



Felipe Henriques Kadlec Carvalho

Estudo de Caso

**A Validade de Cláusula Limitativa do Dever de Indenizar Inserida em
um Acordo de Processamento de Dados Pessoais**

Dissertação apresentada como requisito parcial para
obtenção do grau de Mestre pelo Programa de
Mestrado em Direito Civil Contemporâneo e Prática
Jurídica da Pontifícia Universidade Católica do Rio de
Janeiro (PUC-Rio).

Orientadora: Caitlin Mulholland

Rio de Janeiro,
setembro de 2023



Felipe Henriques Kadlec Carvalho

Estudo de Caso

**A Validade de Cláusula Limitativa do Dever de Indenizar Inserida em
um Acordo de Processamento de Dados Pessoais**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre pelo Programa de Mestrado em Direito Civil Contemporâneo e Prática Jurídica da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Aprovada pela Comissão Examinadora abaixo:

Caitlin Mulholland

Orientador Departamento de Direito – PUC-Rio

Marcelo Junqueira Calixto

Departamento de Direito – PUC-Rio

Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho

Departamento de Direito - UERJ

Rio de Janeiro, 28 setembro de 2023

Todos os direitos reservados. A reprodução, total ou parcial, do trabalho é proibida sem autorização da universidade, da autora e do orientador.

Felipe Henriques Kadlec Carvalho

Bacharel em Direito pela PUC-RIO em 2004. Advogado da Petróleo Brasileiro S.A.

Ficha Catalográfica

Carvalho, Felipe Henriques Kadlec

Estudo de caso : a validade de cláusula limitativa do dever de indenizar inserida em um acordo de processamento de dados pessoais / Felipe Henriques Kadlec Carvalho ; orientadora: Caitlin Mulholland. – 2023.

133 f. ; 30 cm

Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito, 2023.

Inclui bibliografia

1. Direito – Teses. 2. Cláusula limitativa do dever de indenizar. 3. Validade. 4. Acordo de processamento de dados. I. Mulholland, Caitlin. II. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Departamento de Direito. III. Título.

CDD: 340

Aos os meus pais, por quem sou profundamente grato
pelo apoio incansável em minha jornada. Cada
conquista é resultado da confiança que depositaram em

mim. Obrigado por estarem ao meu lado nos momentos
desafiadores.

Agradecimentos

À Professora Caitlin Mulholland Sampaio, não apenas pelas aulas e orientação, mas também pela sua generosidade intelectual e compreensão. Foi um privilégio e uma honra tê-la como orientadora. Devo a conclusão deste trabalho às suas palavras de incentivo.

Às professoras e aos professores do programa de mestrado da PUC-Rio: Maria Celina Bodin de Moraes, Thamís Dalsenter Viveiros de Castro, Aline de Miranda Valverde Terra, Ana Luíza Nevares, Carlos Nelson Konder, Marcelo Calixto e Nádia Araújo, exemplos de entrega e dedicação ao conhecimento.

Aos amigos que fiz na turma do mestrado de Direito Civil da PUC-Rio do ano de 2020, Ana Luíza Fernandes, Bruna Kamarov, Carolina de Marsillac, Cristiano Schiller, Daniel Viégas, Daniela Domingues, Diego Monteiro Baptista, Isabel Dunshee, Guilherme Macedo, Leonardo Ribeiro da Luz, Manoela Medeiros Sales, Maria Eduarda Echeverria Magacho, Maria Gentil, Paulo Mostardeiro, Pedro Alberto Schiller de Faria, Pedro de Abreu Campos, Pedro Ramallete e Pedro Sack. Pessoas que admiro e com quem tive a oportunidade de aprender muito.

Agradeço aos meus pais por tudo.

Resumo

KADLEC, Felipe. *Estudo de caso: A validade de cláusula limitativa do dever de indenizar inserida em um Acordo de Processamento de Dados Pessoais*. Rio de Janeiro, 2023. 133 p. Dissertação (Mestrado em Direito Civil Contemporâneo e Prática Jurídica) – Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

O escopo da presente dissertação é trazer o debate acerca da validade da cláusula limitativa do dever de indenizar. Para tanto, sugere a redação de cláusula desta específica modalidade, inserida no bojo de um Acordo de Processamento de Dados Pessoais, celebrado entre partes paritárias envolvidas no tratamento de dados pessoais, sem qualquer relação com o titular dos dados. A análise, então, se inicia pelo contexto geral da Lei Geral de Proteção de Dados, dos agentes de tratamento de dados pessoais, bem como do Acordo de Processamento de Dados Pessoais. Em seguida, o trabalho prossegue e trata das considerações gerais que permeiam as cláusulas de não indenizar, entendidas, aqui, como termo genérico que engloba tanto a previsão exoneratória, como a convenção que limita os termos do dever de indenizar. Em sua última parte, então, a dissertação aborda a necessidade de gerir os riscos que estão envolvidos na operação de dados pessoais, a análise da validade da cláusula de não indenizar prevista em Termos de Uso, corriqueiramente firmado com consumidores, bem como, finalmente, avalia o cabimento da previsão de cláusula limitativa do dever de indenizar inserida em um Acordo de Processamento de Dados Pessoais, celebrado entre partes paritárias.

Palavras-chave: Cláusula limitativa do dever de indenizar; Validade; Acordo de Processamento de Dados.

Abstract

KADLEC. Felipe. *Case Study: The validity of a limitation of liability clause inserted in a Data Processing Agreement*. Rio de Janeiro, 2023. p. 133. Thesis. (Mestrado em Direito Civil Contemporâneo e Prática Jurídica) – Pontifical Catholic University of Rio de Janeiro Law School.

The scope of this dissertation is to bring the debate about the validity of the limitation clause of the duty to indemnify. To this end, it suggests the drafting of a clause of this specific type, inserted in the context of a Data Processing Agreement, entered into between equal parties involved in the processing of personal data, without any involvement with the data subject. The analysis, therefore, begins with the general context of the General Data Protection Law, the personal data processing agents, as well as the Data Processing Agreement. Then, the work proceeds to address the general considerations that permeate the clauses of non-indemnification, understood here as a generic term that encompasses both exoneration provisions and conventions that limit the terms of the duty to indemnify. In its final part, the dissertation addresses the need to manage the risks involved in personal data operations, the analysis of the validity of the non-indemnification clause provided in Terms of Use, commonly entered into with consumers, as well as finally assessing the applicability of the provision of a limitation clause of the duty to indemnify inserted in a Data Processing Agreement, entered into between equal parties.

Keywords: Limitation of liability clause; Data Processing Agreement; Validity.

Sumário

Introdução.....	10
1 Os Agentes de Tratamento de Dados Pessoais e o Acordo de Processamento de Dados Pessoais.....	12
1.1 O contexto geral da formação da legislação de proteção de dados.....	12
1.2 A proteção de dados no ordenamento jurídico brasileiro	22
1.3 Aspectos gerais do tratamento de dados pessoais	28
1.4 Os contornos gerais do Acordo de Processamento de Dados Pessoais.....	45
1.5 A importância do cuidado na identificação das partes	54
1.6 O conteúdo mínimo de um Acordo de Processamento de Dados Pessoais.....	59
2 A Cláusula Limitativa do Dever de Indenizar	64
2.1 Aspectos gerais	64
2.2 Função	77
2.3 As Cláusulas Limitativas do Dever de Indenizar	79
2.4 Requisitos de validade.....	86
3 O Estudo da Validade da Aposição de Cláusula Limitativa do Dever de Indenizar Inserida em Acordo de Processamento de Dados	99
3.1 Aspectos gerais	99
3.2 As cláusulas de não indenizar inseridas em Termos de Serviços	105
3.3 Análise da validade de uma sugerida Cláusula Limitativa do Dever de Indenizar inserida em um Acordo de Processamento de Dados Pessoais.....	111
Conclusão.....	126
Referências.....	128

(...) “o homem está condenado a ser livre.”¹

¹ SARTRE, Jean Paul. *O existencialismo é um humanismo*. Tradução de Rita Correia Guedes. São Paulo: Nova Cultural, 1987. p. 9.

Introdução

Nos últimos anos, tem havido um expressivo crescimento no número de Acordos de Processamento de Dados no Brasil. Esses contratos são essenciais para regulamentar corretamente a relação entre as partes envolvidas no tratamento de dados pessoais, estabelecendo direitos, responsabilidades e limites claros.

Esse aumento pode ser atribuído a várias razões. Em primeiro lugar, a entrada em vigor da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) em setembro de 2020 foi um marco importante para a conscientização sobre a importância da proteção de dados pessoais no país. A LGPD estabelece diretrizes e requisitos claros para o tratamento de dados, exigindo que as partes envolvidas estabeleçam diretrizes para o processamento dessas informações.

Além disso, a crescente entrada das empresas de diversos setores da economia no ambiente virtual também tem impulsionado o aumento desses contratos. Com o avanço tecnológico e a ampla utilização de sistemas informatizados, as empresas estão lidando com volumes cada vez maiores de dados pessoais, exigindo a implementação de instrumentos contratuais adequados para garantir a conformidade com a LGPD e proteger os direitos dos titulares dos dados.

Outro fator relevante é a conscientização crescente das empresas sobre os riscos associados ao tratamento inadequado de dados pessoais. Violações de dados e vazamentos de informações sensíveis podem ter consequências significativas, incluindo danos à reputação da empresa, sanções financeiras e processos judiciais. Nesse contexto, os Acordos de Processamento de Dados Pessoais desempenham um papel destacado na mitigação desses riscos, estabelecendo medidas de segurança e responsabilidades claras entre as partes envolvidas.

Essa tendência de crescimento nos Acordos de Processamento de Dados Pessoais também é evidenciada por dados e estatísticas do mercado. Empresas especializadas em consultoria jurídica e proteção de dados relatam um aumento na demanda por serviços relacionados à elaboração e revisão desses contratos. Além disso, a Agência Nacional de Proteção de Dados (ANPD), órgão responsável pela fiscalização e aplicação da LGPD, recentemente, começou a aplicar sanções administrativas por violação às regras de proteção de dados.

Assim, o aumento no número de Acordos de Processamento de Dados Pessoais no Brasil é uma tendência que reflete a relevância crescente da proteção

de dados pessoais e a imperiosa necessidade de firmar relações transparentes e focadas no regular tratamento dessas informações. É neste cenário, então, que este trabalho está inserido.

A celebração desta modalidade contratual demanda avaliação cuidadosa, como veremos, de diversos fatores para que possa ser bem redigido, sobretudo, no momento da atribuição das responsabilidades e da eventual fixação de seus limites.

Dito isso, a presente dissertação estrutura-se em três partes.

Assim, no primeiro capítulo, abordaremos as questões gerais que dizem respeito à regulamentação da proteção de dados pessoais, os aspectos atinentes ao seu tratamento, bem como o papel e responsabilidades relativos aos agentes de tratamento. Na sequência, serão abordados os principais aspectos que devem ser levados em conta para a celebração de um Acordo de Processamento de Dados Pessoais, principalmente, aqueles que dizem respeito às responsabilidades das partes.

Já no segundo capítulo, o trabalho se debruça na análise dos aspectos gerais atinentes à cláusula de não indenizar, para, depois, ingressar no estudo específico da cláusula limitativa do dever de indenizar, objeto deste trabalho.

A terceira parte, então, abordará a alocação de riscos e seus fundamentos, a validade de cláusula de não indenizar inserida em um Termo de Uso do *Youtube*, importante como premissa para a análise que se fará na sequência. Finalmente, proporá uma cláusula limitativa do dever de indenizar inserida no bojo de um Acordo de Processamento de Dados Pessoais e avaliará a sua validade de acordo com as normas do ordenamento jurídico pátrio.

Por fim, é importante estabelecer como premissa que o presente trabalho avaliará a cláusula limitativa do dever de indenizar, presente em um Acordo de Processamento de Dados Pessoais, firmado entre partes paritárias, onde o titular de dados pessoais é considerado um terceiro.

1 Os Agentes de Tratamento de Dados Pessoais e o Acordo de Processamento de Dados Pessoais

1.1 O contexto geral da formação da legislação de proteção de dados

A privacidade, desde o fim do século XIX, é tema de debates e estudos ao redor do mundo, sobretudo em razão da sua conexão com a personalidade da pessoa humana. Ocorre, como é de se esperar de uma sociedade em constante evolução tecnológica, que a sua compreensão e alcance tenha variado ao longo do tempo. É importante, então, traçar os contornos da evolução da privacidade e, assim, entender o debate que originou a edição da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD²) no Brasil.

Em um primeiro momento, em 1890, nos Estados Unidos da América, com o artigo de Brandeis e Warren, *The right of privacy*³, publicado na revista *Harvard Law Review*⁴, há a fixação de um conceito de privacidade mais restrito e fortemente individualista, derivado do chamado direito de ser deixado só (*right to be alone*). Naquele momento, restritas por um olhar patrimonialista⁵, as preocupações em relação ao tema estavam mais concentradas no indivíduo, na preservação de seu círculo de intimidade, com a intenção de impor um dever de abstenção a terceiros, enfim, um direito a ser exercido de forma negativa⁶. Danilo Doneda traz importante observação sobre o entendimento da privacidade neste período:

² Lei nº 13.709 de 14 de agosto de 2018.

³ Leonardo Estevam de Assim Zanini acerca do que motivou os autores a publicar o célebre artigo: “Há muito debate em torno da motivação de Warren e Brandies para a publicação do artigo dedicado ao privacy. Alguns estudiosos especulam que foi uma resposta ao aumento de sensacionalismo da imprensa em geral. Outros apontam que seria uma reação direta aos abusos cometidos pela imprensa contra a família de Warren, uma das mais influentes na sociedade de Boston do final do século XIX. Seja como for, independentemente das razões que levaram ao artigo, é certo que ele causou muito impacto no âmbito da common law, sendo ainda hoje inegável a sua importância.” ZANINI, Leonardo Estevam de Assim. O surgimento e o desenvolvimento do right of privacy nos Estados Unidos. Revista Brasileira de Direito Civil (RBD CIVIL), v.3, jan-mar. 2015. P. 11. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/107/103> Acesso em: 02.02.2023.

⁴ Originalmente publicado em Harvard Law Review Vol. IV. December 15, 1890. No. 5. Disponível em <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/127>

⁵ De acordo com Anderson Schreiber: “É visível, nesse primeiro momento da privacidade, uma forte influência do modelo proprietário: ‘não se entra na propriedade, não se entra na vida privada’. Do mesmo modo que o direito à propriedade permitia repelir o esbulho dos bens materiais, a privacidade permitia afastar a interferência alheia sobre a vida íntima de cada um.” SCHREIBER, Anderson. Direitos da personalidade. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. P. 135.

⁶ Caitlin Mulholland complementa acerca do *right of privacy*: “Por essa orientação, o direito à privacidade foi inicialmente empregado para tutelar a vida privada das pessoas, dentro de seu próprio lar, como reflexo da proteção dada à casa ou à moradia do sujeito.” MULHOLLAND, Caitlin. O direito de não saber como decorrência do direito à intimidade. Comentários ao REsp 1.195.995.

“A esse período remonta o paradigma da privacidade como uma *zero-relationship*, pela qual representaria, no limite, a ausência de comunicação entre uma pessoa e as demais. Essa concepção foi o marco inicial posteriormente temperado por uma crescente consciência de que a privacidade seria um aspecto fundamental da realização da pessoa e do desenvolvimento de sua personalidade.”⁷

Registre-se, ainda, que o *right of privacy* também tem origem na relação travada entre o avanço tecnológico e a privacidade, como bem lembra Leonardo Estavam de Assim Zanini, ao pontuar que Brandeis e Warren levaram em consideração para elaboração de seu artigo “as transformações sociais, políticas e econômicas, bem como o surgimento de novos inventos, como a fotografia, que contribuíram para a ocorrência de violações da vida privada das pessoas.”⁸

Já na década de 1960, este modelo de privacidade negativista, não promocional, passa a ser visto como insuficiente para abarcar os novos desafios que surgiam com o desenvolvimento tecnológico, sobretudo da informática. Nos Estados Unidos da América, neste período, verificou-se uma grande apreensão acerca do aumento do volume de dados pessoais que eram automaticamente processados e da crescente ampliação dos bancos de dados que armazenavam dados pessoais de forma eletrônica.

Passa, então, a privacidade a se dirigir, também, aos dados pessoais dos indivíduos e não apenas à esfera privada da vida das pessoas, o que veio a ocasionar alterações substanciais no seu conceito. Exemplo disto foi o projeto de lei denominado *National Data Center*, cujo objetivo precípuo era criar, naquele país, uma grande base de dados centralizada, reunindo as mais diversas informações dos cidadãos. Contudo, esta proposta não foi adiante, sendo rejeitada pelo Congresso

Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 1, n. 1, jul.-set./2012. P. 2. Disponível em: <https://civilistica.com/direito-de-nao-saber/> Acesso em: 02.20.2023.

⁷ DONEDA, Danilo. Da Privacidade à Proteção de Dados Pessoais: Fundamentos da Lei Geral de Proteção de Dados/ Danilo Doneda. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. P. 30.

⁸ ZANINI, Leonardo Estavam de Assim. O surgimento e o desenvolvimento do *right of privacy* nos Estados Unidos. Revista Brasileira de Direito Civil (RBDCCIVIL), v.3, jan-mar. 2015. P. 11. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/107/103> Acesso em: 02.02.2023. Em reforço a esta afirmação, cita-se as considerações de Danilo Doneda sobre o tema: “Um dos tópicos mais importantes e que garantem o interesse até hoje no artigo de Warren e Brandeis de 1890 é a constatação do vínculo da tutela da privacidade ao progresso tecnológico. Esse progresso torna possíveis novas formas de veiculação e obtenção de informações sobre as pessoas, sendo o vetor principal que proporcionou a demanda pela elaboração de um direito à privacidade, que veio a se consolidar em diversos ordenamentos jurídicos desde então.” DONEDA, Danilo. Panorama histórico da proteção de dados pessoais. Cap. 1. In: Tratado de proteção de dados pessoais / coordenadores Danilo Doneda ... [et al.]. – Rio de Janeiro: Forense, 2021. Ebook.

americano, fundado na severa rejeição da sociedade, em função dos riscos à privacidade dos indivíduos, em que pese o argumento suscitado, à época, que tal medida aumentaria a eficiência da máquina estatal⁹. Buscou-se, naquela época, aguardar para que a privacidade fosse melhor compreendida para que pudesse ser garantida de forma eficaz aos cidadãos.

Marco relevante neste debate, travado já na década de 1970, foi o fato de o Departamento de Saúde, Educação e Bem-Estar dos Estados Unidos da América ter sugerido a adoção dos chamados “princípios para o tratamento leal da informação” (*Fair Information Practice Principles*), que propuseram a adoção de legislação federal para tratar da proteção de dados pessoais naquele país, bem como enumerou princípios a serem adotados que, até os dias atuais, constituem a base dos marcos regulatórios sobre o tema, como por exemplo, os princípios da finalidade, livre acesso, transparência, segurança e correção.

Verifica-se, neste período, que a preocupação inicial acerca do tema foi direcionada ao próprio Estado, na condição de gestor dos dados dos cidadãos¹⁰. Tendo como pano de fundo o cenário acima exposto, a privacidade passou a figurar como tema de grande relevância a ser debatido no mundo, sendo ponto de partida para a fixação das bases em que seria fundado o direito à proteção de dados na Europa. É possível, então, citar quatro gerações de leis de proteção de dados que pavimentaram o caminho para a regulamentação do tema em dias atuais.

Assim, ainda na década de 1970, surgem normas como resposta ao processamento de dados, por via eletrônica, por parte da administração estatal, empresas privadas, bem como a intenção de constituir grandes bancos de dados unificados. Nesta fase, o regramento visava o controle *ex ante* dos bancos de dados, exigindo uma licença prévia ou o registro nos órgãos competentes, ou seja, o foco estava concentrado no controle do uso de informações pelo Estado. Como exemplos

⁹ Danilo Doneda trata desta passagem histórica ocorrida no Congresso americano da seguinte forma: “O relator das mencionadas audiências, Deputado Cornelius Gallagher, reconheceu ao final que, ainda que a proposta pudesse incrementar a eficiência da burocracia estatal, ela também representava uma série de ameaças à privacidade. Como encaminhamento, decidiu-se por não proceder com a empreitada “até que a proteção da privacidade seja explorada e compreendida ao máximo e garantida na maior medida possível para os cidadãos cujos dados pessoais forem tratados” DONEDA, Danilo. Panorama histórico da proteção de dados pessoais. Cap. 1. In: Tratado de proteção de dados pessoais / coordenadores Danilo Doneda ... [et al.]. – Rio de Janeiro: Forense, 2021. Ebook.

