Providing a different level or quality of goods or services to the consumer, if the consumer exercises the consumer’s rights under this title. (D) Suggesting that the consumer will receive a different price or rate for goods or services or a different level or quality of goods or services.” Disponível em: https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billTextClient.xhtml?bill_id=201720180AB375. Acesso em: 6 jan. 2022.

⁶⁷⁷ CALIFORNIA LEGISLATIVE INFORMATION. Tradução livre do CCPA, Sec. 3, TITLE 1.81.5: “1798.125. (a) (2) Nothing in this subdivision prohibits a business from charging a consumer a different price or rate, or from providing a different level or quality of goods or services to the consumer, if that difference is reasonably related to the value provided to the consumer by the consumer’s data. (b) (1) A business may offer financial incentives, including payments to consumers as compensation, for the collection of personal information, the sale of personal information, or the deletion of personal information. A business may also offer a different price, rate, level, or quality of goods or services to the consumer if that price or difference is directly related to the value provided to the consumer by the consumer’s data.” Disponível em: https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billTextClient.xhtml?bill_id=201720180AB375. Acesso em: 6 jan. 2022.

Adicionalmente, o CCPA prevê excludente de ilicitude em relação às seguintes hipóteses:

1798.145. As obrigações impostas às empresas, sob este título, não devem restringir a capacidade de uma empresa de:

- (1) Cumprir as leis federais, estaduais ou locais.
- (2) Cumprir com uma investigação civil, criminal ou regulamentar, investigação, intimação ou intimação por autoridades federais, estaduais ou locais.
- (3) Cooperar com as agências de aplicação da lei em relação à conduta ou atividade que a empresa, o provedor de serviços ou terceiros, de maneira razoável e de boa fé, acreditem que possam violar as leis federais, estaduais ou locais.
- (4) Propor ou se defender em ações judiciais.
- (5) Coletar, usar, reter, vender ou divulgar informações do consumidor que foram anonimizadas ou informações agregadas do consumidor.
- (6) Coletar ou vender as informações pessoais de um consumidor se todos os aspectos dessa conduta comercial ocorrerem totalmente fora da Califórnia. Para os fins deste título, a conduta comercial ocorre totalmente fora da Califórnia se a empresa coletou essas informações enquanto o consumidor estava fora da Califórnia, nenhuma parte da venda das informações pessoais do consumidor ocorreu na Califórnia e não foi vendida nenhuma das informações pessoais do consumidor coletadas enquanto estava na Califórnia. Este parágrafo não deve permitir que uma empresa armazene, inclusive em um dispositivo, informações pessoais sobre um consumidor quando esse estiver na Califórnia e, em seguida, coletar essas informações pessoais quando o consumidor e as informações pessoais armazenadas estiverem fora da Califórnia.⁶⁷⁸

O CCPA assegura às empresas o direito de tratar dados dos consumidores para fins de *produção de provas (evidentiary privilege)*⁶⁷⁹, *tutela da saúde*⁶⁸⁰ nos termos da lei, *proteção*

⁶⁷⁸ CALIFORNIA LEGISLATIVE INFORMATION. Tradução livre do CCPA, Sec. 3, TITLE 1.81.5: “1798.145. (a) The obligations imposed on businesses by this title shall not restrict a business’s ability to: (1) Comply with federal, state, or local laws. (2) Comply with a civil, criminal, or regulatory inquiry, investigation, subpoena, or summons by federal, state, or local authorities. (3) Cooperate with law enforcement agencies concerning conduct or activity that the business, service provider, or third party reasonably and in good faith believes may violate federal, state, or local law. (4) Exercise or defend legal claims. (5) Collect, use, retain, sell, or disclose consumer information that is deidentified or in the aggregate consumer information. (6) Collect or sell a consumer’s personal information if every aspect of that commercial conduct takes place wholly outside of California. For purposes of this title, commercial conduct takes place wholly outside of California if the business collected that information while the consumer was outside of California, no part of the sale of the consumer’s personal information occurred in California, and no personal information collected while the consumer was in California is sold. This paragraph shall not permit a business from storing, including on a device, personal information about a consumer when the consumer is in California and then collecting that personal information when the consumer and stored personal information is outside of California.” Disponível em: https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billTextClient.xhtml?bill_id=201720180AB375. Acesso em: 6 jan. 2022.

⁶⁷⁹ CALIFORNIA LEGISLATIVE INFORMATION. Tradução livre do CCPA, Sec. 3, TITLE 1.81.5: “1798.145. (b) The obligations imposed on businesses by Sections 1798.110 to 1798.135, inclusive, shall not apply where compliance by the business with the title would violate an evidentiary privilege under California law and shall not prevent a business from providing the personal information of a consumer to a person covered by an evidentiary privilege under California law as part of a privileged communication.” Disponível em: https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billTextClient.xhtml?bill_id=201720180AB375. Acesso em: 6 jan. 2022.

ao crédito⁶⁸¹, em atenção à Lei de Modernização dos Serviços Financeiros⁶⁸² e à Lei de Proteção à Privacidade do Motorista⁶⁸³.

Com isso, respeitadas as peculiaridades do sistema jurídico dos Estados Unidos, verifica-se que existe a tutela da proteção de dados, ainda que vinculada à privacidade, em muitos contextos, ou relacionada a uma proteção setorial.

⁶⁸⁰ CALIFORNIA LEGISLATIVE INFORMATION. Tradução livre do CCPA, Sec. 3, TITLE 1.81.5: “1798.145. (c) This act shall not apply to protected or health information that is collected by a covered entity governed by the Confidentiality of Medical Information Act (Part 2.6 (commencing with Section 56 of Division 1)) or governed by the privacy, security, and breach notification rules issued by the federal Department of Health and Human Services, Parts 160 and 164 of Title 45 of the Code of Federal Regulations, established pursuant to the Health Insurance Portability and Availability Act of 1996. For purposes of this subdivision, the definition of “medical information” in Section 56.05 shall apply and the definitions of “protected health information” and “covered entity” from the federal privacy rule shall apply.” Disponível em: https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billTextClient.xhtml?bill_id=201720180AB375. Acesso em: 6 jan. 2022.

⁶⁸¹ CALIFORNIA LEGISLATIVE INFORMATION. Tradução livre do CCPA, Sec. 3, TITLE 1.81.5: “1798.145. (d) This title shall not apply to the sale of personal information to or from a consumer reporting agency if that information is to be reported in, or used to generate, a consumer report as defined by subdivision (d) of Section 1681a of Title 15 of the United States Code, and use of that information is limited by the federal Fair Credit Reporting Act (15 U.S.C. Sec. 1681 et seq.)” Disponível em: https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billTextClient.xhtml?bill_id=201720180AB375. Acesso em: 6 jan. 2022.

⁶⁸² Tradução livre do CCPA, Sec. 3, TITLE 1.81.5: “1798.145. (e) This title shall not apply to personal information collected, processed, sold, or disclosed pursuant to the federal Gramm-Leach-Bliley Act (Public Law 106-102), and implementing regulations, if it is in conflict with that law.” Disponível em: https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billTextClient.xhtml?bill_id=201720180AB375. Acesso em: 6 jan. 2022.

⁶⁸³ Tradução livre do CCPA, Sec. 3, TITLE 1.81.5: “1798.145. (f) This title shall not apply to personal information collected, processed, sold, or disclosed pursuant to the Drive.” Disponível em: https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billTextClient.xhtml?bill_id=201720180AB375. Acesso em: 6 jan. 2022.

CONCLUSÃO

A complexidade das relações entre os indivíduos e a tecnologia trouxe a constatação de que os danos causados no ambiente virtual podem ser irreparáveis, perenes e, por vezes, impassíveis de elucidação, tudo com graves reflexos psicológicos à pessoa.

Por outro lado, a vigilância tem se expandido, silenciosa e imperceptivelmente. Se os dados pessoais são o combustível ou meio de pagamento desta economia digital e, em muitos contextos, *conditio sine qua non* para o acesso a produtos e serviços, fundamental a existência de um estatuto que trace aquilo que é admissível nas operações realizadas neste âmbito, tanto para a proteção do indivíduo, ponto central do ordenamento jurídico, quanto em prol da segurança jurídica das atividades dos agentes de tratamento.

A proteção de dados pessoais, nesse aspecto, vem para trazer transparência aos titulares de dados e os limites éticos para a atuação lícita dos agentes de tratamento. A LGPD deve, portanto, ser festejada, pois coloca o indivíduo no centro da proteção, como verdadeiro “proprietário” de seus dados pessoais.

Embora a atividade de tratamento de dados pessoais possa trazer riscos, inequivocamente, pode trazer inúmeros benefícios, não só para o próprio titular, mas também para toda a sociedade e o país, pensando-se, inclusive, em aspectos econômicos.

Tanto é assim que a LGPD tem por *fundamentos* não só os direitos personalíssimos de *respeito à privacidade, à liberdade de expressão, a intimidade, honra e imagem*, mas também o *desenvolvimento econômico e tecnológico*, assim como a *inovação*.

Buscar equilíbrio entre essa importante equação deve ser o objetivo a ser perseguido pelos agentes de tratamento, pelos titulares, pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados, por demais autoridades e pelos operadores de direito, como advogados e magistrados.