¹⁰ De acordo com o autor: “Os primeiros sistemas de proteção de dados pessoais preocupavam-se basicamente com o Estado, como administrador dos dados dos seus cidadãos.” DONEDA, Danilo. Da Privacidade à Proteção de Dados Pessoais: Fundamentos da Lei Geral de Proteção de Dados/ Danilo Doneda. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. P. 179.

ilustrativos é possível citar a Lei de Hesse alemã, de 1970, a lei nacional de dados, promulgada na Suécia em 1973, bem como o *Privacy Act* norte-americano em 1974. Estas legislações tornaram-se rapidamente obsoletas com a evolução e proliferação dos bancos de dados, o que tornava muito complexo o exercício de um controle fundado em um sistema de autorizações. Esta primeira geração encontra seu fim com a edição, em 1977, da Lei Federal alemã sobre dados pessoais.

No final da década de 1970, surgem as normas de segunda geração, mais voltadas à privacidade, liberdades negativas e à liberdade em geral, deixando de se preocuparem estritamente com os bancos de dados e seus procedimentos, demonstrando, assim, uma perspectiva diferente da geração anterior. Há, aqui, a possibilidade de o indivíduo participar no processo de coleta e processamento de dados por meio da concessão de seu consentimento. O seu primeiro marco foi a lei francesa de proteção de dados pessoais (*Informatique et Libertés*)¹¹, promulgada em 1978, sendo seguida pela lei de proteção de dados austríaca¹², bem como pelas Constituições portuguesa e espanhola, por exemplo.

Já na década de 1980 surgem as leis de terceira geração, marcadas profundamente pela decisão proferida pelo Tribunal Constitucional Alemão, em 1983, que declarou a inconstitucionalidade da chamada “Lei do Censo”¹³, a qual dispunha de uma obrigatoriedade dos cidadãos de fornecimento de dados como, por exemplo, a profissão, moradia e local de trabalho. A decisão do Tribunal Constitucional Alemão acabou por reconhecer a chamada autodeterminação informativa, reforçando a grande relevância de garantir o consentimento efetivo do

¹¹ Lei 78-17, de 6 de janeiro de 1978.

¹² Lei nº 565/1978, de 18 de outubro de 1978.

¹³ A este respeito destaca-se passagem de artigo de autoria de Leonardo Martins e Jürgen Schwabe, que destaca o objetivo da legislação, a razão da insurgência contra a sua edição e a decisão proferida pelo Tribunal Constitucional Alemão: “O objetivo declarado da lei era, por meio de levantamentos feitos por pesquisadores credenciados, reunir dados sobre o estágio do crescimento populacional, a distribuição espacial da população no território federal, sua composição segundo características demográficas e sociais, assim como também sobre sua atividade econômica. (...) Várias Reclamações Constitucionais foram ajuizadas diretamente contra a lei sob a alegação de que ela violaria diretamente alguns direitos fundamentais dos reclamantes, sobretudo o direito ao livre desenvolvimento da personalidade (Art. 2 I GG). (...) No mérito, o TCF julgou as Reclamações Constitucionais só parcialmente procedentes, confirmando a constitucionalidade da lei em geral. Declarou, porém, nulos principalmente os dispositivos sobre a comparação e trocas de dados e sobre a competência de transmissão de dados para fins de execução administrativa.” SCHWABE, Jürgen; MARTINS, Leonardo. Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão. Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005. P. 239. Disponível em: https://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/jurisprudencias-e-pareceres/jurisprudencias/docs-jurisprudencias/50_anos_de_jurisprudencia_do_tribunal_constitucional_federal_alemao.pdf/view Acessado em 12.02.2023.

indivíduo no processamento de seus dados pessoais, e imperiosa necessidade de uma maior participação do cidadão nesse processo, sendo curial o seu envolvimento ininterrupto, ou seja, tanto para a coleta, armazenamento e, também, transmissão dos dados pessoais¹⁴. São exemplos desta geração as emendas que foram editadas à lei de proteção de dados da Alemanha e da Áustria, bem como leis específicas na Noruega e Finlândia. No entanto, a plena participação dos cidadãos no controle de suas informações pessoais, fundada na ideia da autodeterminação informativa, não se mostrou efetiva do ponto de vista prático, sobretudo por conta dos altos custos financeiros e sociais envolvidos em exercer este direito¹⁵.

É relevante destacar, neste momento, as palavras de Caitlin Mulholland a respeito da evolução do conceito de *privacy*:

“A ampliação do conceito de *privacy* se deu, em grande medida, por conta da evolução das formas de divulgação e apreensão de dados pessoais. Com o advento de novas tecnologias, notadamente o desenvolvimento da biotecnologia e da Internet, o acesso a dados sensíveis e, conseqüentemente, a sua divulgação, foram facilitados de forma extrema. Como resultado, existe uma expansão das formas potenciais de violação da esfera privada, na medida em que se mostra a facilidade por meio da qual é possível o acesso não autorizado de terceiros a esses dados. Com isso, a tutela da privacidade passa a ser vista não só como o direito de não ser molestado, mas também como o direito de ter controle sobre os dados pessoais e, com isso, impedir a sua circulação indesejada.”¹⁶

¹⁴ Ana Frazão desta as seguintes repercussões da decisão do Tribunal Constitucional Alemão: “(...) Assim, a Corte reconheceu, a partir da dignidade humana e do direito geral ao livre desenvolvimento da personalidade, a existência de um direito da personalidade autônomo à proteção de dados pessoais, além de garantia constitucional à autodeterminação informativa. Tal reconhecimento consolidou a noção de controle do indivíduo sobre o fluxo dos seus dados pessoais, fortalecido a partir dos deveres de esclarecimento, informação, minimização e apagamento dos dados. Dessa forma, o conceito de privacidade ganhou contornos cada vez mais relevantes para além do tradicional poder de exclusão, tornando mais significativa a compreensão da sequência “pessoa-informação-circulação-controle” do que “pessoa-informação-sigilo” como anteriormente.” FRAZÃO, Ana. Curso de proteção de dados pessoais: fundamentos da LGPD/ Ana Frazão, Angelo Prata de Carvalho, Giovanna Milanez. – 1. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2022.

¹⁵ Danilo Doneda faz a seguinte ponderação a respeito das leis de terceira geração: “As leis de terceira geração encaravam a participação do cidadão como a mola propulsora de sua estrutura. Percebeu-se, no entanto, que não seriam muitas as pessoas dispostas a exercer suas prerrogativas de autodeterminação informativa, dado que os custos envolvidos, fossem eles econômicos ou sociais, geralmente as compeliavam a aquiescer com situações que não eram as ideais. A autodeterminação informativa era, ainda o privilégio de uma minoria que decidia enfrentar tais custos.” DONEDA, Danilo. Da Privacidade à Proteção de Dados Pessoais: Fundamentos da Lei Geral de Proteção de Dados/ Danilo Doneda. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. P. 183.

¹⁶ MULHOLLAND, Caitlin. O direito de não saber como decorrência do direito à intimidade. Comentários ao REsp 1.195.995. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 1, n. 1, jul.-set./2012. P. 3. Disponível em: <https://civilistica.com/direito-de-nao-saber/> Acesso em: 02.20.2023.

As leis de quarta geração, mais modernas e presentes em diversos países, tem como objetivo superar um olhar voltado estritamente ao indivíduo e direcionar o seu foco para uma dimensão coletiva de proteção dos dados pessoais. Há, assim, um objetivo claro de tornar mais robusto o amparo do cidadão em relação as entidades que realizam a coleta, armazenamento e processamento dos seus dados, reconhecendo, conseqüentemente, a existência de um desbalanceamento desta relação. Com a quarta geração surgiu, também, a proliferação do modelo das autoridades independentes, bem como o aparecimento de normas conexas, relacionadas a certos setores de processamento de dados¹⁷.

A Diretiva¹⁸ Europeia sobre proteção de dados pessoais de 1995 (Diretiva 95/46/EC¹⁹), mesmo surgindo em um momento ainda incipiente da internet, exemplifica a evolução geracional, pela qual passou a disciplina no continente europeu, uma vez que sua tônica foi o enfoque na participação do indivíduo no processo de tratamento dos dados pessoais, por meio da fixação de uma série de obrigações a serem seguidas em relação à proteção de direitos de privacidade, o que culminou na criação de fortes alicerces para a fundação de um direito fundamental à proteção de dados pessoais e de base para um modelo *ex ante* de proteção de dados, que seria alguns anos depois estabelecido pelo Regulamento Geral de Proteção de Dados – *General Data Protection Regulation* (GDPR)^{20 21} - o qual terá suas características marcantes brevemente analisadas adiante.

¹⁷ Danilo Doneda ressalta que “Este fenômeno não representa propriamente uma “setorização” da disciplina de dados pessoais – muito embora sempre se deva ter em consideração este perigo – porém, um instrumento que permita a ampla eficácia dos princípios nas leis de proteção de dados em situações que apresentam suas próprias particularidades.” DONEDA, Danilo. *Da Privacidade à Proteção de Dados Pessoais: Fundamentos da Lei Geral de Proteção de Dados*/ Danilo Doneda. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. P. 184.

¹⁸ Segundo Danilo Doneda a “Diretiva é um instrumento normativo típico da União Europeia. No sistema de fontes de direito comunitário, existem as fontes primárias, que são os tratados que a instituem, ao dado da normativa diretamente derivada deles; e as fontes secundárias, que são basicamente os regulamentos, as diretivas e as decisões, além de outros como as recomendações e pareceres. Em relação exclusivamente à Diretiva, a sua função básica é a uniformização legislativa. A aprovação de uma diretiva implica que cada país-membro adapte, em certo período de tempo, seu próprio ordenamento jurídico aos moldes estabelecidos pela diretiva, em um processo que leva o nome de transposição – e sua eficácia é tanto maior se for levarmos em conta que a falha de um país-membro a transpô-la tempestivamente acarreta um certo grau de eficácia direta da diretiva e também leva o país a responder pela mora perante a Corte Europeia de Justiça.” DONEDA, Danilo. *Da Privacidade à Proteção de Dados Pessoais: Fundamentos da Lei Geral de Proteção de Dados*/ Danilo Doneda. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. P. 194.

¹⁹ Disponível em: <https://www.ipv.com.br/wp-content/uploads/2021/01/Diretiva-n.%C2%BA-95-46-CE-do-Parlamento-Europeu-e-do-Conselho-de-24-de-outubro-de-1995.pdf>

²⁰ Disponível em: <https://gdpr.eu/>

²¹ Utilizaremos, neste trabalho, o acrônimo “GDPR”, derivado da língua inglesa, para fazer referência ao regulamento europeu.

O GDPR (EU 2016/679) foi aprovado em 14 de abril de 2016 e tornou-se aplicável a partir de 25 de maio de 2016, revogando²², assim, a Diretiva 95/46/CE²³. O GDPR regula, de forma geral, o tratamento e a livre circulação dos dados pessoais de uma pessoa singular identificada ou identificável. Este tratamento consiste na coleta, armazenamento e manejo de informações que identifiquem ou possibilitem a identificação dos indivíduos.

A sua entrada em vigor inaugurou um novo paradigma²⁴ para a proteção de dados, com um modelo uniforme, com aplicabilidade em todos os vinte e sete países-membros da União Europeia, baseado, essencialmente, na noção de que a proteção de dados é um direito fundamental, previsto na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia²⁵. A substituição de uma Diretiva por um Regulamento também foi de grande relevância para a evolução do tratamento dos dados pessoais, uma vez que este último resulta na aplicabilidade imediata e direta a todos os estados-membros da União Europeia, sem qualquer necessidade de internalização, o que não ocorre com a primeira, restrita a orientações de como os países-membros da comunidade europeia deveriam elaborar suas leis nacionais²⁶.

²² A revogação foi prevista no artigo 94 do GDPR: “1. A Diretiva 95/46/CE é revogada com efeitos a partir de 25 de maio de 2018.

2. As remissões para a diretiva revogada são consideradas remissões para presente regulamento. As referências ao Grupo de proteção das pessoas no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais, criado pelo artigo 29.o da Diretiva 95/46/CE, são consideradas referências ao Comité Europeu para a Proteção de Dados criado pelo presente regulamento.”

²³ Até a entrada em vigor do GDPR, a Diretiva 95/46/CE passou apenas por singelas complementações. Em sendo assim, antes do GDPR, não havia na Europa, uma legislação geral que tenha acompanhado o processo de transformação digital.

²⁴ Indra Spiecker Gen Döhmman observa que “A repercussão do RGPD-UE para além das fronteiras da Europa não deveria ser subestimada, pois ele oferece a possibilidade de estabelecer um *level playing field* em um mercado que já parece estar firmemente subdividido, com poucos fornecedores, e contrabalançar fenômenos de falha de mercado já existentes. Mencione-se apenas, a título de exemplo, que três das maiores democracias do mundo assumiram, por sua vez, elementos substanciais do RGPD-UE.” DÖHMANN. Indra Spiecker Gen. A Proteção de Dados Pessoais sob o Regulamento Geral de Proteção de Dados na União Europeia. Cap. 5. In: Tratado de proteção de dados pessoais / coordenadores Danilo Doneda ... [et al.]. – Rio de Janeiro: Forense, 2021. Ebook.

²⁵ 2000/C 364/01. Art. 8º. 1. Todas as pessoas têm direito à protecção dos dados de carácter pessoal que lhes digam respeito. 2.Esses dados devem ser objecto de um tratamento leal, para fins específicos e com o consentimento da pessoa interessada ou com outro fundamento legítimo previsto por lei. Todas as pessoas têm o direito de aceder aos dados coligidos que lhes digam respeito e de obter a respectiva rectificação. 3.O cumprimento destas regras fica sujeito a fiscalização por parte de uma autoridade independente. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf

²⁶ De acordo com Danilo Doneda: “A aplicação direta do GDPR aos países-membros não impede, no entanto, que coexistam legislações nacionais sobre o tema nos diversos países-membros da União Europeia. Estas, que perdem a centralidade por não serem mais a fonte direta referente à matéria em seus respectivos países, dado que não há mais a necessidade de transposição da norma europeia, passam a cobrir, no entanto, aspectos de natureza operacional ou espaços deixados explicitamente pelo GDPR para que a legislação nacional possa integrar aspectos da normativa comunitária.”

Assim, o GDPR forma o sistema unificado de proteção de dados pessoais perante os países-membros da União Europeia, com o objetivo de estabelecer um regime jurídico²⁷ homogêneo e simétrico acerca da proteção de dados em todos os países-membros da comunidade europeia.

Importa ressaltar que o GDPR adotou medida salutar para evitar que suas regras se tornassem obsoletas frente a magnitude e rapidez da evolução tecnológica que o mundo assiste nos dias atuais. Neste sentido, pontua Indra Spiecker Gen. Döhmman:

“Um elemento central é a classificação do direito de proteção de dados como um direito referente à tecnologia: visa-se acompanhar juridicamente um campo tecnológico repleto de inseguranças de tal modo que os riscos da tecnologia sejam percebidos em tempo hábil e juridicamente limitados. Dessa maneira, as oportunidades podem ser aproveitadas. Com isso se parafraseia o princípio da prevenção que permeia o direito referente à tecnologia (e, em sua sequência, também o direito ambiental): não se conhecendo a evolução posterior, cabem ao Estado amplas competências para restringir e regular uma tecnologia nova.”²⁸

O GDPR adotou com certo avanço, em linha semelhante à Diretiva 95/46 e ao *Fair Information Practice Principles*, da década de 1970, um conjunto básico de princípios que devem orientar a atividade de proteção de dados, cujo objetivo central é atribuir limites ao tratamento de dados pessoais, assim como conferir capacidade de controle ao cidadão sobre o fluxo de seus dados. Pode-se citar, aqui, os princípios da necessidade, lealdade, finalidade, proporcionalidade, exatidão e atualidade dos dados, transparência, minimização dos dados e responsabilidade, conforme artigo 5º²⁹ do regulamento europeu.

DONEDA, Danilo. Da Privacidade à Proteção de Dados Pessoais: Fundamentos da Lei Geral de Proteção de Dados/ Danilo Doneda. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. P. 195.

²⁷ A título ilustrativo, destaca-se que o GDPR é composto por 173 “considerandos” e 99 artigos divididos em 11 capítulos.

²⁸ ” DÖHMANN. Indra Spiecker Gen. A Proteção de Dados Pessoais sob o Regulamento Geral de Proteção de Dados na União Europeia. Cap. 5. In: Tratado de proteção de dados pessoais / coordenadores Danilo Doneda ... [et al.]. – Rio de Janeiro: Forense, 2021. Ebook.

²⁹ Os dados pessoais são:

a) Objeto de um tratamento lícito, leal e transparente em relação ao titular dos dados («licitude, lealdade e transparência»);
b) Recolhidos para finalidades determinadas, explícitas e legítimas e não podendo ser tratados posteriormente de uma forma incompatível com essas finalidades; o tratamento posterior para fins de arquivo de interesse público, ou para fins de investigação científica ou histórica ou para fins estatísticos, não é considerado incompatível com as finalidades iniciais, em conformidade com o artigo 89.o, n.1 («limitação das finalidades»);
c) Adequados, pertinentes e limitados ao que é necessário relativamente às finalidades para as quais são tratados («minimização dos dados»);

Característica inovadora do GDPR é a previsão expressa ao direito ao esquecimento, disposto no seu artigo 17³⁰, regra que não encontrava correspondência explícita na Diretiva 45/96.

Característica já citada anteriormente, o regulamento europeu de proteção de dados pessoais consolidou de uma vez por todas a previsão de que o controlador somente possa tratar dados pessoais caso encontre fundamento em uma das seis bases legais listadas no GDPR em seu artigo 6^{o31}, ou seja, consentimento, execução de contrato, obrigação jurídica, defesa de interesses vitais, exercício de funções de

d) Exatos e atualizados sempre que necessário; devem ser adotadas todas as medidas adequadas para que os dados inexatos, tendo em conta as finalidades para que são tratados, sejam apagados ou retificados sem demora («exatidão»);

e) Conservados de uma forma que permita a identificação dos titulares dos dados apenas durante o período necessário para as finalidades para as quais são tratados; os dados pessoais podem ser conservados durante períodos mais longos, desde que sejam tratados exclusivamente para fins de arquivo de interesse público, ou para fins de investigação científica ou histórica ou para fins estatísticos, em conformidade com o artigo 89.o, n.º 1, sujeitos à aplicação das medidas técnicas e organizativas adequadas exigidas pelo presente regulamento, a fim de salvaguardar os direitos e liberdades do titular dos dados («limitação da conservação»);

f) Tratados de uma forma que garanta a sua segurança, incluindo a proteção contra o seu tratamento não autorizado ou ilícito e contra a sua perda, destruição ou danificação accidental, adotando as medidas técnicas ou organizativas adequadas («integridade e confidencialidade»);

O responsável pelo tratamento é responsável pelo cumprimento do disposto no n.º 1 e tem de poder comprová-lo («responsabilidade»).

³⁰ “Art. 17. 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.”

³¹ Artigo 6º: “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 interesses ou direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais, em especial se o titular for uma criança. O primeiro parágrafo, alínea f), não se aplica ao tratamento de dados efetuado por autoridades públicas na prossecução das suas atribuições por via eletrónica.”

interesse público ou ao exercício da autoridade pública e legítimo interesse. A respeito deste modelo, Ana Frazão faz a seguinte observação:

“Fundamenta-se esse conceito no fato de que não existem mais dados irrelevantes diante do processamento eletrônico e ubíquo de dados na sociedade da informação. Considerando que os dados pessoais são a projeções diretas da personalidade, qualquer tratamento de dados acaba por influenciar a representação da pessoa na sociedade, podendo afetar a sua personalidade e, portanto, tem o potencial de violar os seus direitos fundamentais. Esse modelo está amparado em três características centrais: i) um conceito amplo de dado pessoal, ii) necessidade de que qualquer tratamento de dados tenha uma base legal, iii) legítimo interesse como hipótese autorizativa e a necessidade de realização de um teste de balanceamento de interesses.”³²

Uma das novidades trazidas pelo GDPR, não prevista na Diretiva 95/46, é o princípio denominado *accountability*, segundo o qual demanda-se das organizações a implementação de medidas técnicas e organizacionais adequadas, bem como que sejam capazes de prestar contas e atestar a eficácia das mesmas, quando solicitado. A comunicação, então, só é exigida quando a atividade representa risco elevado³³ para os titulares de dados pessoais. Logo, trata-se de um regramento diverso daquele previsto na Diretiva 95/46, onde toda a atividade deveria ser comunicada.

É necessário citar, ainda, que o GDPR encara a autoridade proteção de dados, técnica e independente³⁴, como uma das bases de sustentação do seu sistema

³² BIONI, Bruno R., MENDES, Laura Schertel. Regulamento Europeu de Proteção de Dados Pessoais e a Lei Geral brasileira de Proteção de Dados: mapeando convergências na direção de um nível de equivalência. Cap. 14, pp. 804-805. In: TEPEDINO, Gustavo, FRAZÃO, Ana, OLIVA, Mile Donato. Lei geral de proteção de dados pessoais e suas repercussões no direito brasileiro./ Gustavo Tepedino, Ana Frazão, Milena Donato Oliva, coordenação. – 2. ed. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

³³ Considerando (84) A fim de promover o cumprimento do presente regulamento nos casos em que as operações de tratamento de dados sejam suscetíveis de resultar num elevado risco para os direitos e liberdades das pessoas singulares, o responsável pelo seu tratamento deverá encarregar-se da realização de uma avaliação de impacto da proteção de dados para determinação, nomeadamente, da origem, natureza, particularidade e gravidade desse risco. Os resultados dessa avaliação deverão ser tidos em conta na determinação das medidas que deverão ser tomadas a fim de comprovar que o tratamento de dados pessoais está em conformidade com o presente regulamento. Sempre que a avaliação de impacto sobre a proteção de dados indicar que o tratamento apresenta um elevado risco que o responsável pelo tratamento não poderá atenuar através de medidas adequadas, atendendo à tecnologia disponível e aos custos de aplicação, será necessário consultar a autoridade de controlo antes de se proceder ao tratamento de dados pessoais.

³⁴ Considerando (121) A fim de assegurar a independência da autoridade de controlo, os membros que a integram deverão exercer as suas funções com integridade, abster-se de qualquer ato incompatível com as mesmas e, durante o seu mandato, não deverão exercer nenhuma atividade, seja ou não remunerada, que com elas seja incompatível. A autoridade de controlo deverá dispor do seu próprio pessoal, selecionado por si mesma ou por um organismo independente criado nos termos do direito do Estado-Membro, que deverá estar exclusivamente sujeito à orientação do membro ou membros da autoridade de controlo.

de proteção de dados. A independência da autoridade de proteção de dados não deve estar subordinada do ponto de vista hierárquico a outro órgão, pois esta relação de dependência possivelmente pode vir a contaminar as suas atividades fiscalizatória, sancionatória e decisória.

A análise das gerações das leis de proteção de dados pessoais demonstra o momento em que o tema passou a ser visto como uma liberdade individual dos cidadãos. O progresso das leis, ao longo das gerações de normas de proteção de dados pessoais, revela que se buscou, paulatinamente, alcançar um modelo que garantisse a efetividade da real autodeterminação dos indivíduos. A proteção de dados pessoais, assim, sofreu grandes mutações, de alta relevância, sobretudo em razão do surpreendente avanço tecnológico. A normativa da proteção de dados pessoais abarcou a proteção da liberdade, fundada na autodeterminação informativa, passando, posteriormente, a abranger o respeito a igualdade, calcada na proibição ou na restrição de tratamento de dados sensíveis³⁵.

1.2 A proteção de dados no ordenamento jurídico brasileiro

A proteção de dados pessoais, no Brasil, somente tomou a forma de uma lei geral muito recentemente³⁶, sendo certo que seu desenvolvimento perpassa pela proteção à privacidade. Para atingir este novo patamar, foi necessário um grande desenvolvimento histórico, o qual passa-se a abordar, ainda que brevemente.

Utilizando a Constituição Federal como ponto de partida, a privacidade e a intimidade ganharam *status* constitucional, no artigo 5º, inciso X³⁷, como um direito

³⁵ A este respeito, vale destacar a citação feita por Caitlin Mulholland e Priscilla Silva Laterça, de passagem de artigo elaborado por Celina Bodin de Moraes e Chiara Teffé “(...) uma vez munidas de tais informações (dados pessoais), entidades privadas e governamentais tornam-se capazes de rotular e relacionar cada pessoa a um determinado padrão de hábitos e comportamentos, situação que pode favorecer inclusive graves discriminações, principalmente se analisados os dados sensíveis.” *Apud*. BODIN DE MORAES, Celina. TEFFÉ, Chiara. Redes Sociais virtuais: privacidade e responsabilidade civil. Análise a partir do Marco Civil da Internet. Revista Pensar, v. 22, n. 1, 2017. *In*: MULHOLLAND, Caitlin, LATERÇA, Priscilla Silva. A proteção de dados pessoais e a tutela de direitos fundamentais à luz da Lei Geral de Proteção de Dados. Cap. 5, p. 143. Vida política das tecnologias digitais / organização Manuela Trindade Viana, Luciana Badin. – Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio, 2022.

³⁶ Com a publicação da Lei Geral de Proteção de Dados em 14.08.2018.

³⁷ 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: 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;

da personalidade, posteriormente seguido de previsão no Código Civil, artigo 21³⁸. A garantia do segredo das comunicações telefônicas, telegráficas e de dados, artigo 5º, XII³⁹, não chegou a ser alçada a um regramento específico da proteção de dados. O *habeas data*, como garantia fundamental, também foi previsto na Constituição Federal, artigo 5º, LXXII⁴⁰. Estas previsões, no entanto, não foram suficientes para formar uma estrutura adequada para enfrentar os desafios surgidos com o aparecimento das novas tecnologias, sobretudo em razão da privacidade, neste período, ainda estar muito ligada a um olhar individualista.

Diante da premente necessidade de a sociedade tratar do tema, a questão da proteção de dados passou a ser objeto de debate político, do qual adveio, inicialmente, o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990). O artigo 43⁴¹ deste diploma legal, por exemplo, é de grande relevância, pois regula o direito dos consumidores aos seus dados pessoais existentes em banco de dados e cadastros. Apesar do avanço, considera-se as disposições do regramento consumerista um tanto quanto limitadas quando se comparadas à necessidade de uma lei geral de proteção de dados. A discussão acerca deste direito, fomentou a criação da Lei do

³⁸ Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

³⁹ 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: XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

⁴⁰ LXXII - conceder-se-á "habeas-data": a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público; b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo;

⁴¹ 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.

Cadastro Positivo (Lei 12.414/2011), que embora bem recebida pela sociedade, com inovações importantes em relação à proteção de dados, acabou por não ter a adesão esperada dos cidadãos e das empresas. No mesmo período, vem a lume a Lei de Acesso à Informação (Lei 12.527/2011), com o intuito de regulamentar o princípio da transparência, previsto no artigo 5º, inciso XXXIII⁴², da Constituição Federal. O seu artigo 31⁴³ trata da proteção de dados pessoais apreendidos pelo Poder Público.

Já no ano de 2014, surge o Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014), responsável por estabelecer direitos para os usuários da internet, bem como procedimentos a serem observados ao uso de dados pessoais. Contudo, a própria Lei 12.965/2014 indicou, em seu artigo 3º, inciso III⁴⁴, que a proteção de dados pessoais apesar de ser um dos princípios do uso da internet, esse amparo deveria ser feito “na forma da lei”, ou seja, indicando a necessidade de uma nova legislação específica sobre o tema.

⁴² 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: XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;

⁴³ Art. 31. O tratamento das informações pessoais deve ser feito de forma transparente e com respeito à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, bem como às liberdades e garantias individuais.

§ 1º As informações pessoais, a que se refere este artigo, relativas à intimidade, vida privada, honra e imagem:

I - terão seu acesso restrito, independentemente de classificação de sigilo e pelo prazo máximo de 100 (cem) anos a contar da sua data de produção, a agentes públicos legalmente autorizados e à pessoa a que elas se referirem; e

II - poderão ter autorizada sua divulgação ou acesso por terceiros diante de previsão legal ou consentimento expresso da pessoa a que elas se referirem.

§ 2º Aquele que obtiver acesso às informações de que trata este artigo será responsabilizado por seu uso indevido.

§ 3º O consentimento referido no inciso II do § 1º não será exigido quando as informações forem necessárias:

I - à prevenção e diagnóstico médico, quando a pessoa estiver física ou legalmente incapaz, e para utilização única e exclusivamente para o tratamento médico;

II - à realização de estatísticas e pesquisas científicas de evidente interesse público ou geral, previstos em lei, sendo vedada a identificação da pessoa a que as informações se referirem;

III - ao cumprimento de ordem judicial;

IV - à defesa de direitos humanos; ou

V - à proteção do interesse público e geral preponderante.

§ 4º A restrição de acesso à informação relativa à vida privada, honra e imagem de pessoa não poderá ser invocada com o intuito de prejudicar processo de apuração de irregularidades em que o titular das informações estiver envolvido, bem como em ações voltadas para a recuperação de fatos históricos de maior relevância.

§ 5º Regulamento disporá sobre os procedimentos para tratamento de informação pessoal.

⁴⁴ Art. 3º A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios: III - proteção dos dados pessoais, na forma da lei;

É verdade que a busca, no Brasil, por uma lei geral de proteção de dados, remonta a debate público promovido pelo Ministério da Justiça no ano de 2010, o qual, tempos depois, originou um Anteprojeto da Lei Geral de Proteção de Dados, documento este que foi intensamente debatido e sofreu diversas alterações ao longo das discussões acerca do tema. Enfim, o Projeto de Lei nº 5.276/2016 foi submetido ao Congresso Nacional com o objetivo de regular o “tratamento de dados pessoais para a garantia do livre desenvolvimento da personalidade e da dignidade da pessoa natural.” Os debates prosseguiram nas Casas Legislativas, com longa tramitação⁴⁵, até a sanção presidencial no ano de 2018 e vigência em setembro de 2020⁴⁶.

A privacidade, em um caminhar rumo a seu desenvolvimento, atinge, aqui, novo patamar, de elemento primordial para o exercício democrático, como bem ponderam Caitlin Mulholland e Priscilla Silva Laterça:

“(…) a privacidade é essencial para o exercício democrático, na medida em que o indivíduo seja capaz de desenvolver sua personalidade e capacidade crítica, gerenciando todos os aspectos de sua liberdade. (...) A proteção de dados pessoais – enquanto decorrência da cláusula geral de tutela da pessoa humana e do direito à privacidade – é um requisito essencial à democracia. Por isso, a regulação de coleta, uso, tratamento e compartilhamento de dados pela LGPD adquire importância central, sendo necessário que tais atividades sejam realizadas de tal forma a respeitar os princípios previstos na mesma. (...) Diante deste quadro, é possível concluir que o direito à proteção de dados está intimamente ligado à proteção existencial do indivíduo”⁴⁷

No entanto, em que pese a evolução doutrinária, é importante destacar que o reconhecimento, no Brasil, da proteção de dados como direito fundamental, diferente do que ocorreu em ordenamentos jurídicos estrangeiros, foi bastante lento. Em que pese certas divergências doutrinárias mais antigas acerca do tema, chama-se a atenção para o reconhecimento, no ano de 2020, pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de Ações Diretas de Inconstitucionalidade⁴⁸, da existência de um

⁴⁵ Acerca da tramitação do Projeto de Lei 5.276/2018 e suas alterações, veja-se o relato de Danilo Doneda em: DONEDA, Danilo. Panorama histórico da proteção de dados pessoais. Cap. 1. In: Tratado de proteção de dados pessoais / coordenadores Danilo Doneda ... [et al.]. – Rio de Janeiro: Forense, 2021. Ebook.

⁴⁶ A vigência das regras sobre as sanções administrativas, contudo, só se iniciou em agosto de 2021.

⁴⁷ MULHOLLAND, Caitlin, LATERÇA, Priscilla Silva. A proteção de dados pessoais e a tutela de direitos fundamentais à luz da Lei Geral de Proteção de Dados. Cap. 5, pp. 142-144. Vida política das tecnologias digitais / organização Manuela Trindade Viana, Luciana Badin. – Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio, 2022.

⁴⁸ ADIs 6387, 6388, 6389, 6390 e 6393 propostas contra a Medida Provisória 954/2020 que tinha como objeto a transferência de dados relativos aos assinantes de serviços de telefonia celular para o IBGE.

direito fundamental à proteção de dados pessoais⁴⁹. Destaca-se, aqui, algumas palavras de Danilo Doneda, em sede de sustentação oral, no Supremo Tribunal Federal, acerca da defesa da natureza constitucional do direito à proteção de dados pessoais:

“O reconhecimento do caráter constitucional da proteção aos dados pessoais opera a superação de uma concepção, hoje anacrônica, segundo a qual seria possível realizar a governança de dados pessoais a partir de considerações sobre o direito à privacidade e o segredo ou sigilo. A consolidação deste direito garante que os dados pessoais possam ser utilizados com maior facilidade e com base jurídica sólida quando necessários e para fins legítimos, garantida a transparência, segurança e os direitos individuais, diminuindo os riscos sobre as operações de tratamento.”⁵⁰

A citada decisão, contudo, não foi capaz de encerrar a discussão acerca do tema, como bem lembram Caitlin Mulholland e Priscilla Silva Laterça, “Importante salientar que o reconhecimento da maior Corte brasileira não é suficiente para a pacificação do entendimento, sendo essencial a incorporação deste no texto constitucional.”⁵¹. Não por outro motivo foi submetida ao Poder Legislativo a Proposta de Emenda à Constituição nº 17/2019, que veio a se transformar na Emenda Constitucional nº 115/2020, promulgada em fevereiro de 2022, com o objetivo precípuo⁵² de acrescentar o inciso LXXIX ao artigo 5º da Constituição Federal, nos seguintes termos, “É assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção de dados pessoais, inclusive nos meios digitais.” Ingo Wolfgang Sarlet aponta as seguintes consequências da consagração do direito a proteção de dados como um direito fundamental:

“1) como parte integrante da constituição formal, os direitos fundamentais possuem status normativo superior em relação a todo o restante do ordenamento jurídico nacional; 2) na condição de direito fundamental, assume a condição de limite material à reforma constitucional, devendo, ademais disso, serem observados os assim chamados limites formais, circunstanciais e temporais, nos termos do artigo

⁴⁹ Acerca do desenrolar do julgamento das citadas ADIs remete-se a obra de Danilo Doneda. DONEDA, Danilo. *Da Privacidade à Proteção de Dados Pessoais: Fundamentos da Lei Geral de Proteção de Dados*/ Danilo Doneda. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. pp. 274-276.

⁵⁰ DONEDA, Danilo. *Da Privacidade à Proteção de Dados Pessoais: Fundamentos da Lei Geral de Proteção de Dados*/ Danilo Doneda. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. P. 275.

⁵¹ MULHOLLAND, Caitlin, LATERÇA, Priscilla Silva. A proteção de dados pessoais e a tutela de direitos fundamentais à luz da Lei Geral de Proteção de Dados. Cap. 5, pp. 142-144. P.145. *In: Vida política das tecnologias digitais / organização Manuela Trindade Viana, Luciana Badin. – Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio, 2022*

⁵² A Emenda Constitucional nº 115/2022 também estabeleceu a competência privativa da União para legislar sobre proteção e tratamento de dados, bem como de organizar e fiscalizar a proteção e o tratamento de dados pessoais, nos termos da lei.

60, parágrafos 1 a 4º, da CF; 3) também as normas relativas ao direito à proteção de dados são — nos termos do artigo 5º, ° 1º, CF — dotadas de aplicabilidade imediata (direta) e vinculam diretamente todos os atores públicos, bem como — sopesadas as devidas ressalvas — os atores privados; 4) Mediante a redação dada pela EC 115/22, o direito fundamental à proteção de dados pessoais passa a estar submetido a uma expressa reserva legal simples, que empodera o legislador infraconstitucional para efeito de estabelecer intervenções restritivas no âmbito de proteção do direito, implicando, por outro lado, a observância das exigências da reserva de lei, pena de inconstitucionalidade da restrição; 5) O direito fundamental à proteção de dados assume particular relevância, pelo fato da existência de uma série de lacunas regulatórias, posto que a LGPD não contempla os setores da segurança nacional, segurança pública, investigação criminal, execução penal, apenas para citar os mais relevantes. Por tal razão, com o reconhecimento do referido direito fundamental, passa a inexistir uma "zona livre" de proteção dos dados pessoais na ordem jurídica brasileira.”⁵³

Enfrentados estes aspectos, é possível dizer, de forma geral, que a LGPD, guiada por influências do GDPR⁵⁴, o reproduziu em determinados pontos, como em sua amplitude, tanto na tutela de dados pessoais e como nos dados pessoais sensíveis, na obrigatoriedade do consentimento dos indivíduos para o tratamento de seus dados pessoais, a previsão do direito ao esquecimento, a avaliação de impacto da proteção de dados pessoais quando o tratamento for suscetível de implicar risco aos direitos e liberdades individuais, a necessidade da implementação de um programa de governança pelas empresas e, ainda, tratou de sanções pelo descumprimento das regras previstas na LGPD.

Traçados estes contornos gerais, tendo em vista o objeto do presente trabalho, passa-se à análise dos principais conceitos da LGPD que são necessários para abordar o tema dos personagens envolvidos no tratamento de dados pessoais.

⁵³ SARLET, Ingo Wolfgang. A EC 115/22 e a proteção de dados pessoais como direito fundamental. Consultor Jurídico. 11 de março de 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-mar-11/direitos-fundamentais-ec-11522-protecao-dados-pessoais-direito-fundamental> Acessado em 11.02.2023.

⁵⁴ De acordo com Carlos Affonso Souza, Eduardo Magrami e Giovana Carneiro “Outro fator que motivou a edição da LGPD foi a aprovação, na Europa, de um novo regulamento geral sobre proteção de dados (conhecido como GDPR – *General Data Protection Regulation*). Os preparativos para a entrada em vigor desse regulamento em 2018 mobilizaram empresas, governos, sociedade civil e academia. Inúmeras práticas precisaram ser revistas para se adequar ao novo modelo em vigor na Europa, gerando ainda mais importantes impactos extraterritoriais. O GDPR ampliou direitos dos titulares de dados pessoais, definiu novas responsabilidades e com isso efetivamente inseriu o debate sobre proteção de dados pessoais no centro das atenções do Brasil.” SOUZA, Carlos Affonso, MAGRAMI, Eduardo, CARNEIRO, Giovana. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais: uma transformação na tutela dos dados pessoais. P. 44. In: A LGPD e o novo marco normativo no Brasil / organização Caitlin Mulholland. Porto Alegre: Arquipélago, 2020.

1.3 Aspectos gerais do tratamento de dados pessoais

Antes de iniciar a análise deste tema, é imprescindível estabelecer o objeto jurídico tutelado pela LGPD, qual seja, o dado pessoal⁵⁵, os princípios em que se baseia a lei geral e as bases legais para o tratamento de dados. Só será, então, alvo de proteção da LGPD o dado (ou informação) que estiver atrelado a uma pessoa natural, identificada ou identificável, conforme disposição do artigo 5º, inciso I⁵⁶. Desta forma, de acordo com Sérgio Branco, “serão protegidos como dados pessoais os dados que identificam diretamente um determinado indivíduo ou que, conjugados com outros dados, são capazes de levar à sua identificação.”⁵⁷ Ademais, de acordo com a regra legal, a preocupação reside em defender apenas os dados pessoais da pessoa física, excluídos, assim, os dados de pessoas jurídicas.

O artigo 5º, inciso II, prevê, ainda, a figura do dado pessoal sensível, ou seja, aquela informação do indivíduo – identificado ou identificável – que possui um conteúdo que pode vir a implicar em situações de discriminação injustificada e, desta forma, necessitam de proteção especial. São os dados de “origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religiosa, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural.” Por demandar um amparo diferenciado, a LGPD dedica seção própria à sua disciplina, entre os seus artigos 11 e 13. A respeito da necessidade de proteção especial a esta categoria de dados, de modo a garantir a autodeterminação informativa e, consequentemente, evitar discriminações inaceitáveis dos titulares desses dados,

⁵⁵ Acerca da definição da natureza jurídica da titularidade dos dados pessoais recomenda-se a leitura de Roberta Mauro Medina Maia. MAIA, Roberta Mauro Medina. A natureza jurídica da titularidade dos dados pessoais. Cap. VII. pp. 179-193. In: A LGPD e o novo marco normativo no Brasil / organização Caitlin Mulholland. Porto Alegre: Arquipélago, 2020.

⁵⁶ Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se: I - dado pessoal: informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável; O GDPR, em seu artigo 4º, 1, também faz menção à pessoa identificada ou identificável. No entanto, difere da LGPD ao definir o que é um dado identificável. Veja-se: “Para efeitos do presente regulamento, entende-se por: 1) Dados pessoais: informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável (titular dos dados); é considerada identificável uma pessoa singular que possa ser identificada, direta ou indiretamente, em especial por referência a um identificador, como por exemplo um nome, um número de identificação, dados de localização, identificadores por via eletrônica ou a um ou mais elementos específicos da identidade física, fisiológica, genética, mental, económica, cultural ou social dessa pessoa singular.” Disponível em: <https://gdprinfo.eu/pt-pt/pt-pt-article-4>

⁵⁷ BRANCO, Sérgio. *As hipóteses de aplicação da LGPD e as definições legais*. pp. 32-33. In: A LGPD e o novo marco normativo no Brasil / organização Caitlin Mulholland. Porto Alegre: Arquipélago, 2020.

afirma Caitlin Mulholland, “Proteger de maneira rigorosa os dados pessoais sensíveis torna-se, assim, instrumento para efetivação da igualdade e da liberdade.”⁵⁸

Importante destacar, aqui, a figura do dado anonimizado, previsto no artigo 5º, inciso III⁵⁹, ou seja, o dado que impede que a pessoa natural, vinculada a ele, seja identificada, cuja regra é complementada pelo artigo 12.⁶⁰ Em sendo assim, caso o dado seja anonimizado, em regra, por força do citado artigo 12, não será considerado um dado pessoal e, por isto, está fora da esfera de proteção da LGPD. No entanto, caso seja possível a reversão do processo de anonimização, estes dados, antes anônimos, desvinculados do indivíduo, passarão a ser vistos como dados pessoais e, portanto, atrairão o manto de proteção da LGPD. Desta forma, é importante ter em mente que o processo de anonimização é passível de falhas e pode, também, ser revertido.