A incidência da LGPD não está limitada aos meios digitais, mas é nesse âmbito que pode trazer consequências mais gravosas, especialmente frente ao intercâmbio de dados

personais transfronteiriço. Além disso, a Internet foi concebida para ser anárquica, sem fronteiras e livre. O Direito, por sua vez, está limitado a um território, a regras, a princípios, cultura, o que faz com que seja um grande desafio harmonizar esses pontos.

Os direitos inerentes à pessoa humana são tutelados no âmbito da Internet (redes sociais, aplicativos e sistemas) tanto por *normas abertas* presentes na Constituição Federal, Código Civil, Código de Defesa do Consumidor, Código Penal (crimes impróprios que atingem o bem jurídico comum ainda que com o uso de tecnologia e crimes próprios em que os dados ou sistemas são o bem jurídico protegido), Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), Lei de Cadastro Positivo (Lei nº 12.414/2011), Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/2011) etc., quanto por *normas específicas*, como é o caso do Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014) e, especialmente, da Lei nº 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais).

Garantir a integral reparação da vítima é algo fundamental para convívio em sociedade, principalmente na era da informação, em que os riscos, muitas vezes são desconhecidos.

Embora nos últimos 10 (dez) anos se tenha verificado um desenvolvimento expressivo da legislação aplicável à Internet e às tecnologias, fato é que a doutrina da reparação civil da vítima de ilícitos nessa seara precisa ser revista, tomando por base as seguintes peculiaridades: (i) anonimato e dificuldade de identificação do ofensor; (ii) desafios para a soberania, jurisdição e competência; (iii) rápida disseminação – efeito viral; (iv) dificuldades de completa remoção de conteúdos ilícitos; (v) possibilidade de dano permanente e continuado; (vi) possibilidade de cometimento de condutas ilícitas com distanciamento da vítima; (v) dificuldades de cálculo do risco inerente a novos produtos; (vi) tratamento do mesmo tipo de dados pessoais por diversos agentes com consequente dificuldade de identificação do verdadeiro responsável por conduta reputada como ilícita; (vii) falta de transparência sobre aquilo que é feito com os dados pessoais dos indivíduos, em prol do lucro e do poder; (viii) limites entre fortuito interno e externo; (ix) delimitação daquilo que pode implicar em abuso de direito; (x) decisões tomadas por máquinas; dentre outras.

Sem dúvidas, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais veio para retirar o atraso em que se encontrava o Brasil em matéria de proteção de dados, além de permitir uma maior

segurança jurídica a todos os envolvidos, já que conhecendo as regras do jogo é possível estabelecer negócios com a ciência das normas e riscos a eles inerentes.

O instituto da responsabilidade civil, nesse aspecto, poderá cumprir o seu papel não só de garantir a efetiva reparação pelos danos causados, mas também de gerar diretrizes para fomentar ações voltadas à *educação digital*; para o incremento da *segurança da informação*, com a implementação de medidas de governança e boas práticas pelas empresas; para a resolução de *colisões de direitos*; para *balizar a atividade jurisdicional*, a fim de permitir a completa *reparação dos danos* causados à vítima, porém sem a banalização do instituto.

As *excludentes*, por sua vez, também se mostram fundamentais para entendimento dos limites da responsabilidade civil. Ocorre que, pela pesquisa realizada, constatou-se que o tema não é tratado pelo ordenamento jurídico vigente com a atenção que merece. Em verdade, a disciplina das excludentes, não raro, é vista com certo desdém já que o foco está na reparação das vítimas.

Nesse sentido, tem ficado à cargo da doutrina e da jurisprudência o debate de questões relevantes envolvendo as *excludentes de responsabilidade civil* e da sistematização do instituto, principalmente quando leis especiais não preveem a matéria de forma satisfatória ou o exercício interpretativo do texto legal é intenso.

Em decorrência disso, por meio deste trabalho nominado de “Excludentes de Responsabilidade Civil no contexto da Proteção de Dados Pessoais”, buscou-se averiguar a possibilidade e os limites para o exercício de interpretação sistemática e extensiva do ordenamento jurídico, não só para entender o devido enquadramento da natureza jurídica da responsabilidade civil no âmbito da LGPD, mas também para entender o alcance das excludentes previstas na nova lei, assim como para verificar a viabilidade de incidência de *excludentes* que embora não tenham sido, expressamente, previstas no texto legal, precisam ter sua incidência garantida, quando aplicáveis, uma vez que inerentes ao próprio instituto da responsabilidade civil, já que atreladas aos seus pressupostos.

Para se aprofundar nas *excludentes de responsabilidade civil no contexto da proteção de dados* foi preciso iniciar pelo entendimento da proteção de dados pessoais em si e da

responsabilidade civil por sua violação. Na sequência, foi necessário retomar alguns conceitos, passando pelos pressupostos da responsabilidade civil, especialmente o ato ilícito e o nexo causal, para alocar as excludentes respectivas. Buscou-se, ainda, desvincular as *excludentes do nexo de imputação* ou *fator de atribuição*, para demonstrar que são diferentes do instituto da culpa (negligência, imprudência ou imperícia). Foi, enfim, preciso entender os argumentos de quem defende a natureza jurídica da responsabilidade civil na LGPD como objetiva e subjetiva, além de investigar sobre a forma como tem sido consolidada a matéria pela doutrina e jurisprudência, inclusive em outros países.

Considerando a precariedade da positivação do instituto, surgiu a necessidade de apresentação de uma proposta de sistematização da disciplina das excludentes, em um formato que permitisse entender sua lógica, especialmente para harmonização do *macrossistema* do Código Civil com *microssistemas* em geral, como é o caso da LGPD, mas também do CDC, CLT, Marco Civil da Internet e outros.

Enquanto *macrossistema*, ao Código Civil é reservado o importante papel de exercer a função de centralidade e unidade do direito privado, em relação às diversas leis especiais que vão surgindo, frutos dos novos arranjos sociais, como é o caso do *microssistema* da proteção de dados pessoais.

Assim, para a melhor compreensão deste trabalho e para contextualizar a forma pela qual deverão ser interpretadas as excludentes previstas na LGPD, propõe-se a sistematização da disciplina em *excludentes gerais*, ou seja, aquelas previstas ou já reconhecidas para o *macrossistema* do Código Civil e aplicáveis, via de regra, a qualquer caso de responsabilidade civil por serem inerentes aos seus pressupostos legais, a saber, (i) as *excludentes de antijuridicidade ou ilicitude* (legítima defesa, estado de necessidade, exercício regular de direito e consentimento do lesado); e (ii) as *excludentes de causalidade ou nexo causal* (*caso fortuito* ou *força maior*, o *fato exclusivo da vítima*, *fato exclusivo de terceiro* e o *fato concorrente* que, embora não seja totalmente excludente da responsabilidade civil, tem o condão de atenuá-la); em *excludentes especiais* que são as previstas em microssistemas (como a LGPD e o Código de Defesa do Consumidor, por exemplo); e *excludentes contratuais do*

dever de reparar (previstas em contrato, observados os limites legais, as quais também impactam na responsabilidade civil).

Por ser a garantia de reparação da vítima o foco principal da responsabilidade civil, é necessário que as excludentes tenham previsão legal, o que pode ocorrer no âmbito de um *macrossistema*, como é o Código Civil, quanto em *microssistemas* decorrentes de leis específicas, como é o Código de Defesa do Consumidor e da Lei Geral de Proteção de Dados. A lei especial, por prevalecer sobre a geral (como o Código Civil), poderá prever nuances específicas de excludentes de responsabilidade civil ou exceções para sua incidência no âmbito do *microssistema*. Porém, se não o fizer de forma expressa, necessário que a aplicação da *excludente geral* seja assegurada quando presentes os seus requisitos.

Em outras palavras, as *excludentes gerais de responsabilidade civil* decorrem da própria natureza da responsabilidade civil, ou seja, atuam como um princípio geral de validade universal (*cláusula geral*), uma vez que rompem os pressupostos legais de responsabilidade civil, em especial a caracterização do *ato ilícito* e o *nexo causal*. Em razão disso, para que não sejam aplicáveis a um determinado *microssistema*, precisam de previsão legal expressa que determine seu afastamento, como ocorre nos casos de responsabilidade civil pelo risco integral.

Ao disciplinar a Responsabilidade e o Ressarcimento de danos, a LGPD repete os pressupostos da responsabilidade civil no artigo 42, da LGPD, ou seja, exige *nexo causal* (“em razão do” exercício da atividade de tratamento de dados pessoais “causar”), *dano* (patrimonial, moral, individual ou coletivo) e *ato ilícito* (“violação à legislação de proteção de dados pessoais”). Contudo, foi omissa quanto ao *nexo de imputação* ou *fator de atribuição*, o que tem gerado grande celeuma se a responsabilidade seria objetiva ou subjetiva.

A LGPD não pode ser vista como uma “ilha” e deve ser harmonizada com ordenamento jurídico mediante interpretação sistemática, como inclusive é garantido pelo artigo 64 do novel diploma.

O regime da proteção de dados é abrangente e invade searas com regras próprias, inclusive em termos de responsabilidade civil. Justamente por isso, necessário que a definição

da natureza jurídica da responsabilidade civil ocorra pela atividade lesante, a fim de ser harmonizada com as regras de direito público e privado: civis, inclusive no tocante à atividade de risco que atrai a responsabilidade objetiva; trabalhistas, consumeristas e de direito público, no tocante à lesão causada pelo Estado e seus agentes.

O fato de a LGPD prever *excludentes especiais* não pode ser considerado critério para definição *do nexa de imputação ou fator de atribuição*, ou seja, para concluir se a responsabilidade civil será de natureza *subjetiva* ou *objetiva*, pois essa definição advém da lei, a qual, em relação à LGPD, em verdade, não expressou a incidência da responsabilidade objetiva. Sempre é uma tarefa difícil interpretar o silêncio do legislador, porém o histórico da lei aponta uma deliberada intenção de não contemplar a responsabilidade objetiva, cujas menções nos projetos de lei foram excluídas do texto final da LGPD.

Em nosso entendimento, portanto, o sistema de responsabilidade civil proposto pela Lei Geral de Proteção de Dados é *híbrido* e será determinado pela atividade lesante. Via de regra, será de natureza *subjetiva*, com a consequente necessidade de comprovação de dolo ou culpa (negligência, imprudência e imperícia), até mesmo pelas inúmeras atribuições aos agentes de tratamento, inclusive para fins de precaução e prevenção. Entretanto, há situações em que será atraída a responsabilidade *objetiva*, como é o caso dos danos decorrentes de tratamento de dados pessoais que gere risco a outrem, realizado pelo Poder Público ou no âmbito das relações de consumo, com exceção do regime previsto aos profissionais liberais e nos demais casos especificados em lei.

O que irá definir a natureza da responsabilidade civil no âmbito da proteção de dados pessoais, portanto, é o tipo de atividade lesiva e o contexto do tratamento de dados pessoais realizado pelo ofensor. Destarte, não é a previsão expressa de excludentes especiais que fará com que a responsabilidade civil se torne objetiva, visto que as excludentes fulminam pressupostos da responsabilidade civil e, por isso, incidem tanto para a responsabilidade objetiva, quanto para a subjetiva e a contratual.

A LGPD, no artigo 43, estabelece que os agentes de tratamento *só* não serão responsabilizados se provarem que (i) *não realizaram o tratamento de dados pessoais que lhes*

é atribuído; (ii) não houve violação à legislação de proteção de dados; ou (iii) culpa exclusiva do titular dos dados ou de terceiro.

Novamente, tal qual fez no CDC, o legislador apresentou um escopo reduzido de excludentes na LGPD, com a utilização do advérbio “só”, o que, certamente, gerará vozes dissonantes se referido rol é taxativo com *afastamento implícito* de outras excludentes aqui classificadas como *gerais* ou se deve a matéria estar em harmonia com a disciplina geral da responsabilidade civil, garantindo-se a incidência de excludentes inerentes a esse instituto, até mesmo porque o afastamento de *excludentes gerais* só pode ser realizado de forma expressa, o que não ocorreu na LGPD.

Desde que surgiu, o *microssistema* do Código de Defesa do Consumidor gerou grande debate sobre a possibilidade jurídica de aplicação de excludentes não previstas na referida norma especial. Inclusive, nomes de peso se manifestaram contrários à aplicação de excludentes não previstas na lei consumerista, visto que seria cogente a proteção da parte hipossuficiente, no caso, o consumidor.

Contudo, passados mais de 20 (vinte) anos da vigência do CDC, a evolução da temática tem seguido no sentido de se admitir a aplicação de excludentes não previstas na lei consumerista, mas que são próprias e inerentes à disciplina da responsabilidade civil, como ocorre com o *caso fortuito* e a *força maior*, assim como com o *fato concorrente da vítima* (no caso o consumidor) para atenuar a responsabilidade do fornecedor.

Assim, por serem pressupostos inerentes à responsabilidade civil, com respeito às opiniões contrárias, necessária a interpretação sistemática do ordenamento jurídico, com a garantia da incidência das excludentes previstas ou reconhecidas no *macrossistema*, salvo se sua aplicação for, expressamente, afastada pelos *microssistemas*.

O *risco do desenvolvimento*, por exemplo, não é matéria inerente aos pressupostos da responsabilidade civil, de forma que, para ser considerado excludente, precisaria de previsão legal expressa nesse sentido, como exige o artigo 931, do Código Civil, e tal qual ocorreu em relação às vítimas da talidomida, em que o Brasil acabou socializando os riscos, uma vez que as pensões vitalícias e indenizações foram pagas pelo INSS, conforme previsto,

respectivamente, pela Lei nº 7.070/82 e Lei nº 12.190/2010 e, ainda, no contexto da responsabilidade civil relativa a eventos adversos pós-vacinação contra a Covid-19, nos termos da Lei 14.125/21.

As *excludentes* aqui defendidas, por sua vez, servem para fulminar pressupostos sem os quais não há responsabilidade civil, quais sejam, a necessária *ilicitude* do ato lesivo e a existência de *nexo causal*. Referidos requisitos são refletidos nas *excludentes* aqui nominadas de gerais e nas especiais constantes no artigo 43, da LGPD, pois (i) se os agentes de tratamento *não realizaram o tratamento de dados pessoais que lhes é atribuído*, falta o pressuposto do nexo causal; (ii) se *não houve violação à legislação de proteção de dados*, não há *ato ilícito*; ou (iii) se há *culpa exclusiva do titular dos dados ou de terceiro*, igualmente se afasta o *nexo causal*.

No aprofundamento dessas *excludentes especiais de responsabilidade civil*, demonstrou-se que, em relação à primeira hipótese, o nexo causal é rompido seja por não haver *tratamento* pelo agente acusado, ou por não se enquadrar a informação no conceito de *dados pessoais*, como é o caso dos *dados anonimizados* e *dados de pessoa jurídica*.

Em relação à segunda hipótese, a *excludente de antijuridicidade* deve ser vista *lato sensu*, ou seja, se a imputação ao agente de tratamento é de modo algum ilícita/antijurídica, não há que se falar em responsabilização, seja porque fundamentou o tratamento de dados pessoais em hipóteses que dispensam o consentimento, ou então, por ter agido licitamente, com o respeito aos princípios e aos direitos do titular, além de ter feito aquilo que está disponível, conforme estado da arte, para a segurança dos dados pessoais. Some-se a isso que o agente pode ter agido em legítima defesa ou estado de necessidade. Contudo, o calcanhar de Aquiles dessa excludente será o *abuso de direito*.

É possível afirmar que ocorrerá *abuso de direito* quando os agentes de tratamento excederem os limites legais das hipóteses autorizadoras do tratamento de dados pessoais (direitos de tais agentes de tratamento), constantes nos artigos 7º e 11, da LGPD, especialmente no que tange ao *cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador* (artigo 7º, inciso II e artigo 11, inciso II, alínea “a”, ambos da LGPD), ao *exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral* (artigo 7º, inciso

VI e artigo 11, inciso II, alínea “d”, ambos da LGPD) e, ainda, *quando necessário para atender interesses legítimos do controlador ou de terceiro* (artigo 7º, inciso IX, da LGPD), ultrapassando, por conseguinte, os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes (artigo 187, Código Civil).

A última excludente prevista na LGPD atrai discussões sobre quem pode ser considerado *terceiro*, assim como até que ponto referido terceiro é risco da atividade do agente de tratamento e, portanto, *fortuito interno*. Se for *fortuito externo*, romperá o nexos causal e afastará o dever de indenizar. Além disso, defendeu-se que mesmo à míngua de previsão na LGPD, o *fato concorrente* da vítima deve ser considerado na fixação da indenização.

Em acréscimo, concluiu-se pela possibilidade de interpretação extensiva para admitir *excludentes gerais de responsabilidade civil não previstas na LGPD*, como o *caso fortuito ou força maior* (fortuito externo), assim como os *atos lícitos de legítima defesa; estado de necessidade* ou *remoção de perigo iminente; o exercício regular de direito, fato concorrente* (apenas para atenuar a responsabilidade), os quais, via de regra, isentam o agente do dever de reparar ou atenuam a sua responsabilidade; e a *excludentes contratuais do dever de reparar (cláusula de não indenizar)*, no tocante à responsabilidade contratual, desde que respeitados os requisitos legais. Aliás, buscou-se aferir situações concretas em que essas excludentes poderiam ser suscitadas no contexto da proteção de dados, nem sempre eximindo a responsabilidade civil, como é o caso do estado de necessidade cibernético.

Ademais, também poderão ser aplicáveis outras *excludentes especiais* previstas em *microsistemas* que dialoguem com a LGPD, como é o caso do CDC (responsabilidade pelo fato do produto e do serviço) e do Marco Civil da Internet (responsabilidade do provedor de aplicação por fato de terceiro), razão pela qual esses *microsistemas* também foram colacionados a este trabalho. Mostrou-se, igualmente, que a CLT tem um regime próprio que inclusive traz limitação ao valor indenizatório.

Em conclusão, é possível dizer que o entendimento das excludentes permite conhecer os contornos da própria responsabilidade civil em si, visto que essas se mostram fundamentais para o ideário de justiça, não só por constituírem importantes meios de defesa, especialmente no cenário atual em que há uma tendência de objetivação da responsabilidade, mas

principalmente por serem princípios universais que conferem o equilíbrio que deve existir entre *responsabilidade* e *irresponsabilidade*, a fim de evitar injustiças decorrentes da responsabilização de quem não deveria pagar pelo dano.