Outro aspecto relevante a ser mencionado, aqui, é a principiologia trazida pela LGPD. O seu artigo 6º ⁶¹ enumera os princípios essenciais do tratamento de

⁵⁸ MULHOLLAND, Caitlin, LATERÇA, Priscilla Silva. A proteção de dados pessoais e a tutela de direitos fundamentais à luz da Lei Geral de Proteção de Dados. Cap. 5, p. 146. Vida política das tecnologias digitais / organização Manuela Trindade Viana, Luciana Badin. – Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio, 2022.

⁵⁹ Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se: III - dado anonimizado: dado relativo a titular que não possa ser identificado, considerando a utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis na ocasião de seu tratamento;

⁶⁰ O *caput* do artigo 12 está assim redigido: 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.

⁶¹ Art. 6º As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios:

I - finalidade: realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades;

II - adequação: compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento;

III - necessidade: limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados;

IV - livre acesso: garantia, aos titulares, de consulta facilitada e gratuita sobre a forma e a duração do tratamento, bem como sobre a integralidade de seus dados pessoais;

V - qualidade dos dados: garantia, aos titulares, de exatidão, clareza, relevância e atualização dos dados, de acordo com a necessidade e para o cumprimento da finalidade de seu tratamento;

VI - transparência: garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial;

VII - segurança: utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão;

dados a serem observados, sempre levando em consideração a boa-fé, quais sejam: (i) finalidade; (ii) adequação; (iii) necessidade; (iv) livre acesso; (v) qualidade dos dados; (vi) transparência; (vii) segurança; (viii) prevenção; (ix) não discriminação; e (x) responsabilização e prestação de contas.⁶² Diga-se, ademais, que os artigos 1º⁶³ e 2º⁶⁴ deste diploma legal trazem outros princípios e fundamentos que devem ser igualmente obedecidos por aquele que exercerá a atividade de tratamento de dados, o que induz a uma interpretação sistemática da LGPD.

Como já destacado anteriormente neste Capítulo, a LGPD estabeleceu um modelo *ex ante* de proteção de dados, com isto, o responsável pelo tratamento de dados pessoais só realizará a sua atividade de tratamento dos pessoais caso encontre respaldo em uma das bases legais estabelecidas na referida lei, de forma a resguardar preventivamente o titular dos dados pessoais, levando em conta, ainda, os princípios estabelecidos neste diploma legal. A LGPD, então, estabelece em seu

VIII - prevenção: adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais;

IX - não discriminação: impossibilidade de realização do tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos;

X - responsabilização e prestação de contas: demonstração, pelo agente, da adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e, inclusive, da eficácia dessas medidas.

⁶² Acerca do tema cita-se obra de Ana Frazão: FRAZÃO, Ana, CARVALHO, Angelo Prata de, MILANEZ, Giovanna. Curso de Proteção de dados pessoais: fundamentos da LGPD/ Ana Frazão, Angelo Prata de Carvalho, Giovanna Milanez. – 1ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2022. Cap. IV, pp. 73-113.

⁶³ Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

⁶⁴ Art. 2º A disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos:

I - o respeito à privacidade;

II - a autodeterminação informativa;

III - a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião;

IV - a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem;

V - o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação;

VI - a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e

VII - os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais.

artigo 7º⁶⁵ as bases legais para o tratamento de dados pessoais e, em seu artigo 11⁶⁶, para o tratamento de dados pessoais sensíveis⁶⁷, devendo ser ressaltado, ainda, que não há hierarquia entre as bases legais listadas neste diploma legal, cabendo lembrar, contudo, a relevância do consentimento livre, informado, inequívoco e destinado a uma finalidade específica⁶⁸.

As bases legais para o tratamento de dados são: (i) consentimento do titular; (ii) cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador; (iii) pela administração pública, para o tratamento e uso compartilhado de dados necessários

⁶⁵ Art. 7º O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses:

I - mediante o fornecimento de consentimento pelo titular;

II - para o cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador;

III - pela administração pública, para o tratamento e uso compartilhado de dados necessários à execução de políticas públicas previstas em leis e regulamentos ou respaldadas em contratos, convênios ou instrumentos congêneres, observadas as disposições do Capítulo IV desta Lei;

IV - para a realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais;

V - quando necessário para a execução de contrato ou de procedimentos preliminares relacionados a contrato do qual seja parte o titular, a pedido do titular dos dados;

VI - para o exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral, esse último nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem) ;

VII - para a proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro;

VIII - para a tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária;

IX - quando necessário para atender aos interesses legítimos do controlador ou de terceiro, exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais; ou

X - para a proteção do crédito, inclusive quanto ao disposto na legislação pertinente.

⁶⁶ Art. 11. O tratamento de dados pessoais sensíveis somente poderá ocorrer nas seguintes hipóteses:

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

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

a) cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador;

b) tratamento compartilhado de dados necessários à execução, pela administração pública, de políticas públicas previstas em leis ou regulamentos;

c) realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais sensíveis;

d) exercício regular de direitos, inclusive em contrato e em processo judicial, administrativo e arbitral, este último nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem) ;

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;

g) garantia da prevenção à fraude e à segurança do titular, nos processos de identificação e autenticação de cadastro em sistemas eletrônicos, resguardados os direitos mencionados no art. 9º desta Lei e exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais.

⁶⁷ Para uma maior compreensão do tema recomenda-se a leitura de trabalho de Caitlin Mulholland. Ver: MULHOLLAND, Caitlin. O tratamento de dados pessoais sensíveis. Cap. V, pp. 121-156. In: A LGPD e o novo marco normativo no Brasil / Organização Caitlin Mulholland. Porto Alegre: Arquipélago, 2020.

⁶⁸ A respeito do aprofundamento acerca das bases legais para o tratamento de dados pessoais recomenda-se a leitura de Isabella Z. Fraijhof e Ana Lara Manget. FRAJHOF, Isabella, MANGET, Ana Lara. As bases legais para o tratamento de dados pessoais. Cap. 3. pp. 65-98. In: A LGPD e o novo marco normativo no Brasil / organização Caitlin Mulholland. Porto Alegre: Arquipélago, 2020.

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, esse último nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem); (vii) para a proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro; (viii) para a tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária; (ix) quando necessário para atender aos interesses legítimos do controlador ou de terceiro, exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais; (x) para a proteção do crédito, inclusive quanto ao disposto na legislação pertinente.

Neste trabalho, parte-se do entendimento, na linha de Mario Viola e Chiara Spadaccini de Teffé⁶⁹, que as hipóteses listadas nos artigos 7º e 11 são taxativas, em que pese entendimento diverso de alguns autores.⁷⁰ Importa destacar, ainda, a aplicação da LGPD por meio de um modelo de três níveis⁷¹, defendido por Laura Schertel Mendes, no qual é preciso, seguir o seguinte *iter* para o tratamento de dados:

“a) qualquer tratamento de dados pessoais somente pode ser iniciado se atendidas as condições para a sua legitimidade (condições de legitimidade); b) atendidas as condições de legitimidade, todo o tratamento de dados deve cumprir determinados procedimentos, que se encontram na Lei tanto na forma de direitos do titular como de obrigações dos agentes de tratamento (procedimentos para garantir a proteção

⁶⁹ VIOLA, Mario, TEFFÈ, Chiara Spadaccini. Tratamento de dados pessoais na LGPD: Estudos sobre as bases legais dos artigos 7º e 11. Cap. 6. In: Tratado de proteção de dados pessoais / coordenadores Danilo Doneda ... [et al.]. – Rio de Janeiro: Forense, 2021. Ebook.

⁷⁰ A título exemplificativo cita-se Ana Frazão, Angelo Prata de Carvalho, Giovanna Milanez. Ana, CARVALHO, Angelo Prata de, MILANEZ, Giovanna. Curso de Proteção de dados pessoais: fundamentos da LGPD/ Ana Frazão, Angelo Prata de Carvalho, Giovanna Milanez. – 1ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2022. Cap. V, pp. 120-125.

⁷¹ Há autores, contudo, que defendem um modelo de aplicação em cinco níveis, como, por exemplo, Ana Frazão, Angelo Prata de Carvalho e Giovanna Milanez. Ver: ⁷¹ Acerca do tema cita-se obra de Ana Frazão: FRAZÃO, Ana, CARVALHO, Angelo Prata de, MILANEZ, Giovanna. Curso de Proteção de dados pessoais: fundamentos da LGPD/ Ana Frazão, Angelo Prata de Carvalho, Giovanna Milanez. – 1ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2022. Cap. V, pp 119-120.

de dados pessoais) e; c) em caso de violação a esse direito, são aplicáveis sanções administrativas e civis (sanções e reparações).”⁷²

Dito isso, passa-se, não em função de uma hierarquia superior, mas em razão da sua relevância, a uma breve análise do consentimento, uma das bases legais para o tratamento de dados pessoais.

O consentimento, artigo 7º, inciso I, inicia o elenco das bases legais para o tratamento de dados pessoais. O consentimento é definido, no artigo 5º, inciso XII, como “a manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada.” A respeito do consentimento, cita-se passagem de autoria de Gustavo Tepedino e Chiara Spadaccini Teffé:

“O consentimento representa instrumento de manifestação individual no campo dos direitos da personalidade e tem o papel de legitimar que terceiros utilizem, em alguma medida, os dados de seu titular. Ele compreende a liberdade de escolha, sendo meio para a construção e delimitação da esfera privada. Associa-se, portanto, à autodeterminação existencial e informacional do ser humano, mostrando-se imprescindível para a proteção do indivíduo e a circulação de informações.”⁷³

Assim, para que seja considerado válido, o consentimento deve reunir todos estes qualificadores, ou seja, deve ser livre, informado, inequívoco e concedido para uma finalidade determinada. Entende-se por livre a manifestação de vontade do titular de dados que não é eivada de qualquer coação, de natureza física ou moral, logo, voluntária e espontânea. Em que pese as reiteradas vezes em que o cidadão, de fato, não conhece as reais consequências de permitir a utilização de seus dados pessoais em troca de usufruir de determinado produto ou serviço, razão pela qual há a disposição contida no artigo 9º, §3º.⁷⁴

⁷² MENDES, Laura Schertel. A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais: Um modelo de aplicação em três níveis. In: SOUZA, Carlos Affonso; MAGRANI, Eduardo; SILVA, Priscila (Coord.). Lei Geral de Proteção de Dados – Caderno Especial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, P. 46.

⁷³ TEPEDINO, Gustavo, TEFFÉ, Chiara Spadaccini. Consentimento e proteção de dados pessoais na LGPD. Cap. 10. P. 293. In: Lei geral de proteção de dados pessoais e suas repercussões no direito brasileiro / Ana Frazão, Gustavo Tepedino, Milena Donato Oliva, coordenação. – 2. ed. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

⁷⁴ 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 regulamentação para o atendimento do princípio do livre acesso: § 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.

O consentimento é dito informado quando o titular dos dados tem ciência das informações imprescindíveis, prestadas de forma satisfatória, para ponderar como e porquê seus dados serão objeto de tratamento. É salutar que as informações prestadas ao cidadão sejam transparentes, adequadas e satisfatórias em relação aos riscos e consequências do tratamento dos dados, de forma a satisfazer o disposto no artigo 9º.⁷⁵

O consentimento deve ser inequívoco, expresso ou por outro meio que demonstre a sua declaração de vontade. Por esta razão, inclusive, que se defende que há consentimento inequívoco mesmo depreendido de uma postura passiva, tácita, desde que seja possível extrair do contexto fático a presença desta manifestação de vontade do cidadão.

A manifestação de vontade deve conter, ainda, a ciência da finalidade da coleta dos dados, de forma a permitir uma correlação entre os dados captados e a finalidade pela qual o agente o coletou, revelando o contexto em que este consentimento foi externado pelo titular.

O consentimento não é manifestação de vontade imutável, ao contrário, é temporário e, portanto, revogável a qualquer momento, por meio de requerimento do titular dos dados, via procedimento gratuito e facilitado.

É relevante destacar o alerta formulado por Laura Schertel Mendes e Gabriel Campos Soares da Fonseca:

“(...) os pressupostos que delineiam o paradigma do consentimento, atualmente, demonstram-se insuficientes para garantir um regime protetivo efetivo e material, em especial, para assegurar um verdadeiro controle sobre o fluxo de dados pessoais pelo seu titular. (...) três pontos que elucidam as insuficiências 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

⁷⁵ 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 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.

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.”⁷⁶

Ultrapassado este ponto, passa-se a tratar dos agentes de tratamento de dados pessoais.

A LGPD inseriu novas figuras no ordenamento jurídico brasileiro. Dentre elas, destacam-se os agentes de tratamento⁷⁷ de dados pessoais, que serão responsáveis por executar o tratamento de dados⁷⁸, ou seja, um conjunto de atividades relativas a esses dados pessoais. Surgem, então, os personagens que darão cumprimento a esta função, quais sejam, o controlador⁷⁹ e o operador de dados⁸⁰, os quais podem ser pessoas naturais ou jurídicas, de direito privado ou público. No entanto, embora não seja considerado pela LGPD como agentes de tratamento, o encarregado (ou DPO – *Data Protection Officer*)⁸¹ é envolvido indiretamente no tratamento dos dados pessoais e possui papel relevante neste processo. Vale mencionar, de antemão, que essa tripartição de funções não é mandatória, sendo possível cumulação, sobretudo, quando o controlador for de menor porte, por exemplo.

O tratamento de dados, segundo Bianca Kramer, nada mais é que “um amplo conjunto de operações efetuadas sobre os dados pessoais e perpassa diversas etapas de manuseio (art. 5º, X) que podem ser manuais ou automatizadas.”⁸² no qual estão inseridas as figuras destacadas acima.

Medida de grande relevância nesta seara é definir o papel das partes que atuam no processamento de dados, até para a imputação de responsabilidades.

⁷⁶ MENDES, Laura Schertel. FONSECA, Gabriel Campos Soares da. Proteção de Dados para além do consentimento: Tendências de Materialização. Cap. IV. In: Tratado de proteção de dados pessoais / coordenadores Danilo Doneda ... [et al.]. – Rio de Janeiro: Forense, 2021. Ebook.

⁷⁷ Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se: IX - agentes de tratamento: o controlador e o operador;

⁷⁸ Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se: X - tratamento: toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração;

⁷⁹ Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se: VI - controlador: pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais;

⁸⁰ Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se: VII - operador: pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador;

⁸¹ Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se: VIII - encarregado: 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 (ANPD);

⁸² KRAMER, Bianca. Os agentes de tratamento de dados pessoais. Cap.XII, P. 289. In: A LGPD e o novo marco normativo no Brasil / organização Caitlin Mulholland. Porto Alegre: Arquipélago, 2020.

Assim, é preciso traçar as diferenças essenciais entre as figuras do controlador e do operador de dados pessoais⁸³.

O controlador, de acordo com a definição legal do artigo 5º, inciso VI, é a “pessoa natural, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais”. Para uma melhor compreensão do amplo conceito estabelecido pela LGPD, passa-se a uma análise segmentada, sem descurar do todo, dos elementos que formam esta definição.

A pessoa física pode assumir, em alguns casos, embora de forma menos recorrente na prática, o papel de controlador quando é, de fato, a responsável pelas principais decisões relativas ao tratamento de dados pessoais. Neste caso, segundo o Guia Orientativo para Definições de Agentes de Tratamento de Dados Pessoais e do Encarregado, atuará em seu nome, de forma independente, de maneira que não agirá de maneira subordinada a uma pessoa jurídica ou como membro de um órgão desta.⁸⁴ Para que o dado pessoal tratado por pessoa física seja albergado pela tutela da LGPD é preciso que o tratamento tenha finalidade econômica (artigo 4º, inciso I⁸⁵) e não seja destinado a fins estritamente jornalísticos, artísticos ou acadêmicos (artigo 4º, inciso II⁸⁶).

⁸³ O assunto será abordado, neste trabalho, de forma mais detalhada quando tratar das partes do Acordo de Processamento de Dados Pessoais.

⁸⁴ “Uma pessoa natural poderá ser controladora nas situações em que é a responsável pelas principais decisões referentes ao tratamento de dados pessoais. Nessa hipótese, a pessoa natural age de forma independente e em nome próprio – e não de forma subordinada a uma pessoa jurídica ou como membro de um órgão desta. É o que ocorre, por exemplo, com os empresários individuais, os profissionais liberais (como advogados, contadores e médicos) e os responsáveis pelas serventias extrajudiciais.” Guia Orientativo para Definições de Agentes de Tratamento de Dados Pessoais e do Encarregado. Brasília: ANPD, 2021, P. 10. Disponível em: https://www.gov.br/anpd/pt-br/documentos-e-publicacoes/2021.05.27GuiaAgentesdeTratamento_Final.pdf

⁸⁵ Art. 4º Esta Lei não se aplica ao tratamento de dados pessoais: I - realizado por pessoa natural para fins exclusivamente particulares e não econômicos;

⁸⁶ Art. 4º Esta Lei não se aplica ao tratamento de dados pessoais: II - realizado para fins exclusivamente: a) jornalístico e artísticos; ou b) acadêmicos, aplicando-se a esta hipótese os arts. 7º e 11 desta Lei;

O controlador pode ser, ainda, como ocorre na maioria dos casos, pessoa jurídica⁸⁷, de direito público⁸⁸ ou privado.⁸⁹ Caso seja pessoa jurídica de direito público, é importante destacar que a LGPD não distingue se sua natureza é de direito público interno ou externo. Deve ficar claro que, para a incidência da lei, basta que o tratamento de dados seja levado a efeito em território nacional, sendo irrelevante para fins de aplicação da LGPD o local da sede da pessoa jurídica, bem como o país onde os dados estão situados. A aplicação da LGPD se estende ao tratamento, por pessoas jurídicas, de dados pessoais de sujeitos situados no território nacional, aos serviços prestados aos cidadãos ali localizados, bem como às hipóteses onde a coleta de dados ocorreu no Brasil. Não devem ser considerados controladores as pessoas físicas que exercem sua atividade laborativa de forma subordinada a uma pessoa jurídica ou que atuem como integrantes de seus órgãos, como empregados, administradores, sócios, como chama a atenção o Guia Orientativo para Definições de Agentes de Tratamento de Dados Pessoais e do Encarregado.⁹⁰

Ao controlador competem as decisões acerca do tratamento de dados. Portanto, é figura de destaque no tratamento de dados pessoais, uma vez que cabe a ele atribuições essenciais, como a tomada de decisões fundamentais atinentes às

⁸⁷ “Na maioria das vezes, o controlador será uma pessoa jurídica, seja de direito privado ou de direito público. É o que ocorre, por exemplo, quando sociedades empresárias ou entidades públicas tomam as principais decisões a respeito do armazenamento, da eliminação ou do compartilhamento de informações que integram um banco de dados pessoais que é gerido no âmbito da organização.” Guia Orientativo para Definições de Agentes de Tratamento de Dados Pessoais e do Encarregado. Brasília: ANPD, 2021, P. 8. Disponível em: https://www.gov.br/anpd/pt-br/documentos-e-publicacoes/2021.05.27GuiaAgentesdeTratamento_Final.pdf

⁸⁸ Art. 41. 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;
- V - as demais entidades de caráter público criadas por lei.

⁸⁹ Art. 44. São pessoas jurídicas de direito privado:

- I - as associações;
- II - as sociedades;
- III - as fundações.
- IV - as organizações religiosas;
- V - os partidos políticos

⁹⁰ “Daí decorre que não são controladoras as pessoas naturais que atuam como profissionais subordinados a uma pessoa jurídica ou como membros de seus órgãos. É o caso de empregados, administradores, sócios, servidores e outras pessoas naturais que integram a pessoa jurídica e cujos atos expressam a atuação desta.” Guia Orientativo para Definições de Agentes de Tratamento de Dados Pessoais e do Encarregado. Brasília: ANPD, 2021, P. 8. Disponível em: https://www.gov.br/anpd/pt-br/documentos-e-publicacoes/2021.05.27GuiaAgentesdeTratamento_Final.pdf

atividades relacionadas a este tratamento, bem como acerca de sua finalidade. Ao assumir esta função de relevo, o controlador atrai para si um maior número de responsabilidades atinentes à observância das normas da LGPD. Bianca Kramer sugere aspectos essenciais para definir as decisões que o controlador:

- “O **motivo** da coleta de dados
- **Como** coletar dados
- **Sobre quem** ocorrerá a coleta
- O **conteúdo** dos dados a serem coletados
- A **finalidade** para que os dados serão coletados
- **Para quem** os dados serão divulgados, compartilhados ou transferidos
- por **quanto tempo** os dados ficarão retidos.”⁹¹

O elemento distintivo aqui é o poder de decisão. Desta forma, o tratamento de dados não necessariamente deve ser feito pelo controlador. É possível que esta figura, detentora deste poder, instrua um terceiro (operador) com orientações e diretrizes para realizar, em seu nome, o tratamento de dados pessoais. Neste sentido dispõe o Guia Orientativo para Definições de Agentes de Tratamento de Dados Pessoais:

“(…) a desnecessidade de que todas as decisões sejam tomadas pelo controlador, bastando apenas que este mantenha sob sua influência e controle as principais decisões, isto é, aquelas relativas aos elementos essenciais para o cumprimento da finalidade do tratamento. De fato, especialmente quando há a contratação de um operador, é usual e legítimo que parte das decisões a respeito do tratamento, limitadas aos seus elementos não essenciais, fique sob a alçada do operador. A título de exemplo, podem ser mencionados a escolha dos softwares e equipamentos que serão utilizados e o detalhamento de medidas de prevenção e segurança.”⁹²

Assim, citando, mais uma vez, as orientações do Guia Orientativo para Definições de Agentes de Tratamento de Dados Pessoais, é preciso que o controlador detenha os elementos essenciais que constituem o poder decisório:

“(…) Dentre esses elementos decisórios principais, destaca-se a definição da finalidade do tratamento, que será sempre estabelecida pelo controlador, a quem compete, em conformidade com as disposições da LGPD, estipular os objetivos que justificam a realização do tratamento, bem como a sua respectiva base legal.

⁹¹ KRAMER, Bianca. Os agentes de tratamento de dados pessoais. In: MULHOLLAND, Caitlin. A LGPD e o novo marco normativo no Brasil. Porto Alegre: Arquipélago, 2020. P. 291-292.

⁹² Guia Orientativo para Definições de Agentes de Tratamento de Dados Pessoais e do Encarregado. Brasília: ANPD, 2021, P. 10. Disponível em: https://www.gov.br/anpd/pt-br/documentos-e-publicacoes/2021.05.27GuiaAgentesdeTratamento_Final.pdf

(...) Por fim, além da finalidade, o controlador é o responsável por estabelecer outros elementos essenciais relativos ao tratamento. É o caso da definição da natureza dos dados pessoais tratados (por exemplo, dados de beneficiários de plano de saúde ou de pessoas cadastradas em banco de dados oficial) e da duração do tratamento, isto é, do período durante o qual será realizada a operação, incluindo o estabelecimento de prazo para a eliminação dos dados (...)”⁹³

O controlador, além do poder decisório acerca dos aspectos fundamentais do tratamento dos dados pessoais, de acordo com a LGPD, possui, de forma exemplificativa, outras funções: (i) garantir que o tratamento dos dados esteja de acordo com os princípios previstos no artigo 6º; (ii) definir a base legal para o tratamento de dados pessoais de acordo com as hipóteses de tratamento de dados pessoais (artigo 7º); (iii) buscar o consentimento por escrito do titular e, ainda, o consentimento específico, caso precise comunicar ou compartilhar os dados com outros controladores (artigo 8º §1º e artigo 7º, §5º); (iv) provar que o consentimento foi obtido em conformidade com a LGPD (Art. 8º, §2º); (v) se a finalidade para a qual se obteve o consentimento for alterada, deve perseguir um novo consentimento (Art. 9º §2º); (vi) caso solicitado pela autoridade competente, deverá elaborar um Relatório de Impacto à Proteção de Dados Pessoais referente às informações que tratar com base no legítimo interesse (Art. 10 §3º); (vii) garantir a efetividade dos direitos do titular previstos no art. 18; (viii) indicar encarregado (DPO) pelo tratamento de dados pessoais (Art. 41); e (ix) informar a autoridade competente, bem como ao titular dos dados pessoais, sobre a ocorrência de incidente de segurança (Art. 48).

Destaque-se, ainda, que a designação meramente formal dos agentes de tratamento em um contrato, aspecto que será melhor explorado mais adiante neste trabalho, não é suficiente ou definitiva para a caracterização da figura do controlador e do operador, sobretudo no que concerne às suas responsabilidades ante a LGPD. É preciso, para além da investigação de quem detém o poder de decisão, averiguar o contexto fático em que a contratação se dá, para, só assim, definir as responsabilidades atinentes ao controlador.

Nesta tarefa de identificar se existe, de fato, na atividade exercida, o desempenho do papel de controlador, Bianca Kramer sugere a investigação da fonte

⁹³ Guia Orientativo para Definições de Agentes de Tratamento de Dados Pessoais e do Encarregado. Brasília: ANPD, 2021, P. 11. Disponível em: https://www.gov.br/anpd/pt-br/documentos-e-publicacoes/2021.05.27GuiaAgentesdeTratamento_Final.pdf

da competência conferida à pessoa física ou jurídica. A autora, então, defende uma análise do controle decorrente de competência jurídica explícita, competência implícita e identificação da fonte de controle decorrente da influência fática. A primeira consiste em uma avaliação da própria LGPD, ou seja, quando o controle sobre os dados pessoais decorrer de determinação legal, haverá uma presunção jurídica de um dever que se origina expressamente na própria LGPD. É possível, outrossim, averiguar a fonte do controle de tratamento por meio de uma análise da competência implícita. Aqui a figura do controlador já foi identificada, com base nas regras da LGPD, e, assim, o controle decorre da praxe legal fixada, o qual determina as suas funções previamente. O poder de controle é decorrência implícita das disposições legais. Com relação a identificação do controlador pela análise da influência fática, tem-se que é possível caracterizar quem exerce esta função pela análise do grau de controle real exercido.⁹⁴

Expostos os elementos gerais para a definição do controlador, passa-se a abordar a figura do operador de dados pessoais.

O operador, de acordo com o artigo 5º, inciso VII, é a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável por realizar o tratamento de dados pessoais em nome do controlador, de acordo com a finalidade por este balizada. Desta definição decorre a principal característica desta figura, ou seja, a dependência da figura do controlador. O operador irá realizar o tratamento de dados pessoais em nome do controlador, de acordo com suas instruções, em observância ao artigo 39 da LGPD⁹⁵. O controlador, então, irá delegar, total ou parcialmente, a atividade de processamento a uma outra figura externa. Assim, o controlador de dados pode se valer de terceiro para realizar o processamento dos dados que estão sob o seu controle. É importante destacar, assim, que o operador não exerce controle sobre os dados, muito menos tem o poder de modificar o uso ou a finalidade a que estão destinados. Disto decorre que o operador só age dentro das balizas fixadas pelo controlador, de forma que não possui poder significativo de decisão. Neste sentido, o Guia Orientativo para Definições de Agentes de Tratamento de Dados Pessoais:

⁹⁴ KRAMER, Bianca. Os agentes de tratamento de dados pessoais. In: MULHOLLAND, Caitlin. A LGPD e o novo marco normativo no Brasil. Porto Alegre: Arquipélago, 2020. pp. 295-296.

⁹⁵ Art. 39. O operador deverá realizar o tratamento segundo as instruções fornecidas pelo controlador, que verificará a observância das próprias instruções e das normas sobre a matéria.

“(…) o operador só poderá tratar os dados para a finalidade previamente estabelecida pelo controlador. Isso demonstra a principal diferença entre o controlador e operador, qual seja, o poder de decisão: o operador só pode agir no limite das finalidades determinadas pelo controlador.”⁹⁶

O operador, dentro de sua atividade, está limitado a definir os elementos não essenciais do tratamento de dados pessoais, como por exemplo, as medidas técnicas especializadas a serem empregadas. É, também, sua atribuição manter o registro das operações realizadas, proceder ao tratamento de acordo com as recomendações e instruções do controlador e seguir as boas práticas de mercado e *standarts* de governança usualmente adotados.

O poder decisório do operador, segundo Bianca Kramer⁹⁷, está limitado às seguintes decisões:

- O sistema/método/ferramentas utilizadas para coleta de dados.
- Como armazenar os dados.
- Como assegurar os dados.
- Os meios de transferência de dados de uma organização para outra.
- Os meios de recuperação de dados de alguns indivíduos.
- Assegurar o método aplicado para a retenção de dados.

Dito isso, é importante ressaltar que a LGPD, diferente do GDPR, é silente⁹⁸ sobre a obrigatoriedade de controladores firmarem contratos com os operadores de dados pessoais, como será visto mais adiante neste Capítulo. No entanto, em que pese a não obrigatoriedade expressa na lei de dados, defende-se, aqui, que a celebração de instrumento contratual entre os agentes de tratamento, além de salutar, é boa prática que deve ser seguida, uma vez que viabiliza o estabelecimento de limites à atuação do operador, bem como a alocação de responsabilidade das partes e, desta forma, minimiza os riscos envolvidos na atividade. Na mesma linha estabelece o Guia Orientativo para Definições de Agentes de Tratamento de Dados

⁹⁶ Guia Orientativo para Definições de Agentes de Tratamento de Dados Pessoais e do Encarregado. Brasília: ANPD, 2021, P. 16. Disponível em: https://www.gov.br/anpd/pt-br/documentos-e-publicacoes/2021.05.27GuiaAgentesdeTratamento_Final.pdf

⁹⁷ KRAMER, Bianca. Os agentes de tratamento de dados pessoais. In: MULHOLLAND, Caitlin. A LGPD e o novo marco normativo no Brasil. Porto Alegre: Arquipélago, 2020. P.306.

⁹⁸ Salvo quando trata de transferência de dados de entes públicos para entidades privadas (artigo 26), assim como na transferência internacional de dados (artigo 33).

Pessoais, que, trata, inclusive, de alguns dos pontos que podem ser abordados no instrumento contratual:

“O conceito e o escopo de atuação do operador indicam, também, a importância das definições contratuais para a relação entre controlador e operador. Ainda que a LGPD não determine expressamente que o controlador e o operador devam firmar um contrato sobre o tratamento de dados, tal ajuste se mostra como uma boa prática de tratamento de dados, uma vez que as cláusulas contratuais impõem limites à atuação do operador, fixam parâmetros objetivos para a alocação de responsabilidades entre as partes e reduzem os riscos e as incertezas decorrentes da operação. Os pontos que podem ser definidos contratualmente são o objeto, a duração, a natureza e a finalidade do tratamento dos dados, os tipos de dados pessoais envolvidos e os direitos e obrigações e responsabilidades relacionados ao cumprimento da LGPD.”⁹⁹

A manutenção de registros sobre os tratamentos realizados é uma medida essencial tanto para o operador, quanto para o controlador de dados pessoais. Em que pese o operador não realizar a classificação do dado, deve ficar atendo à base de tratamento relativa ao mesmo, empregando todas os controles necessários para preservar os dados de forma segura, uma vez que pode vir a ser responsabilizado.

A LGPD estabelece, em seus artigos 42 a 45, um regime de responsabilidade civil¹⁰⁰ e ressarcimento de danos aplicável ao controlador e operador de dados pessoais. Os agentes de tratamento devem indenizar, por força do artigo 42¹⁰¹, eventuais danos – dano patrimonial, moral, individual ou coletivo – causados em decorrência de tratamento irregular, em afronta às regras da lei de dados, salvo nas hipóteses de exclusão de responsabilidade previstas no artigo 43.¹⁰²

Há, no §1º¹⁰³ do artigo 42, ainda, a previsão de responsabilidade solidária entre o controlador e o operador de dados pessoais por dano causado ao titular. A

⁹⁹ Guia Orientativo para Definições de Agentes de Tratamento de Dados Pessoais e do Encarregado. Brasília: ANPD, 2021, P. 16. Disponível em: https://www.gov.br/anpd/pt-br/documentos-e-publicacoes/2021.05.27GuiaAgentesdeTratamento_Final.pdf

¹⁰⁰ Este trabalho não adentrará no tormentoso debate acerca do regime da responsabilidade civil dos agentes de tratamento de dados pessoais, uma vez que a discussão, embora relevante, foge ao escopo do presente trabalho.

¹⁰¹ Art. 42. 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.

¹⁰² Art. 43. Os agentes de tratamento só não serão responsabilizados quando provarem:

I - que não realizaram o tratamento de dados pessoais que lhes é atribuído;

II - que, embora tenham realizado o tratamento de dados pessoais que lhes é atribuído, não houve violação à legislação de proteção de dados; ou

III - que o dano é decorrente de culpa exclusiva do titular dos dados ou de terceiro.

¹⁰³ Art. 42. 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.

primeira hipótese, descrita no inciso I, do §1º do artigo 42, prevê que haverá solidariedade do operador pelos danos causados em decorrência da atividade de tratamento em desconformidade com a LGPD ou quando esta figura não atuar segundo as recomendações e instruções lícitas do controlador, salvo nos casos de exclusão previstos no artigo 43. Neste cenário, haverá uma equiparação do operador ao controlador de dados pessoais. A este respeito, vale citar o disposto no Guia Orientativo para Definições de Agentes de Tratamento de Dados Pessoais:

“No entanto, cabe ressaltar que, via de regra, as obrigações e responsabilidades do controlador e do operador são distintas, pois são determinadas de acordo com o papel exercido por cada um no âmbito do tratamento dos dados pessoais. Assim, a responsabilidade solidária estabelecida pelo inciso I, § 1º do art. 42 da LGPD, prevista para os casos de danos causados em razão do tratamento irregular realizado por operador (por descumprir as obrigações da legislação ou por não observar as instruções do controlador), pode ser considerada como uma excepcionalidade, já que em regra a responsabilidade é do controlador. A princípio, essa é a única hipótese em que o operador é equiparado ao controlador.”¹⁰⁴

Já na hipótese do inciso II, do §1º do artigo 42, há uma responsabilização solidária do controlador que tiver estreitamente ligado ao tratamento de dados, de onde se originou dano ao titular dos dados pessoais.

A solidariedade, estabelecida por lei, não pode ser afastada pelos agentes de tratamento de dados pessoais pela via contratual. Em sendo assim, aquele que suportar os custos com o ressarcimento, por força do §4º do artigo 42¹⁰⁵, poderá buscar o regresso junto aos demais responsáveis, na medida de sua participação no evento danoso.

§ 1º A fim de assegurar a efetiva indenização ao titular dos dados:

I - o operador responde solidariamente 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 equipara-se ao controlador, salvo nos casos de exclusão previstos no art. 43 desta Lei;

II - 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.

¹⁰⁴ Guia Orientativo para Definições de Agentes de Tratamento de Dados Pessoais e do Encarregado. Brasília: ANPD, 2021, P. 17. Disponível em: https://www.gov.br/anpd/pt-br/documentos-e-publicacoes/2021.05.27GuiaAgentesdeTratamento_Final.pdf

¹⁰⁵ Art. 42. 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.

§ 4º Aquele que reparar o dano ao titular tem direito de regresso contra os demais responsáveis, na medida de sua participação no evento danoso.

Não obstante, há a possibilidade de os agentes de tratamento, ao firmarem contrato entre si, estabelecerem cláusula de limitação de responsabilidade das partes, restringindo, por exemplo, o montante indenizatório devido, como se verá adiante neste trabalho.

Por fim, cita-se o encarregado¹⁰⁶ (semelhante ao *Data Protection Officer* – DPO no direito europeu), figura tratada no artigo 41¹⁰⁷, responsável por manejar e viabilizar a comunicação entre o controlador, o titular e a ANPD. O encarregado – pessoa física ou jurídica¹⁰⁸ – deve ser indicado pelo controlador¹⁰⁹ e a LGPD não exige que seja independente, o que não retira, contudo, a importância de que os controladores assegurem que a atividade daquele seja exercida da forma mais autônoma possível, livre de conflitos de interesse. Destaca-se, aqui, as atribuições do encarregado, segundo a LGPD: (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

¹⁰⁶ Definido no artigo 5º, inciso VIII da LGPD: Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se: VIII - encarregado: 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 (ANPD);

¹⁰⁷ Art. 41. O controlador deverá indicar encarregado pelo tratamento de dados pessoais.

§ 1º A identidade e as informações de contato do encarregado deverão ser divulgadas publicamente, de forma clara e objetiva, preferencialmente no sítio eletrônico do controlador.

§ 2º As atividades do encarregado consistem em:

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.

§ 3º A autoridade nacional poderá estabelecer normas complementares sobre a definição e as atribuições do encarregado, inclusive hipóteses de dispensa da necessidade de sua indicação, conforme a natureza e o porte da entidade ou o volume de operações de tratamento de dados.

¹⁰⁸ De acordo com o Guia Orientativo para Definições de Agentes de Tratamento de Dados Pessoais e do Encarregado: “A LGPD também não distingue se o encarregado deve ser pessoa física ou jurídica, e se deve ser um funcionário da organização ou um agente externo. Considerando as boas práticas internacionais, o encarregado poderá ser tanto um funcionário da instituição quanto um agente externo, de natureza física ou jurídica. Recomenda-se que o encarregado seja indicado por um ato formal, como um contrato de prestação de serviços ou um ato administrativo.” Guia Orientativo para Definições de Agentes de Tratamento de Dados Pessoais e do Encarregado. Brasília: ANPD, 2021, P. 22. Disponível em: https://www.gov.br/anpd/pt-br/documentos-e-publicacoes/2021.05.27GuiaAgentesdeTratamento_Final.pdf

¹⁰⁹ “Conquanto a LGPD não impeça que um mesmo encarregado atue em nome de diferentes organizações, é importante que ele seja capaz de realizar suas atribuições com eficiência. Assim, antes de indicar um encarregado, o controlador deve considerar se ele será mesmo capaz de atender às suas demandas e de outras organizações concomitantemente. A responsabilidade pelas atividades de tratamento de dados pessoais continua sendo do controlador ou do operador de dados, conforme estabelece o art. 42 da LGPD” Guia Orientativo para Definições de Agentes de Tratamento de Dados Pessoais e do Encarregado. Brasília: ANPD, 2021, P. 23. Disponível em: https://www.gov.br/anpd/pt-br/documentos-e-publicacoes/2021.05.27GuiaAgentesdeTratamento_Final.pdf

contratados da entidade a respeito das práticas a serem tomadas em relação à proteção de dados pessoais; e (iii) executar as demais atribuições determinadas pelo controlador ou estabelecidas em normas complementares¹¹⁰.

1.4 Os contornos gerais do Acordo de Processamento de Dados Pessoais

Inicialmente, é preciso estabelecer uma premissa antes de iniciar o estudo do Acordo de Processamento de Dados Pessoais. Neste tópico, não se pretende realizar um exame do tema com base no método de Direito Comparado. Em sendo assim, as menções ao GDPR serão feitas, aqui, por motivos de comparação legislativa com a LGPD, uma vez que, em alguns casos, a legislação brasileira não trata do assunto que será a partir de agora tratado. Ademais, manteremos as menções ao GDPR, em inglês, tendo em vista os erros ocorridos na tradução deste diploma para a língua portuguesa.

Dito isso, importa destacar que a LGPD atribui aos titulares dos dados um grau mais elevado de controle e autonomia sobre os seus dados pessoais, o que incrementa seu protagonismo no contexto da *data driven economy*. A coleta, utilização, processamento e armazenamento destes dados pessoais somente poderão ser efetivadas desde que observados os limites das regras previstas na referida lei. A tutela dos dados pessoais ocorrerá, então, a partir das finalidades e objetivos destacados no artigo 1º, com base dos fundamentos previstos no artigo 2º e nos princípios elencados no artigo 6º.

No entanto, a heteroregulação – a regulação pelo Estado – embora indispensável para a questão do tratamento de dados pessoais, é insuficiente para alcançar todos os aspectos a ela relacionados. Diante disto, para além da autorregulação, correção, tecnologia e das soluções de mercado, aspectos que deixarão de ser abordados por não constituírem objeto do presente trabalho, é preciso atentar para o “espaço de ação deixado aos particulares dentro das balizas definidas pela Lei, ou seja, o contrato”.¹¹¹ Neste sentido, defendem Carla Segala Alves, Guilherme Berti de Campos Guidi e Paulo Eduardo de Campos Lilla que:

¹¹⁰ Guia Orientativo para Definições de Agentes de Tratamento de Dados Pessoais e do Encarregado. Brasília: ANPD, 2021, P. 23. Disponível em: https://www.gov.br/anpd/pt-br/documentos-e-publicacoes/2021.05.27GuiaAgentesdeTratamento_Final.pdf

¹¹¹ ALVES, Carla Segala, GUIDI, Guilherme Berti de Campos, LILLA, Paulo Eduardo de Campos. Contratos e cláusulas em proteção de dados. In: OPICE BLUM, Renato. Proteção de dados: desafios

“Nesse contexto, o contrato constitui mecanismo essencial para que os agentes de tratamento possam normatizar suas relações jurídicas no que concerne à preservação de seus direitos, mitigação de riscos e alocação de responsabilidades decorrentes das atividades de tratamento de dados pessoais”.¹¹²

Na seara da proteção de dados há certa desconfiança em relação aos contratos que envolvem dados pessoais, sobretudo aqueles considerados assimétricos ou não paritários, como, por exemplo, aqueles oriundos das relações de consumo e de trabalho. Mas não só. A evolução acelerada da tecnologia e do chamado mundo digital atrai para estas avenças uma série de limitações derivadas de alguns fatores mencionados por Ana Frazão, como a assimetria informacional, risco de manipulação de informações e a detenção de total domínio da informação por uma das partes, o que torna temerária a distribuição de riscos.¹¹³

Diante disso, vislumbra-se, nestes casos, uma tendência a mitigar a liberdade de contratar e a autonomia negocial, o que acaba por afetar, diretamente, a alocação de riscos das partes nos contratos que estão inseridos neste contexto maior.