Igualmente, as excludentes contribuem para uma melhor compreensão dos limites entre a conduta *lícita* versus *ilícita* (*excludentes de ilicitude ou antijuridicidade*), assim como evitam injustiças consistentes na imputação do dever de indenizar a quem de modo algum deu causa ao evento danoso (*excludentes de causalidade ou do nexa causal*), além de permitirem uma melhor percepção de riscos (discussão de *fortuito interno e externo*).

O que se sugere neste trabalho é que as *excludentes de responsabilidade civil* sejam consideradas como princípios vetores do instituto da responsabilidade civil, o que, certamente, permite maior flexibilidade para a jurisprudência quando da aplicação da matéria, mantendo vivo o direito, mediante a aplicação de causas de irresponsabilidade em searas cuja lei especial, embora não as tenha previsto expressamente, também não as tenha repellido de forma expressa.

É tarefa árdua para o intérprete estabelecer um fio condutor que permita a sistematização do instituto, visto que isso é feito de maneira precária pela legislação. A doutrina e a jurisprudência têm exercido papel fundamental na evolução do instituto das excludentes, mas verifica-se que ainda há muito a se fazer. Com o intuito de contribuir para a disciplina das excludentes, tanto no âmbito do Código Civil, quanto da LGPD, deixaremos uma proposta de projeto de lei para correção de pontos relevantes na matéria, conforme minuta constante no anexo.

REFERÊNCIAS

ALPA, Guido; BESSONE, Mario. *La Responsabilità del Produttore*. 4.ed. Milão: Giuffrè, 1999.

ALPA, Guido; BESSONE, Mario; CARBONE, Vincenzo. *Atipicità dell'illecito*. 3.ed. Milão: Giuffrè, 1993.

ALPA, Guido. *Instituzioni di Diritto Privato*. 2 ed. Turim: UTET, 1997.

ALMEIDA, José Luiz Gavião de. Novos rumos da responsabilidade civil por ato ilícito. In: José Luiz Gavião de Almeida. (Org.). **Temas Atuais de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2007, v. 1, p. 57-73.

ALVIM, Agostinho. **Da Inexecução das Obrigações e suas Consequências**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

AMARAL, Francisco. **Código Civil e interpretação jurídica**. Revista Brasileira de Direito Comparado, n. 44/45, p. 147-167, jan./jun. 2013.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil: introdução**. 10. ed. revista e modificada – São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788553602100/pageid/646>. Acesso em: 05 jan. 2022.

AMARANTE, Aparecida. **Excludentes de ilicitude civil**. Belo Horizonte:Del Rey, 1999.

ANVISA. **Cartilha de Vigilância Sanitária**. Disponível em: <https://bvsm.sau.gov.br/bvs/pub/licacoes/cartilhavigilancia.pdf>. Acesso em: 26 dez. 2021.

ASCENSÃO, José de Oliveira. O “Marco Civil da Internet”, a Comparação de Direitos e o Futuro. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Coords.). **Direito e internet III – Tomo II: Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014)** – São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 541/556.

AUTORIDADE NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS. Disponível em: <https://www.gov.br/anpd/pt-br>. Acesso em: 29 dez. 2021.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Cláusula cruzada de não-indenizar (cross-waiver of liability), ou cláusula de não indenizar com eficácia para ambos os contratantes**. In: Estudos e pareceres de direito privado. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 198-207.

_____. **Crítica ao personalismo ético da Constituição da República e do Código Civil. Em favor de uma ética biocêntrica**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo. v.103. p.115-26. jan./dez. 2008.

_____. **Nulidade de cláusula limitativa de responsabilidade em caso de culpa grave. Caso de equiparação entre dolo e culpa grave. Configuração da culpa em caso de responsabilidade profissional.** In: _____. Novos estudos e pareceres de direito privado. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARBOSA, Mafalda Miranda. **“Protecção de Dados e Direitos de Personalidade: Uma Relação de Interioridade Constitutiva. Os Benefícios da Protecção e a Responsabilidade Civil”.** In Estudos de Direito do Consumidor, do CDC - Centro de Direito do Consumo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2017, nº 12, pp. 75-131. Disponível em: https://www.fd.uc.pt/cdc/pdfs/rev_12_completo.pdf. Acesso em: 21 dez. 2021.

_____. **“Data controllers e data processors: da responsabilidade pelo tratamento de dados à responsabilidade civil”.** In Revista de Direito Comercial, 2018, nº 2, pp. 424-494. Disponível em: <https://www.revistadedireitocomercial.com/data-controllers-e-data-processors>. Acesso em: 21 dez. 21.

BARRETO, Mauricio L.; ALMEIDA, Bethânia; DONEDA, Danilo. **Uso e Protecção de Dados Pessoais na Pesquisa Científica.** P. 527-538. In: Tratado de protecção de dados pessoais / coordenadores Danilo Doneda ... [et al.]. – Rio de Janeiro: Forense, 2021. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992200/>. Acesso em: 20 dez. 2021.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora.** 6ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Novo Direito Constitucional Brasileiro.** Revista de Direito Administrativo. v.225. p. 1-38. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47562> Acesso em: 17 jan. 2022. p. 27.

BAUMAN, Zygmunt. **Medo líquido.** Tradução Carlos Alberto Medeiros. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BAUMAN, Zygmunt; LYON, David. **Vigilância líquida.** Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco – rumo a uma outra modernidade.** 2. ed. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011.

BIANCA, C. Massimo. ***Diritto Civile: La Responsabilità.*** 2.ed. Milão: Giuffrè, 2012.

BIONI, Bruno Ricardo. **Protecção de Dados Pessoais - A Função e os Limites do Consentimento.** Rio de Janeiro: Forense, 2019.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. 6. ed. atual. por Eduardo Carlos Bianca Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

_____. **Reparação Civil por Danos Morais**. – 4. ed., rev., aum. e mod. por Eduardo C. B. Bittar – São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Responsabilidade Civil Teoria e Prática**. Atualização de Eduardo C. B. Bittar. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

_____. **Responsabilidade Civil nas Atividades Nucleares**. Tese apresentada ao concurso de livre-docente para o Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da U.S.P. São Paulo: 1982.

BITTAR, Eduardo C. B. **A Teoria do Direito, a Era Digital e o Pós-Humano: o novo estatuto do corpo sob um regime tecnológico e a emergência do Sujeito Pós-Humano de Direito**. Revista Direito e Práxis, v. 10, n. 2, p. 933–961, 2019. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/33522>. Acesso em: 11 dez. 2021.

_____. **Internet, Cyberbullying e Lesão a Direitos da Personalidade: O Alcance Atual da Teoria da Reparação Civil por Danos Morais. Homenagem A José De Oliveira Ascensão**. Revista do Instituto do Direito Brasileiro, Vol. 3 (2014), No. 3, 1695-1715. Disponível em: http://www.cidp.pt/revistas/ridb/2014/03/2014_03_01695_01715.pdf. Acesso em: 5 dez. 2021.

_____. **Regulação do ciberespaço, fronteiras virtuais e liberdade: desafios globais e atuais**. Galileu – Revista de Economia e Direito – ISSN 0873-495X – Vol. XVII, nº 1 / nº 2, 2012 – p. 37-79. Disponível em: <http://journals.ual.pt/galileu/wp-content/uploads/2019/02/Galileu-XVII-1-2-2012-Miolo-FINAL.pdf>. Acesso em: 05 dez. 2021.

BITTENCOURT, Josias; BUENO, José Geraldo Romanello. **Sociedade, Estado e Sustentabilidade: Responsabilidades na Saúde e no Combate à Pandemia Covid-19**. Sustentabilidade: Diálogos Interdisciplinares, v. 2, p. 1-32-32, 2021. Disponível em: <https://periodicos.puc-campinas.edu.br/seer/index.php/sustentabilidade/article/view/5359/3253>. Acesso em: 17 jan. 2022.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Novo tratado de responsabilidade civil**. 4. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553612086/>. Acesso em: 5 jan. 2022.

CALDEIRA, Cristina. **A Proteção de Dados Pessoais e o Impacto nas Transferências Internacionais**. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de; MACIEL, Renata (Coords.). Direito & Internet IV: Sistema de Proteção de Dados Pessoais. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 629-652.

CALIFORNIA LEGISLATIVE INFORMATION. *Californian Consumer Privacy Act (CCPA)*. Disponível em: [https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billTextClient.xhtml?bill_id=2017201 80AB375](https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billTextClient.xhtml?bill_id=2017201%2080AB375). Acesso em: 06 jan. 22.

CALIXTO, Marcelo Junqueira. **A Responsabilidade Civil do Fornecedor de Produtos pelos Riscos do Desenvolvimento**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

CARAMELO, Gustavo; HERRERA, Marisa; e PICASSO, Sebastián. *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus, 2015. Disponível em: http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo-comentado/CCyC_Nacion_Comentado_Tomo_IV.pdf - Acesso em: 4 dez. 2021.

CASTELLS, Manuel. **Fim de milênio: a era da informação: economia, sociedade e cultura**. v. 3. 3. ed. Tradução de Klauss Brandini Gerhardt e Roneide Venâncio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede: do Conhecimento à Política**. In: CASTELLS, Manuel; CARDOSO, Gustavo. (Organizadores). *A Sociedade em Rede Do Conhecimento à Ação Política*. Centro Cultural de Belém, 2005. p. 17/30. Disponível em: https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/a_sociedade_em_rede_-_do_conhecimento_a_acao_politica.pdf Acesso em: 05 jan. 2022.

CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede** (a era da informação: economia, sociedade e cultura; v. 1). Tradução: Roneide Venancio Majer. 23 edição, revista e ampliada. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2021.

CATALAN, Marcos. **O desenvolvimento nanotecnológico e o dever de reparar os danos ignorados pelo processo produtivo**. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo, v. 74, abr. 2010.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Tratado de Direito Administrativo**. 5. Ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 15. ed. Barueri (SP): Atlas, 2021. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559770823/>. Acesso em: 29 dez. 2021.

COLORADO GENERAL ASSEMBLY. *Colorado Privacy Act (ColoPA)*. Disponível em: <https://leg.colorado.gov/bills/sb21-190>. Acesso em: 06 jan. 2022.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Derecho y economia*. México: Fondo de Cultura Económica, 1997.

CORDEIRO, A. Barreto Menezes. **Da Responsabilidade Civil pelo Tratamento de Dados Pessoais**. Disponível em: <https://blook.pt/publications/publication/2ae6399f13bb/>. Acesso em: 6 set. 2020.

_____. **Direito da Proteção de Dados: à luz do RGPD e da Lei nº 58/2019**. Coimbra: Almedina, 2020.

COSTA, Tiago Branco da. “**A responsabilidade civil decorrente da violação do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados**”. In SILVEIRA, Alessandra; ABREU, Joana R. S. Covelo; COELHO, Larissa (Org.). UNIO Ebook Interop 2019: O Mercado Único Digital da União Europeia como desígnio político: a interoperabilidade como o caminho a seguir. Braga: Pensamento Sábio - Associação para o conhecimento e inovação / Universidade do Minho- Escola de Direito, pp. 68-77. Disponível em: http://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/61446/3/UNIO_EBOOK_INTEROP_2019.pdf. Acesso em: 22 dez. 2021.

COUNCIL OF EUROPE. *Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data*. Disponível em: <https://rm.coe.int/1680078b37>. Acesso em: 28 dez. 2021.

CHAVES, Antonio. Caso fortuito ou de força maior. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, v. 61, n. 2, p. 56-66, 30 dez. 1965.

_____. **Tratado de Direito Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. **Marco Civil da Internet e direito autoral: responsabilidade civil dos provedores de conteúdo**. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Coords.). *Direito e internet III – Tomo II: Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014)* – São Paulo: Quartier Latin, 2015.

_____. **Tendências da responsabilidade civil no direito contemporâneo: reflexos no Código de 2002**. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (Org.). *Novo Código Civil: questões controvertidas*. São Paulo: Método, 2006. v. 5.

_____. **A pessoa natural na quarta era dos direitos: o nascituro e o embrião pré-implantatório**. *Revista Brasileira de Direito Comparado*. Rio de Janeiro. n. 32. p. 79-129. 2007.

_____; MORATO, Antonio Carlos. **Responsabilidade Civil e o risco do desenvolvimento nas relações de consumo**. In: NERY, Rosa Maria de Andrade; DONNINI, Rogério (Coordenadores). **Responsabilidade civil: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

CHIRIGATI, Fernando Seabra; KIKUCHI, Rafael Shinji Aoki; e GOMES, Talita Lopes. **Esteganografia**. Disponível em: https://www.gta.ufrj.br/grad/09_1/versao-final/stegano/index.html. Acesso em: 4 dez. 2021.

CNSEG - Confederação Nacional das Empresas de Seguros Gerais, Previdência Privada e Vida, Saúde Suplementar e Capitalização. **Guia de Boas Práticas do Mercado Segurador Brasileiro sobre a Proteção de Dados Pessoais**. Disponível em: http://cnseg.org.br/data/files/AF/63/3B/7E/B8B6F610373532F63A8AA8A8/GBPMS_ONLINE_ok.pdf. Acesso em: 26 dez. 2021.

DE LUCCA, Newton. **Direito do consumidor: teoria geral da relação jurídica de consumo**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

_____. **Títulos e Contratos Eletrônicos**: o Advento da Informática e seu Impacto no Mundo Jurídico. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; (Coordenadores). **Direito & Internet**: aspectos jurídicos relevantes. Bauru/SP: EDIPRO, 2001. p. 21-50.

_____; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) e Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade. In: **Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados**: Lei nº 13.709/2018, com alteração da lei nº 13.853/2019. 1. ed. São Paulo: Almedina, 2020. p. 373-397. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788584935796/>.

_____; e MACIEL, Renata. **A Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018: A Disciplina Normativa que Faltava**. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de; MACIEL, Renata (Coords.). **Direito & Internet IV: Sistema de Proteção de Dados Pessoais**. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

DIAS, José de Aguiar. **Cláusula de Não Indenizar**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955.

_____. **Cláusula de não indenizar**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

_____. **Da Responsabilidade Civil**. 11. ed. Revista, atualizada de acordo com o Código Civil de 2002, e aumentada por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DIAS, Reinaldo; MATOS, Fernanda. **Políticas públicas: princípios, propósitos e processos**. São Paulo: Atlas, 2012. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522484478/>. Acesso em: 20 dez. 2021.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 34. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530993351/>. Acesso em: 19 dez. 2021.

DONEDA, Danilo. **Da Privacidade à Proteção de Dados Pessoais**: elementos da formação da Lei Geral de Proteção de Dados. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

_____. **Um código para a proteção de dados pessoais na Itália**. Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro, ano 4, nº 16, out./dez 2003. Disponível em:

<https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/29727-29743-1-PB.pdf> Acesso em: 5 jan. 2022.

DONEDA, Danilo; GOULART, Guilherme Damásio. **Interconexão de bancos de dados governamentais e a garantia da privacidade e proteção de dados pessoais sob a perspectiva do Decreto n. 10.046/2019**. In MENDES, Laura. Schertel; ALVES, Sérgio Garcia; DONEDA, Danilo (Coordenadores). *Internet & Regulação*. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. (Série IDP – Linha Pesquisa Acadêmica): Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555592160/>. Acesso em: 19 dez. 2021.

EHRHARDT JÚNIOR, Marcos e SILVA, Gabriela Buarque Pereira. Breves notas sobre a Privacidade e Proteção de Dados Pessoais durante a Pandemia da COVID-19: Momento de Refletirmos sobre a Função Preventiva da Responsabilidade Civil. In: **Coronavírus e responsabilidade civil: impactos contratuais e extracontratuais**; coordenado por Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho, Nelson Rosenvald, Roberta Densa. Indaiatuba: Foco, 2020.

EPSTEIN, Richard Allen. *Cases and materials on torts*. 7 ed. New York: Aspen Law & Business, 2000.

ETIER, Guillaume. *Du Risque à la Faute: Evolution de la Responsabilité Civile pour le Risque du Droit Romain au Droit Commun*. Bruxelas: Bruylant, 2006.

EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD (EDPB). *Guidelines 07/2020 on the concepts of controller and processor in the GDPR*. Adotado em 02/09/2020. Disponível em: https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/consultation/edpb_guidelines_202007_controllerprocessor_en.pdf. Acesso em: 03 jan. 2022.

EUROPEAN GROUP ON TORT LAW. *Principles of European Tort Law*. Disponível em: <http://www.egtl.org/PETLEnglish.html>. Acesso em: 26 dez. 2021.

FADDA, Stefano. *La tutela dei dati personali del consumatore telematico*. In: CASSANO, Giuseppe (Org.). *Commercio elettronico e tutela del consumatore*. Milano: Giuffrè, 2003.

FEDERAL TRADE COMMISSION. *Federal Trade Commission Act*. Disponível em: <https://www.ftc.gov/enforcement/statutes/federal-trade-commission-act>. Acesso em: 26 dez. 2021.

FERNANDES, Wanderley. **Cláusulas de exoneração e de limitação de responsabilidade**. São Paulo: Saraiva, 2013.

FERRÃO, Rubia. **Cinco pontos sensíveis no uso de bitcoins para práticas criminosas**. Conjur, 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-04/rubia-ferrao-cinco-pontos-sensiveis-uso-bitcoins-crimes>. Acesso em: 11 dez. 2021.

FERRÃO, Rubia; KHAYAT, Gabriel; QUINELATO, Pietra. **A validade e a força executiva dos contratos eletrônicos empresariais**. In: CALAZA, Tales; TAVARES, Viviane Ramone. (Org.). *Processo civil 4.0*. 1ed. Uberlândia: LAECC, 2021, v. 1, p. 125-146.

_____. **O ônus da prova na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais**. In: CALAZA, Tales; TAVARES, Viviane Ramone (Org.). *Processo civil 5.0*. 1ed. Uberlândia: LAECC, 2022.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597021417/>. Acesso em: 11 dez. 2021.

FONTES, André. **Os fatores de atribuição na responsabilidade por danos**. *Revista Brasileira de Direito Comparado* n. 16. jan./jun. 1999. p. 207-215. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista05/revista05_207.pdf. Acesso em: 04 dez. 2021.

FRADA, Manuel A. Carneiro da. **Contrato e Deveres de Proteção**. Coimbra: Editora Coimbra, 1994.

FRAZÃO, Ana. Risco da empresa e caso fortuito externo. **Civilística**. v 5, n. 1, p. 1-27, 2016. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/239> - Acesso em: 4 dez. 2021.