No entanto, apesar da dificuldade existente, nos dias atuais, de identificar uma posição de equivalência entre os contratantes apta a permitir a antecipação dos efeitos de uma relação contratual, minorando, assim, a imprevisibilidade que paira sobre a execução do contrato - abrindo espaço para a gestão dos riscos - este trabalho partirá da premissa de que os Acordos de Processamento de Dados, celebrados entre o controlador e operador de dados - sem levar em conta a

e soluções na adequação à lei. Alessandra Borelli Vieira ... [et al.]; organização Renato Müller da Silva Opice Blum. – 2 ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2021. P. 114.

¹¹² ALVES, Carla Segala, GUIDI, Guilherme Berti de Campos, LILLA, Paulo Eduardo de Campos. Contratos e cláusulas em proteção de dados. In: OPICE BLUM, Renato. Proteção de dados: desafios e soluções na adequação à lei. Alessandra Borelli Vieira ... [et al.]; organização Renato Müller da Silva Opice Blum. – 2 ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2021. P. 114.

¹¹³ Neste sentido, as palavras de Ana Frazão: “Todas essas circunstâncias mostram como as premissas de liberdade de contratar e de alocação racional de riscos são cada vez mais frágeis em inúmeras contratações dos tempos recentes. Estamos muito longe tanto da situação ideal da informação perfeita, como também da situação de ignorância ou de informação imperfeita, diluída e pulverizada no mercado, a justificar um cenário de riscos e incertezas para todos os agentes econômicos, a serem equacionados por meio de acordos de vontade. A realidade atual cada vez mais caminha para quadros de grandes assimetrias informacionais ou mesmo de manipulação de informações, o que não pode ser ignorado pela teoria contratual.” FRAZÃO. Ana. *Liberdade de contratar e alocação de riscos. As recentes transformações que colocam em xeque as premissas essenciais da teoria contratual*. Publicado em 10.06.2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/columnas/constituicao-empresa-e-mercado/liberdade-de-contratar-e-alocacao-de-riscos-10062020> Acesso em 14.01.2023.

repercussão de seus efeitos perante terceiros – se dá em uma relação paritária que permite o eficiente manejo dos riscos envolvidos na contratação.

É preciso dizer que, neste ambiente negocial, a celebração de um contrato pode não decorrer apenas da vontade das partes, mas sim de uma imposição legal. É o que se depreende de regra expressa no artigo 28.3 do GDPR¹¹⁴ quando trata da relação jurídica a ser firmada entre os agentes de tratamento de dados pessoais em área abrangida pela União Europeia, bem como às atividades de entidades que fazem negócio na esfera de influência deste bloco econômico. Nota-se, aqui, que o regulamento europeu em questão traz não só uma obrigatoriedade na celebração formal de contrato entre os agentes de tratamento de dados, mas, também, dispõe de forma bastante extensa acerca da forma e substância das disposições contratuais a serem firmadas entre as partes. Cita-se, aqui, o Considerando nº 79 do GDPR:

“The protection of the rights and freedoms of data subjects as well as the responsibility and liability of controllers and processors, also in relation to the monitoring by measures of supervisory authorities, requires a clear allocation of the responsibilities under this Regulation, including where a controller determines the purposes and means of the processing jointly with other controllers or Where a processing operation is carried out on behalf a controller.”

¹¹⁴ “Art.28.3. Processing by a processor shall be governed by a contract or other legal act under Union or Member State law, that is binding on the processor with regard to the controller and that sets out the subject-matter and duration of the processing, the nature and purpose of the processing, the type of personal data and categories of data subjects and the obligations and rights of the controller. That contract or other legal act shall stipulate, in particular, that the processor:

- a. processes the personal data only on documented instructions from the controller, including with regard to transfers of personal data to a third country or an international organisation, unless required to do so by Union or Member State law to which the processor is subject; in such a case, the processor shall inform the controller of that legal requirement before processing, unless that law prohibits such information on important grounds of public interest;
- b. ensures that persons authorised to process the personal data have committed themselves to confidentiality or are under an appropriate statutory obligation of confidentiality;
- c. takes all measures required pursuant to Article 32;
- d. respects the conditions referred to in paragraphs 2 and 4 for engaging another processor;
- e. taking into account the nature of the processing, assists the controller by appropriate technical and organisational measures, insofar as this is possible, for the fulfilment of the controller’s obligation to respond to requests for exercising the data subject’s rights laid down in Chapter III;
- f. assists the controller in ensuring compliance with the obligations pursuant to Articles 32 to 36 taking into account the nature of processing and the information available to the processor;
- g. at the choice of the controller, deletes or returns all the personal data to the controller after the end of the provision of services relating to processing, and deletes existing copies unless Union or Member State law requires storage of the personal data;
- h. makes available to the controller all information necessary to demonstrate compliance with the obligations laid down in this Article and allow for and contribute to audits, including inspections, conducted by the controller or another auditor mandated by the controller.

With regard to point (h) of the first subparagraph, the processor shall immediately inform the controller if, in its opinion, an instruction infringes this Regulation or other Union or Member State data protection provisions.”

A respeito da observância da regra disposta no artigo 28.3 do GDPR, Carla Segala Alves, Guilherme Berti de Campos Guidi e Paulo Eduardo de Campos Lilla trazem a seguinte avaliação:

“Em outras palavras, para a correta aplicação da norma protetiva, é essencial que os agentes de tratamento tenham definido de forma clara, entre si e para o titular, a alocação de responsabilidades, inclusive pela adequação da operação à norma, considerando os riscos de penalidades por descumprimento das disposições do GDPR, além de responsabilização civil em caso de dano indenizável. Dado que tal alocação deve ser definida entre as partes, chega-se à conclusão de que o contrato é figura importante e imprescindível para a correta proteção de direitos e liberdade dos titulares dos dados, ao fornecer instrumentos jurídicos necessários para garantir transparência e *accountability* por partes dos agentes de tratamento.”¹¹⁵

A LGPD, por outro lado, em postura menos incisiva, não traz esta obrigatoriedade existente no GDPR, e não elenca aspectos de forma e conteúdo do Acordo de Processamento de Dados Pessoais. Não obstante, Carla Segala Alves, Guilherme Berti de Campos Guidi e Paulo Eduardo de Campos Lilla defendem que a LGPD, apesar do silêncio legislativo, exige que a relação jurídica entre o controlador e operador de dados deve ser sim instrumentalizada por meio da celebração de contrato:

“Contudo, diante das rígidas obrigações impostas pela LGPD aos controladores e operadores de dados, torna-se indispensável a normatização de suas relações jurídicas pela via contratual. De fato, o contrato permitirá que os agentes de tratamento definam suas obrigações nas operações de tratamento de dados, possibilitando a adequada alocação dos respectivos riscos e responsabilidades envolvidos (...). Ainda que ausentes disposições expressas sobre a composição de arranjos contratuais voltados ao tratamento de dados, a LGPD estabelece princípios gerais (similares aos do GDPR), que acabam por induzir os agentes de tratamento a recorrerem à via contratual para atendê-los. Dentre os princípios do art. 6º da Lei, destacamos os da finalidade, adequação, necessidade, transparência, segurança, prevenção e responsabilização e prestação de contas (*accountability*).”¹¹⁶

¹¹⁵ ALVES, Carla Segala, GUIDI, Guilherme Berti de Campos, LILLA, Paulo Eduardo de Campos. Contratos e cláusulas em proteção de dados. In: OPICE BLUM, Renato. Proteção de dados: desafios e soluções na adequação à lei. Alessandra Borelli Vieira ... [et al.]; organização Renato Müller da Silva Opice Blum. – 2 ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2021. P. 118.

¹¹⁶ ALVES, Carla Segala, GUIDI, Guilherme Berti de Campos, LILLA, Paulo Eduardo de Campos. Contratos e cláusulas em proteção de dados. In: OPICE BLUM, Renato. Proteção de dados: desafios e soluções na adequação à lei. Alessandra Borelli Vieira ... [et al.]; organização Renato Müller da Silva Opice Blum. – 2 ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2021. P. 116 e 118.

Em reforço a esta posição, é possível citar a regra disposta no artigo 46 da LGPD, que prevê que “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.”, assim como a previsão constante do artigo 50 da LGPD no sentido de que “Os controladores e operadores, no âmbito de suas competências, pelo tratamento de dados pessoais, individualmente ou por meio de associações, poderão formular regras de boas práticas e de governança que estabeleçam as condições de organização, o regime de funcionamento, os procedimentos, incluindo reclamações e petições de titulares, as normas de segurança, os padrões técnicos, as obrigações específicas para os diversos envolvidos no tratamento, as ações educativas, os mecanismos internos de supervisão e de mitigação de riscos e outros aspectos relacionados ao tratamento de dados pessoais.”

Assim, é possível dizer que, mesmo em âmbito nacional, a LGPD possui normas que conduzem o intérprete na direção da necessidade de formalização de instrumento contratual entre os agentes de tratamento de dados pessoais, sendo medida relevante e recomendável para a mitigação de riscos, alocação de responsabilidades entre as partes, bem como de observância dos deveres impostos pela lei, como, por exemplo o dever de segurança dos dados pessoais.

Dito de outra forma, tem-se que, no Brasil, não há uma regulamentação específica que trate nomeadamente do Acordo de Processamento de Dados Pessoais (*Data Processing Agreement*, ou, simplesmente, DPA), apesar de sua relevância no cenário contemporâneo de acirramento da proteção dos dados pessoais. Talvez por conta desta ausência de regulamentação legal, a doutrina nacional ainda não tenha se debruçado mais a fundo sobre esta modalidade contratual, o que leva a pesquisa acerca do tema a se voltar a trabalhos estrangeiros, não só pela larga experiência no manejo destes acordos, mas, também, como visto, pela necessidade imposta pelo GDPR de que as relações entre os agentes de tratamento sejam formalizadas por meio de contrato específico.

Uma premissa se faz necessária. Este trabalho irá se debruçar apenas ao estudo do DPA¹¹⁷ – desconsiderando os efeitos desta avença perante terceiros –

¹¹⁷ É importante chamar a atenção que a sigla “DPA” não está restrita, em âmbito internacional, à abreviação de *Data Processing Agreement*, como adotada neste trabalho, mas, também, pode fazer

celebrado entre o controlador e operador, tidos como partes paritárias, justamente para regular o tratamento destes dados. Em sendo assim, o foco da presente análise está restrito ao contrato firmado entre o operador e o controlador de dados, deixando, assim, por não ser o foco deste trabalho, de averiguar os contornos dos contratos celebrados entre controlador e controlador, aqueles firmados por controladores conjuntos, citados, também pelo GDPR, bem como os celebrados entre o controlador de dados e os titulares de dados pessoais e os firmados entre o operador de dados e o titular de dados pessoais (se houver).¹¹⁸

Estabelecido o objeto de análise, é preciso entender o que é e para que serve o DPA. Este instrumento, basicamente, pode ser entendido, aqui, como o contrato¹¹⁹ de prestação de serviços celebrado entre o controlador e o processador de dados pessoais, com o objetivo de regular, entre as empresas contratantes, a atividade de tratamento de dados pessoais.

Carla Segala Alves, Guilherme Berti de Campos Guidi e Paulo Eduardo de Campos Lilla trazem definição sucinta acerca do DPA: “são instrumentos jurídicos firmados entre o controlador e o operador de dados.”¹²⁰

A respeito da sua função, baseada no regramento do GDPR, Monika Kwiatkowska afirma que “Esses acordos estabelecem as regras básicas para qualquer tratamento de dados pessoais feito por um processador em nome de um controlador. Eles garantem que qualquer processamento de dados esteja de acordo com os requisitos do GDPR e quaisquer outras leis aplicáveis.”¹²¹. Também sob a

referência, em outras searas, ao *Data Protection Act* (legislação inglesa sobre a proteção de dados), bem como ao *Data Protection Agent* (Agente de Proteção de Dados).

¹¹⁸ Destaca-se o disposto por Monika Kwiatkowska: “Data processing agreements, otherwise referred to as “controller-processor agreements”, “controller-controller agreements”, or “joint-controller agreements” are required under Article 28 of the General Data Protection Regulation (GDPR). This regulation applies within the territory of European Union and to activities of entities doing their business in European Union. Article 28(1) imposes that a controller only uses processors that provide sufficient guarantees that data processing will meet the requirements of the GDPR.” KWIATKOWSKA, Monica. *Negotiating a data processing agreement: a practical perspective*. 181-190. Derecom, 27, P. 182. Disponível em: <http://www.derecom.com/secciones/articulos-de-fondo/item/377-negotiating-a-data-processing-agreement-a-practical-perspective> Acessado em 17.01.2023.

¹¹⁹ É relevante destacar que é possível que o DPA seja firmado, também, por meio de um adendo a um contrato já existente, de forma que não há uma obrigatoriedade a que seja formalizado por meio de um contrato próprio.

¹²⁰ ALVES, Carla Segala, GUIDI, Guilherme Berti de Campos, LILLA, Paulo Eduardo de Campos. Contratos e cláusulas em proteção de dados. In: OPICE BLUM, Renato. *Proteção de dados: desafios e soluções na adequação à lei*. Alessandra Borelli Vieira ... [et al.]; organização Renato Müller da Silva Opice Blum. – 2 ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2021. P. 125.

¹²¹ No original: “These agreements lay out the ground rules for any handling of personal data done by a processor on behalf of a controller. They ensure any such data processing is in accordance

perspectiva do regulamento europeu, J. Clark trata da função deste instrumento em obra sobre o tema: “Comumente referido como “acordo de processamento de dados”, este tipo de contrato rege a relação entre um controlador, um processador e os dados que estão sendo processados.”¹²² Já Justin B. Weiss assim se manifesta acerca do emprego do DPA: “O acordo de processamento de dados é usado para documentar um conjunto de instruções e estabelecer as obrigações de proteção de dados entre duas partes que planejam enviar e receber dados pessoais entre si para fins específicos. É também um requisito de conformidade de muitas leis de proteção de dados.”¹²³

Estabelecido, então, o que é e para que serve o DPA, é preciso abordar o que não é um Acordo de Processamento de Dados. Para introduzir este tema, utilizaremos uma dúvida comum na praxe contratual, qual seja, se um Acordo de Confidencialidade (*Non Disclosure Agreement* – NDA) se presta a regular a relação entre os agentes de tratamento no manejo dos dados pessoais ou se é, de fato, necessário a celebração de um Acordo de Proteção de Dados específico. Trata-se de equívoco comum a confusão entre os instrumentos, somente por esta razão será aqui abordado.

Um olhar apressado para estes contratos poderia levar o operador do direito a, inadvertidamente, enxergar uma aproximação coerente entre eles, sobretudo em razão do fato do NDA também poder abranger dados pessoais. Contudo, uma análise mais detalhada conduzirá a conclusão de que os instrumentos contratuais em questão não se confundem. Neste sentido, as palavras de Justin B. Weiss:

“À primeira vista, a analogia com o NDA parece intuitiva e lógica. Certamente pode aplicar-se a dados e, na verdade, a qualquer forma de informação partilhada, detida ou conhecida entre as partes. Preservar a confidencialidade, um objetivo

with the requirements of GDPR and any other applicable laws.” KWIATKOWSKA. Monica. *Negotiating a data processing agreement: a practical perspective*. 181-190. Derecom, 27, P. 182. Disponível em: <http://www.derecom.com/secciones/articulos-de-fondo/item/377-negotiating-a-data-processing-agreement-a-practical-perspective> Acessado em 17.01.2023.

¹²² No original: “Commonly referred to as a “data processing agreement” this type of contract governs the relationship between a controller, a processor, and the data being processed.” CLARK. J. *Data-processing agreements from 30,000 feet*. Disponível em <https://iapp.org/news/a/data-processing-agreements-from-30000-feet/> Acessado em 17.01.2023.

¹²³ No original: “Data processing agreement is used to document a set of instructions and memorialize data protection obligations between two parties that are planning to send and receive personal data between themselves for specified purposes. It is also a compliance requirement under many data protection laws.” WEISS. Justin B. Chapter I – Foundations – In: WEISS, Justin B (org). *Data Processing Agreement. Coordination, Drafting & Negotiation*. Porthmouth: IAPP, 2019. Ebook.

central de um NDA, é consistente com o espírito da proteção de dados e, de fato, a maioria dos acordos de processamento de dados contém cláusulas de confidencialidade. As semelhanças se encerram nos detalhes, no entanto. Em termos de escopo, um NDA pode ser considerado mais amplo na medida em que geralmente não se limita a dados pessoais, mas sim a qualquer informação que as partes pretendam que seja tratada como confidencial. É rotineiramente usado para impedir a divulgação de informações proprietárias não públicas, segredos comerciais e similares.”¹²⁴

O valor das informações tipicamente inseridas nos Acordos de Confidencialidade e nos Acordos de Processamento de Dados são de origem diversa, embora ambos possam ser avaliados do ponto de vista econômico, o que demonstra mais uma diferença entre estes contratos. A respeito do valor atribuído ao dado pessoal, Carla Segala Alves, Guilherme Berti de Campos Guidi e Paulo Eduardo de Campos Lilla trazem a seguinte consideração:

“O valor do dado pessoal, ainda que relevante também do ponto de vista econômico, é fundado principalmente em seu caráter personalíssimo para o titular daquele dado, de modo que a coleta e o tratamento de informações pessoais representam uma atividade tanto produtiva quanto de risco. Isso porque, muito embora o tratamento de dados pessoais possa gerar valor para os agentes de tratamento, tal tratamento também implica a assunção de responsabilidade pela segurança dessas informações, pois sua utilização indevida pode acarretar prejuízos ao titular, além de danos reputacionais para a própria empresa.”¹²⁵

¹²⁴ No original: “At the first blush, the analogy to the NDA seems intuitive and logical. It certainly can apply to data and indeed any form of information shared, held or known between parties. Preserving confidentiality, a core object of an NDA, is consistent with the spirit of data protection, and in fact, most data processing agreements contain confidentiality clauses themselves. The similarities break down in the details, though. In terms of scope, an NDA can be considered broader insofar as it is usually not limited to personal data but rather any information that the parties intend to be treated as confidential. It is routinely used to prevent disclosure of non-public proprietary information, trade secrets and the like.” WEISS, Justin B. Chapter I – Foundations – In: WEISS, Justin B. (org). *Data Processing Agreement. Coordination, Drafting & Negotiation*. Porthmouth: IAPP, 2019. Em sentido semelhante, Carla Segala Alves, Guilherme Berti de Campos Guidi e Paulo Eduardo de Campos Lilla aduzem que “Os acordos de confidencialidade, tradicionalmente, buscam preservar, em essência, o sigilo de informações estratégicas, as quais geralmente podem incluir dados pessoais (ex.: listas de clientes, perfis comportamentais para ações de marketing etc.), mas também abrangem dados não pessoais, isto é, que não dizem respeito a uma pessoa natural identificada ou identificável, podendo contemplar, por exemplo, informações sobre pessoas jurídicas, segredos de negócios, know-how, informações estratégicas e outras que possuem valor econômico. ALVES, Carla Segala, GUIDI, Guilherme Berti de Campos, LILLA, Paulo Eduardo de Campos. Contratos e cláusulas em proteção de dados. In: OPICE BLUM, Renato. Proteção de dados: desafios e soluções na adequação à lei. Alessandra Borelli Vieira ... [et al.]; organização Renato Müller da Silva Opice Blum. – 2 ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2021. P. 121.

¹²⁵ ALVES, Carla Segala, GUIDI, Guilherme Berti de Campos, LILLA, Paulo Eduardo de Campos. Contratos e cláusulas em proteção de dados. In: OPICE BLUM, Renato. Proteção de dados: desafios e soluções na adequação à lei. Alessandra Borelli Vieira ... [et al.]; organização Renato Müller da Silva Opice Blum. – 2 ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2021. P. 121.

Aspecto que distancia ainda mais estas duas figuras contratuais, segundo Justin B. Weiss¹²⁶, é o fato de um NDA bilateral firmado entre duas empresas que pretendem celebrar um negócio futuro exigirem o fornecimento de informações sigilosas entre si para avaliar se há interesse em prosseguir com a negociação. Por outro lado, o DPA tem como objetivo prevenir a divulgação não autorizada de dados pessoais a terceiros estranhos à relação jurídica, bem como estabelece diretrizes acerca da razão e da forma com que os dados devem ser processados e em que termos. No DPA há um detalhamento maior sobre o funcionamento das responsabilidades, sendo certo que as medidas de segurança a serem adotadas para resguardar os dados é muito mais intensa nesta modalidade contratual. O estabelecimento das obrigações e das instruções entre as partes deste contrato de prestação de serviços que tem como objeto o tratamento de dados pessoais devem ser objeto de um DPA e não de um NDA.

Assim, é possível pensar, como faz Justin B. Weiss, em interessante passagem, que o NDA transmite a ideia para a contraparte de “não quebre a confidencialidade”, enquanto o DPA passa a mensagem para a outra parte no sentido de “processar dados pessoais, sob estas condições.”¹²⁷

¹²⁶ WEISS, Justin B. Chapter I – *Foundations* – In: WEISS, Justin B. *Data Processing Agreement. Coordination, Drafting & Negotiation*. Porthmouth: IAPP, 2019. Em sentido semelhante, Carla Segala Alves, Guilherme Berti de Campos Guidi e Paulo Eduardo de Campos Lilla: “Por essa razão, o objetivo principal do acordo de confidencialidade é geralmente resguardar a empresa contra o uso inadequado de informações relevantes que possam lhe prejudicar ou colocar em desvantagem concorrencial. Já os contratos que versam sobre tratamento de dados pessoais têm como objetivos primordiais a mitigação dos riscos e alocação de responsabilidade entre os agentes de tratamento contratantes, de modo a atender aos rigorosos requisitos legais estabelecidos pela LGPD, que, por sua vez, encontram fundamento na proteção da privacidade dos titulares de dados.” ALVES, Carla Segala, GUIDI, Guilherme Berti de Campos, LILLA, Paulo Eduardo de Campos. *Contratos e cláusulas em proteção de dados*. In: OPICE BLUM, Renato. *Proteção de dados: desafios e soluções na adequação à lei*. Alessandra Borelli Vieira ... [et al.]; organização Renato Müller da Silva Opice Blum. – 2 ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2021. P. 121.

¹²⁷No original: “*In a sense, the NDA can be thought of as a restrictive document focused on one message (“do not breach confidentiality”), whereas the data processing agreement is predominantly an authorizing and enabling document with a suite of messages (“do process personal data, under these conditions”).*” WEISS, Justin B. *Data Processing Agreement. Coordination, Drafting & Negotiation*. International Association of Privacy Professionals (IAPP). 2019. Cap. I. *Foundations*. E-book. ISBN: 978-1-948771-12-2.

1.5 A importância do cuidado na identificação das partes

O primeiro passo da negociação para a celebração deste tipo de contrato é definir quem será o controlador¹²⁸ e quem assumirá o papel de operador dos dados¹²⁹. A princípio, esta tarefa pode parecer trivial, contudo, nem sempre esta definição se mostra tão simples¹³⁰, devendo as partes, então, ter muito claro qual o seu papel nesta relação jurídica, até porque isto influenciará nas obrigações e responsabilidades a serem estabelecidas no contrato, a depender do papel assumido por cada um dos contratantes. Neste sentido, as palavras de Carla Segala Alves, Guilherme Berti de Campos Guidi e Paulo Eduardo de Campos Lilla:

“A determinação do controlador e do operador dos dados é crucial para saber, por exemplo, quem é responsável por definir as finalidades e meios de tratamento dos dados, definir quais bases legais são aplicáveis para cada operação de tratamento, determinar qual papel de cada parte em caso de incidentes de segurança, envolvendo os dados, quem deve gerenciar e responder solicitações de titulares visando ao exercício de seus direitos, entre outras atribuições.”¹³¹

É certo, então, que estabelecer concretamente o papel de cada uma das partes do DPA não é algo que pode ser feito mecanicamente. Outrossim, as partes não devem ser seduzidas pelo ímpeto de definir estas figuras, inseridas em um ambiente complexo, com base apenas em quem é a parte contratante ou a parte contratada, ou seja, atribuir, de forma açodada, o papel de controlador a quem é contratante e a função de operador a quem é o contratado nesta relação jurídica. Em determinadas hipóteses, esta correlação não se mostra coerente com a realidade dos

¹²⁸ De acordo com o artigo 5º, inciso VI da LGDP: pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais;

¹²⁹ De acordo com o artigo 5º, inciso VII da LGDP: pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador;

¹³⁰ J. Clark assim se manifesta sobre esta questão: “*In drafting data processing agreements, which category each party falls into should be clearly and precisely defined from the very beginning. This is easier said than done, of course, since one organization may play either a controller or processor role depending on the circumstances, and many times both parties are controllers.*” CLARK. J. *Data-processing agreements from 30,000 feet*. Disponível em <https://iapp.org/news/a/data-processing-agreements-from-30000-feet/>. Acessado em 17.01.2023.

¹³¹ ALVES, Carla Segala, GUIDI, Guilherme Berti de Campos, LILLA, Paulo Eduardo de Campos. Contratos e cláusulas em proteção de dados. In: OPICE BLUM, Renato. Proteção de dados: desafios e soluções na adequação à lei. Alessandra Borelli Vieira ... [et al.]; organização Renato Müller da Silva Opice Blum. – 2 ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2021. Pp. 121-122.

fatos que envolvem a contratação e pode vir a afetar de maneira irremediável o Acordo de Processamento de Dados.¹³²

Susan Lyon-Hintze e Jared Friend chamam a atenção, em ensinamento também aplicável à realidade da confecção de um DPA no Brasil, fundado na LGPD, que o GDPR impõe obrigações similares, porém distintas, a uma entidade, a depender se for considerada no instrumento contratual como controladora ou operadora de dados, levando em conta as definições legais e não ao título que as partes atribuíram a si mesmas. Cita-se, aqui, as considerações dos autores sobre a definição dos papéis dos agentes de tratamento de dados neste contrato:

“O Regulamento Geral de Proteção de Dados da UE (GDPR) impõe obrigações semelhantes, mas diferentes, a uma entidade, dependendo se ela é considerada um “controlador de dados” ou um “processador de dados” nos termos da lei. As partes não escolhem necessariamente quem é o controlador ou processador de dados simplesmente atribuindo esses rótulos às partes em um contrato. Em vez disso, o GDPR estabelece critérios para determinar quem é o responsável pelo tratamento ou processador de dados, dependendo da natureza do papel de cada parte nas decisões sobre a utilização dos dados pessoais em questão. Assim, é importante identificar qual o papel que cada parte desempenhará no que diz respeito às decisões tomadas para cada conjunto de dados pessoais que processa.”¹³³

Seguindo a linha traçada pelo GDPR neste tocante, o seu artigo 4 (7)¹³⁴ explicita que compreender que a(s) entidade(s) que “determinam as finalidades e

¹³² Vale destacar as considerações de Susan Lyon-Hintze e Jared Friend: “Based on the parties’ agreement and understanding of those roles, you must apply the law to determine whether each party is a controller or processor. Then, you must include in the contract the appropriate terms to comply with the respective obligations that apply to controllers and processors under the GDPR. This may be simple in many cases involving traditional vendor relationships where the party processing personal data does so exclusively at a data controller’s direction. But there are various circumstances when determining these roles may be more complex.” LYON-HINTZE, Susan. FRIEND, Jared. Chapter 2. Controllers, Processors and Subprocessors. In: WEISS, Justin B. (org). *Data Processing Agreement - Coordination, Drafting & Negotiation*. Porthmout: IAPP, 2019.

¹³³ No original: “The EU General Data Protection Regulation (GDPR) imposes similar but different obligations upon an entity depending on whether it is considered a “data controller” or a “data processor” under the law. Parties do not necessarily get to choose who is a data controller or data processor simply by assigning these labels to parties in a contract. Instead, the GDPR sets out criteria for determining who is a data controller or data processor depending on the nature of each party’s role in decisions about the use of the personal data in question. Thus, it is important to identify what role each party will play with respect to decisions made for each set of personal data that it processes.” LYON-HINTZE, Susan. FRIEND, Jared. Chapter 2. Controllers, Processors and Subprocessors. In: WEISS, Justin B. (org). *Data Processing Agreement - Coordination, Drafting & Negotiation*. Porthmout: IAPP, 2019.

¹³⁴ Artigo 4º (7): “‘controller’ means the natural or legal person, public authority, agency or other body which, alone or jointly with others, determines the purposes and means of the processing of personal data; where the purposes and means of such processing are determined by Union or Member State law, the controller or the specific criteria for its nomination may be provided for by Union or Member State law;” Disponível em: <https://gdpr.eu/article-4-definitions/>

meios de tratamento de dados pessoais” é a chave para as partes identificarem o controlador de dados. Neste sentido vale destacar as palavras de Susan Lyon-Hintze e Jared Friend:

“De acordo com o Artigo 4(7) do GDPR, qual entidade ou entidades “determinam as finalidades e meios de processamento de dados pessoais” é o fator determinante sob o GDPR para identificar um controlador de dados. A Comissão Europeia descreve este factor como o “porquê” e “como” os dados pessoais devem ser processados. O GDPR define um processador de dados como uma entidade “que processa dados pessoais em nome do controlador”. Consequentemente, um processador de dados processa os dados pessoais para promover os fins determinados pelo controlador de dados e usando os meios determinados pelo controlador de dados.”¹³⁵

Na mesma linha, o *European Data Protection Supervisor* estabelece que o controlador fixa o “porquê” e “como” os dados pessoais devem ser processados.¹³⁶ Já os processadores de dados são definidos pelo GDPR, no artigo 4 (8)¹³⁷ como entidade que “processa dados pessoais em nome do controlador.” Assim, um processador de dados irá processar os dados pessoais para promover os desígnios estabelecidos pelo controlador, utilizando os meios por ele determinados. Não obstante, o próprio *European Data Protection Supervisor* ressalva que o processador – apesar de atuar em nome do controlador, baseado nas suas instruções e em seu interesse – age com independência no exercício de sua atividade, sendo certo que não pode ser classificado como uma entidade “subordinada” ao controlador.¹³⁸

¹³⁵ No original: “According to GDPR Article 4(7), which entity or entities “determine the purposes and means of the processing of personal data” is the determining factor under the GDPR for identifying a data controller. The European Commission describes this factor as the “why” and “how” the personal data should be processed. The GDPR defines a data processor as an entity “which processes personal data on behalf of the controller.” Accordingly, a data processor processes the personal data to further the purposes determined by the data controller and using the means determined by the data controller” LYON-HINTZE. Susan. FRIEND. Jared. Chapter 2. Controllers, Processors and Subprocessors. In: WEISS, Justin B. (org). *Data Processing Agreement - Coordination, Drafting & Negotiation*. Porthmout: IAPP, 2019.

¹³⁶ Vale destacar passagem constante da *EDPS Guidelines on the concepts of controller, processor and joint controllership under Regulation (EU) 2018/1725*: “The identification of the ‘why’ and the ‘how’ of a processing operation is the decisive factor for an entity to assume the role of ‘controller’ within the meaning of data protection law. When carrying out of a processing operation, the controller is the one deciding on the purpose (‘why’) and on the means to carry out such processing operation (‘how’).” P. 9. Disponível em: https://edps.europa.eu/data-protection/our-work/publications/guidelines/concepts-controller-processor-and-joint_en Acessado em 21.01.2023.

¹³⁷ Artigo 4 (8): ‘processor’ means a natural or legal person, public authority, agency or other body which processes personal data on behalf of the controller; Disponível em: <https://gdpr.eu/article-4-definitions/>

¹³⁸ Neste sentido, o disposto na *EDPS Guidelines on the concepts of controller, processor and joint controllership under Regulation (EU) 2018/1725*: “In other words, ‘acting on behalf of the

Já as Diretrizes 07/2020¹³⁹ do *European Data Board*, item 38¹⁴⁰, ao abordar este tema da definição das figuras do controlador e operador de dados, no âmbito do GDPR, estabelece que quando uma entidade estabelece de forma inequívoca as finalidades e os meios (*purpose and means*), confiando à outra entidade o tratamento que equivale à execução das instruções que lhe foram determinadas, a hipótese é mais simples e clara, ou seja, a segunda entidade deve ser tida como um processador de dados, enquanto a primeira deve ser encarada como o controlador.

Por outra perspectiva, os itens 39 e 40¹⁴¹ das Diretrizes 07/2020 do *European Data Board* trazem outros elementos capazes de guiar o operador do direito na tarefa aqui estudada, levando em conta como critério distintivo a natureza das decisões que devem ficar a cargo exclusivamente do controlador e aquelas que devem ser deixadas ao arbítrio do operador de dados. Neste sentido, deve ficar patente que as decisões referentes a finalidade do tratamento deverão sempre estar a cargo do controlador.

No entanto, quanto à definição dos meios a serem empregados, o regramento europeu faz uma distinção entre os “meios essenciais” e “meios não essenciais”. Os primeiros estão relacionados à finalidade e ao alcance do tratamento – e são

controller’ signifies that the processor is serving the controller’s interest in carrying out a specific task and that it is thus following the instructions set out by the controller, at least with regards to the purpose and the essential elements of the means. The primary duty of compliance stands with the controller. However, it is important to recognise that the processor is not necessarily the controller’s ‘subordinate’. The fact that the processor acts ‘on behalf of the controller’ does not necessarily undermine its independence in carrying out specific tasks assigned to it. The processor may enjoy a considerable degree of autonomy in providing its services and may identify the non-essential elements of the processing operation.” P. 16. Disponível em: https://edps.europa.eu/data-protection/our-work/publications/guidelines/concepts-controller-processor-and-joint_en Acessado em 21.01.2023.

¹³⁹ Adotadas em setembro de 2020.

¹⁴⁰ “38. When one entity clearly determines purposes and means, entrusting another entity with processing activities that amount to the execution of its detailed instructions, the situation is straightforward, and there is no doubt that the second entity should be regarded as a processor, whereas the first entity is the controller.” P.14. Disponível em: https://edpb.europa.eu/our-work-tools/documents/public-consultations/2020/guidelines-072020-concepts-controller-and_en

¹⁴¹ “39, 40. “The question is where to draw the line between decisions that are reserved to the controller and decisions that can be left to the discretion of the processor. Decisions on the purpose of the processing are clearly always for the controller to make. As regards the determination of means, a distinction can be made between essential and non-essential means. “Essential means” are closely linked to the purpose and the scope of the processing and are traditionally and inherently reserved to the controller. Examples of essential means are the type of personal data which are processed (“which data shall be processed?”), the duration of the processing (“for how long shall they be processed?”), the categories of recipients (“who shall have access to them?”) and the categories of data subjects (“whose personal data are being processed?”). “Non-essential means” concern more practical aspects of implementation, such as the choice for a particular type of hardware or software or the detailed security measures which may be left to the processor to decide on.” P. 15. Disponível em: https://edpb.europa.eu/our-work-tools/documents/public-consultations/2020/guidelines-072020-concepts-controller-and_en

atribuíveis a esfera de atuação do controlador, como, por exemplo, o tipo de dados pessoais (“que dados devem ser tratados?”), a duração do tratamento (“durante quanto tempo devem ser tratados?”), os destinatários (“quem deve ter acesso aos dados?”), bem como as categorias de titulares de dados (“de quem os dados pessoais serão processados?”). Já os “meios não essenciais” podem ser considerados como aqueles relativos aos aspectos mais práticos, ou seja, como a eleição de um tipo específico de *hardware* ou *software*, metodologia de processamento, bem como as medidas de segurança a serem adotadas, são tipicamente decisões deixadas a cargo do processador de dados.

Dito isso, importa trazer o regramento específico da LGPD a respeito deste tema. É fora de dúvida, por tudo quanto foi exposto, que os agentes de tratamento se submetem à legislação de proteção de dados, sobretudo aos princípios elencados no seu artigo 6º, como finalidade, adequação, necessidade e segurança, etc.. Ademais, levando-se em conta a obrigação do controlador em apontar as bases legais do tratamento de dados pessoais, previstas nos artigos 7º e 11, é possível concluir que sua responsabilidade é mais intensa do que a do processador neste aspecto, sendo esta definição, importante, ainda, para a diferenciação entre os dados pessoais ordinários e os dados pessoais sensíveis, aspecto que também auxilia na distinção entre estas figuras.

Outro ponto de afastamento que importa ser destacado é o dever, previsto entre os artigos 17 e 22, do controlador de assegurar o exercício dos direitos dos titulares de dados pessoais¹⁴², assim como a sua obrigação de comunicar à Autoridade Nacional de Dados Pessoais e aos titulares de dados algum episódio de incidente de segurança que possua o potencial de gerar risco ou dano relevante aos titulares de dados pessoais, como destaca a previsão do artigo 48 da LGPD.

Já sob a ótica do operador de dados, a LGPD, em seu artigo 39, estabelece que o operador deve realizar o tratamento com base nas instruções fornecidas pelo controlador, regra esta que se aproxima da orientação do *European Data Protection Supervisor*, em seu artigo 4 (7), já destacado anteriormente. Desta forma, comparativamente com os deveres do controlador, as obrigações atribuídas ao

¹⁴² Com base no artigo 18 da LGPD é possível citar como exemplos de direitos dos titulares de dados: a confirmação da existência de tratamento, acesso aos dados, correção de dados incompletos, inexatos ou desatualizados, anonimização, bloqueio ou eliminação de dados desnecessários, excessivos ou tratados em desconformidade com o disposto nesta Lei, etc.

operador de dados não são tão singulares. A este respeito, Carla Segala Alves, Guilherme Berti de Campos Guidi e Paulo Eduardo de Campos Lilla pontuam o seguinte:

“Dessa forma, ao operador não há a incidência de obrigações tão específicas, como a definição da base legal de dados a ser utilizada para o tratamento, tampouco a necessidade de garantia dos meios para o amplo exercício dos direitos dos titulares, mas apenas de suporte ao controlador para que este possa dar andamento a eventuais solicitações realizadas pelo titular ou pela ANPD. Assim, o operador deverá dispor de meios adequados para prestar o devido auxílio.”

Em sendo assim, é recomendável que a definição do papel de cada um dos agentes de tratamento de dados pessoais leve em conta o grau de participação do controlador e do operador de dados pessoais nas decisões atinentes ao tratamento de dados que se pretende realizar. Susan Lyon-Hintze e Jared Friend elencam os seguintes exemplos de determinações que um controlador passa ao processador de dados ao firmar um DPA:

“Ao contratar um processador de dados, um controlador de dados normalmente determinaria, por exemplo: 1) quais dados pessoais coletar dos dados assuntos, se houver; 2) de quem coletar dados pessoais; 3) a base jurídica para a recolha e tratamento de dados; 4) se deve divulgar os dados pessoais a terceiros e a quem; 5) como responder às solicitações dos titulares dos dados; e 6) por quanto tempo reter os dados pessoais e como protegê-los.”¹⁴³

Expostas, então, as razões pelas quais é essencial para a celebração de um DPA a correta definição da categoria na qual cada parte deve ser classificada, passa-se a abordar o conteúdo mínimo que um contrato deste tipo deve conter.

1.6 O conteúdo mínimo de um Acordo de Processamento de Dados Pessoais

O exato conteúdo de um Acordo de Processamento de Dados irá depender das partes celebrantes, bem como das especificidades do processamento de dados que será realizado na hipótese concreta. No entanto, ousaremos indicar algumas

¹⁴³ No original: “In the course of engaging a data processor, a data subjects, if at all; 2) from whom to collect personal data; 3) the legal basis for collecting and processing data; 4) whether to disclose the personal data to third parties and to whom; 5) how to respond to data subject requests; and 6) how long to retain the personal data and how to protect it.” LYON-HINTZE. Susan. FRIEND. Jared. Chapter 2. *Controllers, Processors and Subprocessors*. In: WEISS, Justin B. (org). *Data Processing Agreement - Coordination, Drafting & Negotiation*. Porthmout: IAPP, 2019.

previsões que formariam o “conteúdo mínimo” das disposições que devem constar desta modalidade contratual.

A LGPD, como visto, diferente do GDPR, não traz um regramento específico sobre os termos essenciais de um Acordo de Processamento de Dados. No entanto, é possível tomar como orientação para a indicação de “cláusulas chave” para a celebração de um DPA o disposto tanto no artigo 28 do GDPR, como nas orientações da autoridade de processamento de dados do Reino Unido, *Information Comissione’s Office*.¹⁴⁴ Tem-se, então, segundo o regramento europeu, a necessidade básica da indicação nestes instrumentos dos seguintes pontos elementares: (i) objeto e duração do processamento, (ii) a natureza e o objetivo do processamento, (iii) o tipo de dados pessoais, (iv) as categorias de titulares de dados e (v) obrigações e direitos do controlador.