_____. **Nova LGPD: as demais hipóteses de tratamento de dados pessoais**. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/columnas/constituicao-empresa-e-mercado/nova-lgpd-as-demais-hipoteses-de-tratamento-de-dados-pessoais-19092018>.

_____. **Pressupostos e Funções da Responsabilidade Civil Subjetiva na Atualidade: Um Exame a partir do Direito Comparado**. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo, v. 77, n. 4, p. 17-43, out./dez. 2011. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/28339/001_frazae.pdf?sequence=4. Acesso em: 26 dez. 2021.

FROTA, Hidemberg Alves da; BIÃO, Fernanda Leite. O fundamento Filosófico do dano existencial. **Revista Jurídica UNIGRAN**. Mato Grosso do Sul, v. 12, n. 24, jul./dez. 2010.

GARCEZ NETO, Martinho. **Prática de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. **Responsabilidade civil no direito comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GIANFELICI, Mário César. *Caso Fortuito y Caso de Fuerza Mayor: en el sistema de responsabilidade civil*. Buenos Aires, Abeledo-perrot, 1995.

GIESEN, Ivo. *Attribution, Legal Causation and Preventive Effects on Causal Imputation from a Psychological Perspective and its Possible Consequences for the Preventive Effects of Tort Law*. (November 9, 2010). Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1710682> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1710682>. Acesso em: 27 dez. 2021.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Responsabilidade Civil pelo Risco da Atividade**. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Responsabilidade civil pelo risco da atividade e o nexo de imputação da obrigação de indenizar: reflexões para um colóquio Brasil-Portugal**. Revista Jurídica Luso Brasileira, v. 01, p. 21-43, 2015.

_____. **Responsabilidade pelo Fato do Produto e do Serviço**. In Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo. SILVA, Regina Beatriz Tavares da (Coordenadora). São Paulo: Saraiva, 2009.

GOMES, Orlando. **Contratos**. Atualizadores Edvaldo Brito; Reginalda Paranhos de Brito. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530986735/>. Acesso em: 18 dez. 2021.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 18. ed. São Paulo, Saraiva Educação, 2019.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto: direito material e processo coletivo. Ada Pellegrini Grinover... [et al.]; colaboração Vicente Gomes de Oliveira Filho e João Ferreira Braga. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GRUPO DE TRABALHO DO ARTIGO 29º PARA A PROTEÇÃO DE DADOS. **Parecer 06/2014 sobre o conceito de interesses legítimos do responsável pelo tratamento dos dados na aceção do artigo 7º da Diretiva 95/46/CE**. Adotado em 09/04/2014. Disponível em: https://www.uc.pt/protecao-de-dados/suporte/20140409_wp_217_partecer_2_2014_conceito_interesses_legitimos_resp_trat_diretiva_95. Acesso em: 28 dez. 2021.

GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; e MEIRELES, Rose. **Término do Tratamento de Dados**. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; e OLIVA, Milena Donato (Coord.). Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no direito brasileiro. 1 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

GUTIÉRREZ, Graciela Messina de Estrella. *La responsabilidad civil en la era tecnológica: tendencias y prospectiva*. Buenos Ayres: Abeledo-Perrot, 1997.

HIRATA, Alessandro. Internetrecht: Aspectos de Direito Comparado Alemão. *In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Coord.). Direito e internet III – Tomo II: Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014). São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 609/618.*

JESUS, Damásio de. **Manual de Crimes informáticos**. São Paulo: Saraiva, 2016. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502627253/> Acesso em: 12.09.2020.

JONES, Rosemarie F. *Wet Footprints? Digital Watermarks: A Trail to the Copyright Infringer on the Internet*, 26 Pepp. L. Rev. Iss. 3 (1999). Disponível em: <https://digitalcommons.pepperdine.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1437&context=plr>. Acesso em: 4 dez. 2021.

JORGE, Fernando Pessoa. **Ensaio sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil**. Coimbra: Almedina, 1995.

JORNADAS DE DIREITO CIVIL I, III, IV e V: enunciados aprovados/coordenador científico Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. – Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf>. Acesso em: 29 dez. 2021.

JOSSERAND, Louis. *De l'Abus des droits*. Paris, 1905. Disponível em: <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k3040080q/f21.item.texteImage>. Acesso em: 11 dez. 2021.

_____. *De l'esprit des droits et de leur relativité: théorie dite de l'abus des droits*. Paris, 1939. Disponível em: <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k3413740p/f17.item#>. Acesso em: 11 dez. 2021.

KLOSOWSKI, Thorin. *The State of Consumer Data Privacy Laws in the US (And Why It Matters)*. The New York Times. Wirecutter. Disponível em: <https://www.nytimes.com/wirecutter/blog/state-of-privacy-laws-in-us/>. Acesso em: 26 dez. 2021.

LALOU, Henri. *Traité Pratique de la Responsabilité Civile*. Paris: Librairie Dalloz, 1949.

LAMBO, Luigi. *Obblighi di Protezione*. Pádua: Cedam, 2007.

LEONARDI, Marcel. **Principais Bases Legais de Tratamento de Dados Pessoais no Setor Privado**. *In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de; MACIEL, Renata (Coords.). Direito & Internet IV: Sistema de Proteção de Dados Pessoais. São Paulo: Quartier Latin, 2019.*

LEMOS, Vinicius Silva; THAMAY, Rennan. **Os modos de suscitação e a escolha dos representativos da controvérsia no microsistema de formação de precedentes**

vinculantes. Revista ANNEP de Direito Processual, v. 1, p. 2-19, 2020. Disponível em: <<https://www.revistaannep.com.br/index.php/radp/article/view/4/pdf>> Acesso em: 17 jan. 22.

LIMA, Alvino. **Culpa e risco.** 2. ed. rev. e atual. Pelo Prof. Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Coordenadora). **Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados: Lei nº 13.709/2018, com alteração da lei nº 13.853/2019.** 1. ed. São Paulo: Almedina, 2020. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788584935796/>.

_____. **Agentes de Tratamento de Dados Pessoais (Controlador, Operador e Encarregado pelo Tratamento de Dados Pessoais).** In: Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados: Lei nº 13.709/2018, com alteração da lei nº 13.853/2019. 1. ed. São Paulo: Almedina, 2020. p. 279-296. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788584935796/>.

_____; e PEROLI, Kelvin. **A Aplicação da Lei Geral de Proteção de Dados do Brasil no Tempo e no Espaço.** In: Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados: Lei nº 13.709/2018, com alteração da lei nº 13.853/2019. 1. ed. São Paulo: Almedina, 2020. p. 69-99. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788584935796/>.

_____; e RAMIRO, Livia Froner Moreno. **Direitos do Titular dos Dados Pessoais.** In: Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados: Lei nº 13.709/2018, com alteração da lei nº 13.853/2019. 1. ed. São Paulo: Almedina, 2020. p. 249-277. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788584935796/>.

_____; MORAES, Emanuele Pezati Franco de Moraes; e PEROLI, Kelvin. **O necessário diálogo entre o Marco Civil da Internet e a Lei Geral de Proteção de Dados para a coerência do sistema de responsabilidade civil diante das novas tecnologias.** In: Responsabilidade Civil e Novas Tecnologias. MARTINS, Guilherme Guimarães; e ROSENVALD, Nelson (Coordenadores). Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2020.

_____. Consentimento inequívoco versus expreso: o que muda com a LGPD? **Revista do Advogado.** Ano XXXIX, nº 144. Nov. 2019.

_____. Direito ao Esquecimento e Internet: o fundamento legal no direito comunitário europeu, no direito italiano e no direito brasileiro. **Revista dos Tribunais.** Ano 103. Vol.946. Agosto/2014. P.77-109.

_____. **Validade e obrigatoriedade dos contratos de adesão eletrônicos (*shrink-wrap* e *click-wrap*) e dos termos e condições de uso (*browse-wrap*).** Tese de Doutorado defendida na Faculdade de Direito do Largo São Francisco. São Paulo, 2009.

LOURENÇO, Haroldo. **Teoria Dinâmica do Ônus da Prova no Novo CPC (Lei nº 13.105/15)**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2015. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-6543-3/>. Acesso em: 4 dez. 2021.

MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado: critérios para sua aplicação**. 2.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553601622/>. Acesso em: 29 dez. 2021.

MATOS, Eneas de Oliveira. **Dano moral e dano estético**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MATTES, Anita; GALO, Jaqueline San; PONTES, Leonardo Machado. Responsabilidade Civil dos Provedores (Posfácio). *In*: NETTO, José Carlos Costa (Coord. Geral); EGEA, Maria Luiza de Freitas Valle; CARASSO, Larissa Andréa (Coord. Nacional). MATTES, Anita; PONTES, Leonardo Machado (Coord. Internacional). **Direito Autoral Atual**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MEDEIROS DA FONSECA, Arnaldo. **Caso fortuito e teoria da imprevisão**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1943.

MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental**. São Paulo: Saraiva, 2014. (Série IDP: linha de pesquisa acadêmica).

_____. Decisão histórica do STF reconhece direito fundamental à proteção de dados pessoais. Novo direito fundamental precisará ter contornos definidos tanto pela jurisprudência, quanto pela doutrina. **Jota**. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/decisao-historica-do-stf-reconhece-direito-fundamental-a-protacao-de-dados-pessoais-10052020> – Acesso em: 29 dez. 2021.

_____; DONEDA, Danilo. Reflexões Iniciais sobre a nova Lei Geral de Proteção de Dados. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, Ed. RT, v. 120, nov./dez. 2018 apud GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; e MEIRELES, Rose. Op. cit. p. 231

_____; FONSECA, Gabriel Campos Soares da. **Proteção de dados para além do consentimento: tendências de materialização**. *In*: Tratado de proteção de dados pessoais / coordenadores Danilo Doneda et al. Rio de Janeiro: Forense, 2021. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992200/>. Acesso em: 21 nov. 2021.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. Do caso fortuito e da força maior - excludentes de culpabilidade no Código Civil de 2002. *In*: **Responsabilidade civil: estudos em homenagem**

ao Professor Rui Geraldo de Camargo Viana/coordenação Rosa Maria de Andrade Nery, Rogério Donnini. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 81-102.

MESA, Marcelo J. López. *Presupuestos de la Responsabilidad Civil*. Buenos Aires: Astrea, 2013.

MIRAGEM, Bruno. **Responsabilidade civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530994228/>. Acesso em: 12 dez. 2021.

MONTEIRO, António Pinto. **Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil**. 2ª reimp. Coimbra: Almedina, 2011.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison Rêgo; ROSENVALD, Nelson. **Danos causados a dados pessoais: novos contornos**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-protecao-de-dados/332618/danos-causados-a-dados-pessoais--novos-contornos>. Acesso em: 29 ago. 2020.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. **Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva**. Revista dos Tribunais, v. 854, dez/2006, p. 11-37.

_____. **LGPD: um novo regime de responsabilização civil dito proativo**. Revista Eletrônica de Direito Civil. a.8. n. 3. Editorial. Disponível em: <http://civilistica.com/lgpd-um-novo-regime-de-responsabilizacao-civil-dito-proativo/>. Acesso em: 6 set. 2020.

MORSELLO, Marco Fabio. **Contrato de Transporte: novos paradigmas do caso fortuito e força maior**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

_____. **Responsabilidade civil no transporte aéreo**. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. **O nexo causal e suas distintas teorias: apreciações críticas**. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo: Nova Série, v. 10, n. 19, p. 211-220, jan./jun. 2007.

MULHERON, Rachael. *Principles of Tort Law*. Queen Mary University of London, 2020. Disponível em: <https://www.book2look.com/book/9781108727648>. Acesso em: 27 dez. 2021.

_____. **Privacy**. Online Content. Principles of Tort Law. Queen Mary University of London, 2020. Disponível em: https://www.cambridge.org/files/7214/7610/6094/Privacy_Mulheron.pdf. Acesso em: 27 dez. 2021.

MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. **A responsabilidade civil por presunção de causalidade**. Rio de Janeiro: GZ, 2010.

NORONHA, Fernando. O nexó de causalidade na responsabilidade civil. **Revista da EMESC**, v. 15, Florianópolis, jun. 2003.

OLIVA, Milena Donato; e VIÉGAS, Francisco de Assis Viégas. Tratamento de dados para a concessão do crédito. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; e OLIVA, Milena Donato (Coordenadores). **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no direito brasileiro**. 1 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. **Cláusulas acessórias ao contrato**: cláusulas de exclusão e de limitação do dever de indenizar e cláusulas penais. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2005.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). **Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data**. Original Version. Disponível em: <https://www.oecd.org/sti/ieconomy/oecdguidelinesontheprotectionofprivacyandtransborderflowsofpersonaldata.htm>. Acesso em: 6 jan. 2022.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD) - **Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data**. https://www.oecd.org/sti/ieconomy/oecd_privacy_framework.pdf. Acesso em: 6 jan. 2022.

PALFREY, Joh; Urs Gasser. **Nascidos na era digital**: entendendo a primeira geração de nativos digitais. Porto Alegre: Artmed, 2011.

PANISA, Patricia. **O Consentimento Livre e Esclarecido na Cirurgia Plástica**: e a Responsabilidade Civil Médica. RCS Editora, 2006.

PARENTONI, Leonardo Netto. O Direito ao Esquecimento (Right to Oblivion). In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Coord.). **Direito e internet III – Tomo I: Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014) – São Paulo: Quartier Latin, 2015.**

PARLAMENTO EUROPEU. **Tratado de Maastricht/Tratado da União Europeia**. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:11992M/TXT>. Acesso em: 6 jan. 2022.

PATIÑO, H. **Las causales exonerativas de la responsabilidad extracontractual**. ¿Por qué y cómo impiden la declaratoria de responsabilidad? Aproximación a la jurisprudencia del Consejo de Estado. *Revista de Derecho Privado*, n. 20, p. 371-398, 12 jun. 2011.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil** / Atualizador Gustavo Tepedino. 12. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530980320/>. Acesso em: 12 dez. 2021.

PERES, Fábio Henrique. **Cláusulas contratuais excludente e limitativas do dever de indenizar**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

PERRONE, Christian. **Dados internacionais na encruzilhada e o contexto brasileiro**. Como uma decisão da União Europeia em relação aos EUA pode impactar fluxos de dados para o Brasil. Disponível em: <https://www.jota.info/coberturas-especiais/liberdade-de-expressao/dados-internacionais-na-encruzilhada-e-o-contexto-brasileiro-21072020>. Acesso em: 28 dez. 2021.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. A Saga da Autoridade Nacional de Proteção de Dados: Do Veto à Lei nº 13.853/2019. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de; MACIEL, Renata (Coords.). **Direito & Internet IV: Sistema de Proteção de Dados Pessoais**. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

PINHEIRO, Alexandre Sousa (Coord.); COELHO, Cristina Pimenta; GONÇALVES, Carlos Jorge; GONÇALVES, Catarina Pina. **Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados**. Coimbra: Almedina, 2018.

PIRES, Nayjla Pecker; AMARAL, Cislara Pires. **Análise dos dados epidemiológicos de casos de microcefalia relacionados ao Zika virus**. *Disciplinarum Scientia. Série: Ciências da Saúde*, Santa Maria, v. 20, n. 2, p. 459-472, 2019. Disponível em: <https://periodicos.ufn.edu.br/index.php/disciplinarumS/article/viewFile/2894/2458> - Acesso em: 11 dez. 2021.

PLAKOKEFALOS, Ilias. **Causation in the Law of State Responsibility and the Problem of Overdetermination: In Search of Clarity**. *European Journal of International Law*, Volume 26, Issue 2, May 2015, Pages 471–492. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/ejil/chv023>. Acesso em: 27 dez. 2021.

PRATA, Ana. **Cláusulas de exclusão e limitação de responsabilidade contratual**. Reimpr. Coimbra: Almedina, 2005.

PRENSKY, Mark. **"Não me atrapalhe, mãe - Eu estou aprendendo!"**: Como os videogames estão preparando os nossos filhos para o sucesso no século XXI - e como você pode ajudar! Tradução Lívia Bergo. São Paulo: Phorte, 2010.

PRIVACY SHIELD - Disponível em: <https://www.privacyshield.gov>. Acesso em: 28 dez. 2021.

PÜSCHEL, Flavia Portella. **A Responsabilidade por Fato do Produto no CDC: Acidentes de Consumo**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

RAMOS NETO, Isaac Rodrigues. **Ethical Hacking e Legítima Defesa Eletrônica**. v. 7 n. 3 (2017): O comunicante. Disponível em: <http://ebrevistas.eb.mil.br/index.php/OC/article/view/1654>. Acesso em: 12 set. 2020.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. rev. atual. ajustada ao novo código civil. São Paulo: Saraiva, 4ª tiragem, 2004.

RICH, Michael. As mídias e seus efeitos na saúde e no desenvolvimento de crianças e adolescentes: reestruturando a questão da era digital. In: ABREU, Cristiano Nabuco; EISENSTEIN, Evelyn; ESTEFENON, Susana Graciela Bruno (Org.). **Vivendo esse mundo digital: impactos na saúde, na educação e nos comportamentos sociais**. Porto Alegre: Artmed, 2013.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530986087/>. Acesso em: 12 dez. 2021.

RODOTÀ, Stefano. *Il problema della responsabilità civile*, Roma: Editoriale Scientifica, 2004.

_____. **A vida na sociedade de vigilância: a privacidade hoje**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ROSENVALD, Nelson. **O Coronavírus e a Responsabilidade nos Contratos Internacionais**. In: Coronavírus e responsabilidade civil: impactos contratuais e extracontratuais; coordenado por Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho, Nelson Rosenvald, Roberta Densa. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2020.

SAIAS, Marco Alexandre. Reforço da responsabilização dos responsáveis pelo tratamento de dados”. In: **Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo**, 2017, nº 27, pp. 72-90. Disponível em: https://issuu.com/editorabonijuris9/docs/revista_luso-brasileira_de_direitod0959fdb6ee330. Acesso em: 28 dez. 2021.

SANTOS, Antonio Jeová. **Dano Moral Indenizável**. São Paulo: Método, 2001.

_____. **Dano moral na Internet**. São Paulo: Método, 2001.

SCHREIBER, Anderson. **Direito ao Esquecimento e Proteção de Dados Pessoais na Lei nº 13.709/2018**: distinções e potenciais convergências. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; e OLIVA, Milena Donato (Coord.). Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no direito brasileiro. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 367-384.

_____. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. Responsabilidade civil na lei geral de proteção de dados pessoais. In: **Tratado de proteção de dados pessoais**. Danilo Doneda et al. (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2021. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992200/>. Acesso em: 21 nov. 2021.

SANTOS, Moacyr *Amaral*. **Primeiras linhas de Direito Processual Civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1985. vol. 2.

SANTOS NETO, Arnaldo Bastos; Ishikawa, Lauro; Maciel, Moises. O Tratamento de Dados Pessoais pelo Poder Público e o Papel dos Tribunais de Contas. **Revista Direitos Culturais**, v. 16, n. 40, p. 163-177, 23 dez. 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.20912/rdc.v16i40.604>. Acesso em: 17 jan. 22.

SCHULMAN, Gabriel. Tecnologias de Telemedicina, Responsabilidade Civil e Dados Sensíveis. O Princípio Ativo da Proteção de Dados Pessoais do Paciente e os Efeitos Colaterais do Coronavírus. *In: Coronavírus e responsabilidade civil: impactos contratuais e extracontratuais*; coordenado por Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho, Nelson Rosendal, Roberta Densa. Indaiatuba: Foco, 2020.

SILVA, Clóvis V. do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

SILVA, João Calvão da. **Responsabilidade Civil do Produtor**. Coimbra: Almedina, 1990.

SILVA, Wilson Melo da. **O dano moral e sua reparação**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

SIMÃO, José Fernando. Prescrição e decadência: tempo de esclarecer controvérsias. *In: CASSETARI, Christiano (Coord.); CAMARGO VIANA, Rui Geraldo (Orientador). (Org.). 10 anos de vigência do Código Civil brasileiro de 2002: estudos em homenagem ao professor Carlos Alberto Dabus Maluf*. São Paulo: Saraiva, 2013.

SIMÃO FILHO, Adalberto. Dano ao consumidor por invasão do *site* ou da rede – Inaplicabilidade das Excludentes de Caso Fortuito ou Força Maior. *In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; (Coord.). Direito & Internet: aspectos jurídicos relevantes*. Bauru/SP: EDIPRO, 2001. p. 101-116.

SOARES, Flaviana Rampazzo. **Responsabilidade civil por dano existencial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência**. 7. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

TEPEDINO, Gustavo (Org.); TERRA, Aline de Miranda; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; **Fundamentos do Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 2. ed. vol. 4. Rio de Janeiro: Forense, 2021. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992453/>. Acesso em: 29 dez. 2021.

THAMAY, Rennan Faria Kruger. Os princípios do Processo Coletivo. **Revista Bonijuris**, v. 1, p. 25-36, 2013. Disponível em: <https://rennankrugerthamay.jusbrasil.com.br/artigos/121943456/os-principios-do-processo-coletivo>. Acesso em: 17 jan. 2022.

_____. THAMAY, Rennan Faria Krüger. O processo coletivo na teoria geral do processo civil: Legitimidade e coisa julgada. **Revista de Direito** (Viçosa), v. 05, p. 161-215, 2013. Disponível em: <https://periodicos.ufv.br/revistadir/article/view/1446/708>. Acesso em: 17 jan. 2022.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direitos do consumidor**. 10. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2021. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992941/>. Acesso em: 18 dez. 2021.

THE WASHINGTON POST. **USA Freedom Act: What's in, what's out**. Disponível em: <https://www.washingtonpost.com/graphics/politics/usa-freedom-act/>. Acesso em: 6 jan. 2022.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. **O princípio da boa-fé no Direito Civil**. São Paulo: Almedina, 2020.

_____. **O princípio da boa-fé na Lei Geral de Proteção de Dados**. Consultor Jurídico. **Conjur**, 09/03/2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-09/direito-civil-atual-principio-boa-fe-lgpd> - Acesso em: 29 dez. 2021.

_____. Em direção a um novo 1984? a tutela da vida privada entre a invasão de privacidade e a privacidade renunciada. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. São Paulo. v.109. p.129-69. jan./dez.

_____. **O princípio da boa-fé na Lei Geral de Proteção de Dados**. Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-09/direito-civil-atual-principio-boa-fe-lgpd>. Acesso em: 12 set. 2020.

UNDERWOOD, James. **Tort Law: Principles in Practice**. Second Edition. Wolters Kluwer Law & Business, 2018. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?id=96NTDwAAQBAJ&lpg=PP1&hl=pt-BR&pg=PP1#v=onepage&q&f=false>. Acesso em: 27 dez. 2021.

UNIDROIT - The International Institute for the Unification of Private Law. **Principles of International Commercial Contracts (UPICC)**. Art. 1.6(2) UNIDROIT Principles 2016. Disponível em: <https://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2016/principles2016-e.pdf> Acesso em: 6 jan. 2022.

USTÁRROZ, Daniel. **Responsabilidade Civil por Ato Lícito**. São Paulo: Atlas, 2014.

VIEIRA, Tatiana Malta. **O direito à privacidade na sociedade da informação: efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2007.

VIRGINIA'S LEGISLATIVE INFORMATION SYSTEM. **Consumer Data Protection Act**. Disponível em: <https://lis.virginia.gov/cgi-bin/legp604.exe?211+sum+SB1392>. Acesso em: 6 jan. 22.

VISINTINI, Giovana. *Trattato Breve della Responsabilità Civile*. 2. ed. Cedam, 1999.

WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. *The Right to Privacy*. Harvard Law Review, vol. 4, n.º 5, The Harvard Law Review Association, 1890, pp. 193–220. Disponível em: <https://doi.org/10.2307/1321160>. Acesso em: 28 dez. 2021.

ANEXO**PROJETO DE LEI Nº , DE 2022.**

Acresce e altera dispositivos da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que institui o Código Civil, assim como acresce e altera dispositivos da Lei nº 13.709 de 14 de agosto de 2018 – Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD).

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º Esta Lei acresce e altera dispositivos da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, para dispor sobre o regime das excludentes de responsabilidade civil.

Art. 2º. O artigo 188 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;

II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.

III – os praticados com o consentimento da vítima, desde que não constitua cláusula abusiva e se esteja diante de direitos disponíveis.

Art. 2º. O parágrafo único do artigo 927, da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo

autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. **Na ausência de previsão expressa, o fator de atribuição será a culpa.**”

Art. 3º. A Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 927-A e 927-B:

“Art. 927-A: São causas que excluem a responsabilidade de reparar o dano:

I – caso fortuito ou força maior, ressalvadas as hipóteses do artigo 927-B;

II – Fato exclusivo da vítima

III – Fato exclusivo de terceiro

IV – Outras causas previstas na legislação especial.

Parágrafo primeiro: O afastamento da incidência das excludentes previstas neste artigo só poderá ocorrer por disposição legal expressa.

Parágrafo segundo: Para eximir-se de responsabilidade, total o parcialmente, o fato de terceiro por quem não se deve responder deve reunir as características de caso fortuito externo.

Art. 927-B: Ainda que ocorra o caso fortuito ou força maior, haverá responsabilidade nos seguintes casos:

a) se o agente assumiu o cumprimento da obrigação, mesmo diante de um fato decorrente de caso fortuito ou força maior;

b) se existir obrigação legal expressa que a obrigação de reparar não é dispensada por caso fortuito ou força maior;

e) se o caso fortuito constituir uma contingência inerente ao risco da coisa ou da atividade. Neste caso, deverão ser considerados o modo pelo qual a atividade é realizada; os riscos que razoavelmente dela se esperam; e os padrões de mercado para atividade disponíveis à época em que o dano ocorreu.”

Art. 4º. O artigo 43, da Lei nº 13.709 de 14 de agosto de 2018, passa a vigorar com a seguinte redação:

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

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

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

III - que o dano é decorrente de fato exclusivo do titular dos dados ou de terceiro;

IV – que o dano é decorrente de caso fortuito ou força maior.

Parágrafo primeiro: Ainda que ocorra o fato fortuito ou força maior, haverá responsabilidade nos seguintes casos:

a) se o agente assumiu o cumprimento da obrigação, mesmo diante de um fato decorrente de caso fortuito ou força maior;

b) se existir obrigação legal expressa que a obrigação de reparar não é dispensada por caso fortuito ou força maior;

e) se o caso fortuito constituir uma contingência inerente ao risco da coisa ou da atividade. Neste caso, deverão ser considerados o modo pelo qual a atividade é realizada; os riscos que razoavelmente dela se esperam; e os padrões de mercado para atividade disponíveis à época em que o dano ocorreu.

Parágrafo segundo: Para eximir-se de responsabilidade, total o parcialmente, o fato de terceiro por quem não se deve responder deve reunir as características de caso fortuito.

Parágrafo terceiro: Se o titular tiver concorrido para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua conduta em confronto com a do agente de tratamento autor do dano.”

Art. 5º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

JUSTIFICAÇÃO

O tema das excludentes de responsabilidade civil não é devidamente explorado e tampouco sistematizado pelo Código Civil de forma adequada. A LGPD, por sua vez, não faz menção a algumas excludentes constantes no Código Civil, o que gera dúvidas de sua aplicação neste âmbito.

Assim, as alterações apresentadas nos dispositivos acima têm por finalidade tornar mais clara a disciplina da matéria em prol da segurança jurídica.

Certa de que a importância deste projeto de lei e os benefícios que dele deverão resultar serão percebidos por Vossas Senhorias, esperamos contar com o apoio necessário para a sua aprovação.

São Paulo, 17 de janeiro de 2022.

RUBIA MARIA FERRÃO DE ARAÚJO