Ainda com base no artigo 28 do GDPR e nas recomendações da autoridade de processamento de dados do Reino Unido, o DPA deve, ainda, prever que: (i) o processador só processará dados pessoais em instruções documentadas do controlador; (ii) os funcionários do processador devem estar comprometidos com a confidencialidade; (iii) o processador tomará todas as medidas exigidas em relação à segurança do processamento; (iv) o processador só contratará subprocessadores com autorização do controlador; (v) o processador pode excluir ou devolver todos os dados pessoais, a depender da orientação do controlador, ao fim do contrato; (vi) condições na hipótese de encerramento do contrato; e (vii) auditoria e fiscalização.

Dito isso, destacaremos as sugestões de alguns autores para um conteúdo mínimo de disposições contratuais a serem inseridas em um Acordo de Processamento de Dados. Jeewon Kim Serrato and Justin B. Weiss¹⁴⁵, ao abordarem o tema das disposições comuns a este tipo contratual, sob égide do GDPR, sugerem a adoção das seguintes cláusulas: “(i) Partes contratantes; (ii) Definições; (iii) Conflitos; (iv) Especificação da natureza do tratamento dos dados; (v) Funções e responsabilidades das partes contratantes; (vi) Confidencialidade;

¹⁴⁴ Disponível em: <https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-data-protection/guide-to-the-general-data-protection-regulation-gdpr/accountability-and-governance/contracts/> Acesso em 02.02.2023.

¹⁴⁵ No original: “(i) *Contracting parties*; (ii) *Definitions and subject matters*; (iii) *Conflicts*; (iv) *Specifying the nature of the data processing*; (v) *Roles and responsibilities of the contracting parties*; (vi) *Confidentiality*; (vii) *Rights of data subjects*; (viii) *Other assistance*; (ix) *Contact points*; (x) *Return or destruction of data*; (xi) *Choice of law*” SERRATO, Jeewon, Kim; WEISS, Justin B. Chapter 3 – Common References in a Data Processing Agreement. In: WEISS, Justin B. (org.). *Data Processing Agreements – Coordination, Drafting & Negotiation*. Porthmount: IAPP, 2019.

(vii) Direitos dos titulares dos dados; (viii) Outras previsões; (ix) Contatos; (x) Devolução ou destruição de dados; (xi) Escolha da legislação aplicável”. Já Monica Kwiatkowsk¹⁴⁶, também fundada no regramento europeu, traz as seguintes sugestões de cláusulas essenciais para um Acordo de Processamento de Dados: (i) Determinar o papel de cada parte; (ii) Transferências Internacionais de Dados; (iii) Compartilhamento de dados com subprocessadores de dados; (iv) Prazos de notificação; (v) Auditoria; (vi) Responsabilidade.

Estabelecidas essas bases, é possível pontuar, que, no Brasil, um Acordo de Processamento de Dados deve observar, não só a boa-fé, como os princípios atinentes ao tratamento de dados, previstos no artigo 6º da LGPD, os direitos dos titulares de dados, presentes no artigo 18, bem como ao princípio da responsabilização e prestação de contas, inserido no inciso X do citado artigo 6º. Importante que as partes prevejam no contrato, ainda, uma cláusula que trate das obrigações das partes, bem como disposição específica acerca da alocação de responsabilidades.¹⁴⁷

Carla Segala Alves, Guilherme Berti de Campos Guidi e Paulo Eduardo de Campos Lilla¹⁴⁸ sugerem como cláusulas principais de um DPA: (i) Posição das partes e descrição dos dados e do tratamento objeto do contrato; (ii) Segurança e requisitos técnicos; (iii) Respostas a incidentes; (iv) Exercício de direitos; (v) Responsabilidade e indenizações; e (vi) Direito de auditoria.

Já Ana Carolina Paes de Mello¹⁴⁹, de forma mais detalhada, sustenta que é recomendável constar de um DPA as seguintes previsões: (i) Quais as informações que serão processadas; (ii) Por quanto tempo as informações serão processadas; (iii)

¹⁴⁶ No original: (i) *Determining each party's role*; (ii) *International Data transfers*; (iii) *Sharing data with data sub-processors*; (iv) *Notification timeframes*; (v) *Audit*; (vi) *Liability*. KWIATKOWSKA, Monica. *Negotiating a data processing agreement: a practical perspective*. 181-190. Derecom, 27, P. 182. Disponível em: <http://www.derecom.com/secciones/articulos-de-fondo/item/377-negotiating-a-data-processing-agreement-a-practical-perspective> Acessado em 02.02.2023.

¹⁴⁷ ALVES, Carla Segala, GUIDI, Guilherme Berti de Campos, LILLA, Paulo Eduardo de Campos. Contratos e cláusulas em proteção de dados. In: OPICE BLUM, Renato. *Proteção de dados: desafios e soluções na adequação à lei*. Alessandra Borelli Vieira ... [et al.]; organização Renato Müller da Silva Opice Blum. – 2 ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2021. Pp. 127-128.

¹⁴⁸ ALVES, Carla Segala, GUIDI, Guilherme Berti de Campos, LILLA, Paulo Eduardo de Campos. Contratos e cláusulas em proteção de dados. In: OPICE BLUM, Renato. *Proteção de dados: desafios e soluções na adequação à lei*. Alessandra Borelli Vieira ... [et al.]; organização Renato Müller da Silva Opice Blum. – 2 ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2021. Pp. 130-139.

¹⁴⁹ MELLO, Ana Carolina Paes de. *A importância do data processing agreement na vigência da LGPD*. Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-importancia-do-data-processing-agreement-na-vigencia-da-lgpd-01072019> Acessado em 12.01.2023.

Por que a informação será processada; (iv) Direitos e responsabilidades do controlador e operador; (v) Que o operador só deve agir de acordo com as instruções escritas do controlador; (vi) Que o processamento de dados é feito de forma confidencial; (vii) Que há medidas de segurança adequadas em vigor durante cada etapa do tratamento de dados; (viii) Que suboperadoras só podem ser usados com o conhecimento e o consentimento do controlador de dados; (ix) Que controladores de dados e operadoras devem trabalhar juntos para resolver solicitações de acesso; (x) Que os dados deverão ser apagados ou devolvidos ao final do contrato, de acordo com a decisão do controlador; (xi) Controladores de dados e operadores devem trabalhar juntos para proteger os direitos e a privacidade dos titulares de dados e cooperar com a autoridade nacional quando requerido um relatório de impacto; (xii) Operadores devem informar os controladores sobre violações de dados assim que cientes; (xiii) Os operadores devem auxiliar os controladores nas avaliações de impacto da proteção de dados, quando aplicável; (xiv) Os operadores devem apagar ou devolver as informações pessoais do controlador após a conclusão do contrato; (xv) Tanto os controladores quanto os processadores devem estar preparados para auditorias ou inspeções e ajudar uns aos outros conforme necessário para demonstrar a conformidade; (xvi) Operadores e controladores devem estar atentos a quaisquer práticas que quebrem a conformidade com a lei e notifiquem o outro para que as correções possam ser feitas; (xvii) Deverá ser indicado o encarregado pela proteção de dados (DPO), nomeado conforme requerido por lei; (xviii) O controlador e o operador deve manter registros da atividade de processamento, principalmente quando baseado em legítimo interesse; e (xix) Quais serão as medidas tomadas por todas as partes no caso de um vazamento de dados.

Deve ficar registrado, contudo, que estas sugestões não constituem um rol exaustivo das disposições que um DPA pode conter, uma vez que cada contrato deve ser pensado e adequado aos dados pessoais que serão objeto de tratamento de acordo com suas especificidades.

Assim, a autonomia negocial, complementando a regulação estatal, confere aos agentes de tratamento de dados a possibilidade de fixar regras individualizadas e próprias à posição que cada uma das partes irá assumir em um DPA.

Tendo em vista o escopo do presente trabalho, será abordada no próximo capítulo, a cláusula limitativa do dever de indenizar inserida no bojo de um Acordo de Processamento de Dados Pessoais.

2 A Cláusula Limitativa do Dever de Indenizar

2.1 Aspectos gerais

A cláusula de não indenizar aparece como mecanismo de alocação de riscos a ser manejado pelas partes¹⁵⁰ ainda no século XIX¹⁵¹. Foi neste período em que se desenvolveu de forma mais contundente, sobretudo em razão da intensificação do processo de industrialização que a sociedade enfrentou naquele período, culminando em uma massificação da oferta de bens e serviços no mercado e, com ela, a popularização dos contratos de adesão.¹⁵²

As cláusulas de não indenizar, então, passaram a figurar como elemento adotado com mais intensidade nos contratos de adesão, onde o contratante anui às condições gerais pré-fixadas pelo fornecedor de bens e serviços, de maneira que essas convenções, nas palavras de Antônio Pinto Monteiro, “são o conteúdo

¹⁵⁰ Registre-se, aqui, afirmação de Ana Prata acerca dos contratos onde a utilização desta convenção se mostra recorrente: “Nos estudos jurídicos é indiscutivelmente aos contratos de transporte que mais comumente as cláusulas de irresponsabilidade ou de limitação da responsabilidade são ligadas na sua origem. PRATA, Ana. *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual*. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2020. p. 24. No mesmo sentido, José Aguiar Dias: “O terreno predileto da cláusula de irresponsabilidade é o contrato de transporte.” DIAS, José de Aguiar. *Cláusula de não indenizar*: (chamada cláusula de irresponsabilidade). 2ª edição. Rio de Janeiro, Revista Forense, 1955. p.149. Sobre as razões determinantes para que a doutrina e a jurisprudência dos países em geral demandem tanta atenção a cláusulas de não indenizar inseridas nestes contratos, verificar as considerações de Ana Prata. In: PRATA, Ana. *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual*. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2020. pp. 26-30.

¹⁵¹ “Temporalmente reconduzidas a esta época, o surgimento no princípio do século XIX das cláusulas de exclusão ou limitação da responsabilidade e a sua multiplicação no decurso dele são evidentemente explicados pelo facto de elas responderem a uma necessidade do processo de industrialização, de segurança na exploração económica de inúmeras actividades, criadoras de vastos riscos e de consequentes custos de responsabilidades insuportáveis pela maior parte das empresas. O desenvolvimento económico determinou, pois, numa época em que o seguro não constituía ainda solução para ocorrer a todos os riscos empresariais que os empresários procurassem este instrumento de auto-protecção que era a exclusão da sua responsabilidade pelos danos causados no exercício de actividades, cujos meios técnicos eram incipientes e que os homens controlavam com dificuldade. O esforço do desenvolvimento tem, pois, um custo que se redistribui socialmente por esta forma, tornando os beneficiários e utentes (mas não só: também os próprios trabalhadores) dos bens e serviços produzidos partícipes no risco criado, até que tal redistribuição seja viabilizada, como regra, pelo mecanismo do seguro.” PRATA, Ana. *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual*. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2020. pp. 23-24.

¹⁵² “A dinamização do tráfico negocial, aliada à propagação dos riscos e danos da civilização industrial, contribuiu decisivamente para a multiplicação de cláusulas tendentes a limitar, ou mesmo a excluir, a responsabilidade, sobretudo quando as modernas técnicas de produção e distribuição em massa de produtos e serviços passaram a servir-se dessa correspondente técnica negocial da empresa, os contratos de adesão.” MONTEIRO, Antônio Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. 3ª Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2020. p. 69.

standart dos contratos *standart*. Ganham assim, na actualidade, as cláusulas limitativas e de exclusão, uma dimensão e relevo nunca atingidos.”¹⁵³

No entanto, a cláusula de não indenizar passou a ser vista sob um novo olhar a partir do arrefecimento do liberalismo, da redução da marcante incidência da autonomia privada nas relações entre os particulares, bem como de uma crescente onda de intervencionismo estatal, mais preocupado em levar a efeito a justiça social. Nas palavras de Antônio Pinto Monteiro¹⁵⁴ percebe-se uma nova visão acerca da utilização da cláusula de não indenizar:

“O crescimento da indústria e utilização generalizada dos contratos de adesão acentuaram o perigo de abuso de poder económico a imposição de cláusulas injustas aos particulares; adquiriu-se consciência de que a liberdade contratual de muitos pode ser destruída pela liberdade contratual de poucos, anulando-se a justa distribuição de riscos (*the balance of risks*) estabelecidas por lei; ganha foros de cidadania postulado da *tutela do consumidor* e, em geral, de protecção do contraente económico e socialmente débil; em suma, a necessidade de zelar pela realização de uma justiça materialmente fundada, no domínio contratual, e a dimensão social do direito, são factores que conduziram, na actualidade, a um juízo severo sobre as cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade.”

O progressivo desenvolvimento acabou por recrudescer a responsabilidade civil contratual¹⁵⁵, fruto de um largo crescimento dos contatos sociais e de um grande avanço tecnológico, o que acabou por gerar um certo receio na utilização pelos particulares dessas convenções. É neste terreno de incertezas acerca dos riscos gerados pela responsabilidade civil que José de Aguiar Dias faz importante observação sobre os caminhos que podem ser trilhados na aplicação da responsabilidade civil:

“Alargando-se por essa forma o campo de aplicação da responsabilidade civil, logicamente criaria o problema, que não tardou em apresentar-se, de atender a dois interesses opostos e equivalentes: de um lado, o de proporcionar às vítimas do

¹⁵³ MONTEIRO, Antônio Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. 3ª Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2020. P. 70.

¹⁵⁴ “MONTEIRO, Antônio Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. 3ª Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2020. pp. 74-75.

¹⁵⁵ Embora não seja o objeto do presente estudo, releva destacar a posição de Fábio Peres a respeito da aplicabilidade da cláusula de não indenizar na responsabilidade extracontratual: “Embora o campo natural de atuação das cláusulas contratuais de limitação ou exclusão do dever de reparar se restrinja à responsabilidade contratual, importa destacar, desde logo, que o seu âmbito de aplicação pode, em determinadas situações, abranger também a responsabilidade extracontratual, não obstante a estranheza inicial que essa afirmação pode eventualmente causar.” PERES, Fábio Henrique. *Cláusulas Contratuais Excludentes e Limitativas do dever de Indenizar*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 44.

dano, cada vez mais numerosas, a reparação capaz de restaurar a real ou idealmente o *status quo* desfeito pelo evento danoso; de outro, o de evitar que, por demasiado empenho em ver satisfeita a primeira preocupação, se converta o mecanismo da responsabilidade civil em processo de aniquilamento da iniciativa privada, ferindo, conseqüentemente, a própria comunidade, a quem essa atividade interessa e beneficia.”¹⁵⁶

É possível dizer que este cenário repleto de dúvidas ainda permanece nos dias atuais, sobretudo diante do nascimento dos mercados digitais, especialmente quando se fala de proteção da privacidade e dos dados pessoais. Aqui, novas questões se apresentam como provocações a serem debatidas pela doutrina e jurisprudência, sendo certo que o estudo da viabilidade da utilização da cláusula de não indenizar em contratos derivados deste novo ambiente de negócios permanece a ser um desafio, tema que será pontualmente enfrentado no terceiro capítulo deste trabalho ao abordarmos a validade de cláusula limitativa do dever de indenizar inserida no Acordo de Processamento de Dados Pessoais firmado entre o controlador e o operador de dados pessoais.

Estabelecidas, então, estas notas iniciais, é relevante trazer ao debate a discussão acerca da terminologia¹⁵⁷ empregada para designar estas convenções. Esta questão passará pela análise do próprio objeto da cláusula de não indenizar, ou seja, a definição do limite que pode alcançar esta convenção.

A partir da leitura das obras que tratam do tema, percebe-se que alguns autores, sobretudo os portugueses¹⁵⁸, se referem a essa cláusula como “exonerativa de responsabilidade”, “cláusula de irresponsabilidade” ou, ainda, “cláusula limitativa da responsabilidade”. A utilização desta nomenclatura pode vir a causar alguma confusão acerca do alcance do objeto destas avenças. Assim, é preciso estabelecer, desde já, se a cláusula de não indenizar atinge a própria responsabilidade ou apenas o dever de indenizar.

¹⁵⁶ DIAS, José de Aguiar. *Cláusula de não indenizar*: (chamada cláusula de irresponsabilidade). 2ª edição. Rio de Janeiro, Revista Forense, 1955. pp. 14-15.

¹⁵⁷ Segundo ensina Ana Prata: “As convenções que, genericamente, visam excluir ou limitar a responsabilidade do devedor, sempre que o incumprimento imputável cause danos ao credor, são, na linguagem jurídica, objecto de designações variadas, reflectindo, de algum modo, esta incerteza terminológica divergências quanto à sua concepção e a ela se associando, em boa parte, as dúvidas existentes quanto ao respectivo âmbito de validade ou eficácia.” PRATA, Ana. *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual*. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2020. p. 17.

¹⁵⁸ A título de exemplo é possível citar: MONTEIRO, Antônio Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. 3ª Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2020. PRATA, Ana. *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual*. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2020.

Para analisar este ponto, é importante estabelecer como premissa que a cláusula de não indenizar decorre de manifestação de vontade das partes, afastando-se, assim, das excludentes legais de responsabilidade civil¹⁵⁹ e, também, das causas legais que exoneram ou restringem o dever de indenizar¹⁶⁰, figuras estas que não fazem parte do objeto deste trabalho e, por esta razão, deixarão de ser analisadas.

Em sendo assim, é possível concluir que a responsabilidade, ao menos no Brasil, somente pode ser afastada pela lei, de forma que um acordo entre partes não teria o condão de atingir este resultado¹⁶¹. Assim, assevera Sérgio Cavalieri Filho “A cláusula [de não indenizar] não exime da responsabilidade, não afasta o dever de indenizar, nem elide a obrigação; afasta, apenas, a indenização, a reparação do dano (...).”¹⁶² No mesmo sentido as valiosas lições de Aguiar Dias sobre o tema:

“(...) ninguém pode deixar de ser responsável, porque a responsabilidade corresponde, em ressonância automática, ao ato ou fato jurídico. Produzido este, a responsabilidade do agente a quem se liga será uma realidade. A cláusula não suprime a responsabilidade, porque não a pode eliminar, como não se elimina o eco. O que se afasta é a obrigação derivada da responsabilidade, isto é, a reparação.[...]

Compreende-se que seja declarado irresponsável, isto é, sem responsabilidade, quem pratica um delito em legítima defesa. É a lei que o estabelece. Mas a convenção não o pode fazer. Não é lícito às partes afastar a responsabilidade, isto

¹⁵⁹ Nesta hipótese, tem-se verdadeira exclusão da responsabilidade com base em expressa disposição legal. A título ilustrativo é possível citar a legítima defesa e o exercício regular do direito previstos no artigo 188 do Código Civil:

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.

Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.

¹⁶⁰ Aqui, não há que se falar em exclusão da responsabilidade, mas da diminuição do valor do montante indenizatório devido pelo responsável por força de disposição legal. A título de exemplo pode-se citar o disposto no artigo 945 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.

¹⁶¹ Como bem pontua Sérgio Cavalieri Filho: “(...) uma coisa é a obrigação, e a outra a responsabilidade. A primeira é o dever originário que tem por fonte a lei, o contrato ou a ordem jurídica; a segunda é um dever sucessivo (secundário) decorrente da violação do dever originário. Por isso, só se cogita de responsabilidade onde houver violação de um dever jurídico preexistente, uma obrigação descumprida. Pois bem, a cláusula em exame não suprime o dever primário (obrigação), nem o dever secundário (responsabilidade) consequente à violação do primeiro. Se assim não fosse, nem seria possível falar em responsabilidade. Ela apenas afasta a indenização, a reparação, o ressarcimento do dano, ou, em outras palavras, as normais consequências da inexecução de uma obrigação.” CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 6ª ed, São Paulo: Atlas. 2006. pp. 528-529.

¹⁶² CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 6ª ed, São Paulo: Atlas. 2006. p. 528.

é, estipular que uma delas não é o sujeito passivo da obrigação de reparar, e, assim, da ação de ressarcimento, pois isso escapa ao campo das suas disposições. Só lhes é permitido negociar sobre a reparação, que é consequência da responsabilidade.”¹⁶³

Fábio Henrique Peres, afirma, neste aspecto, que a autonomia da vontade pode apenas atingir algumas consequências patrimoniais derivadas do dever jurídico secundário. Assim, segundo o autor, estas convenções atingem apenas a indenização, ficando inalterada a responsabilidade em si.¹⁶⁴ Caio Mário da Silva Pereira, na mesma toada, destaca que a cláusula de não indenizar não possui o condão de eliminar a responsabilidade, mas, por outro lado, retira a obrigação dela decorrente. Assim, o devedor permanece responsável, mas está liberado de ressarcir o dano.¹⁶⁵ Letícia Marquez de Avelar, em sua obra acerca do tema, assevera que não podem as partes estipular convenção que elimine a responsabilidade decorrente da lei. Neste caso, o que é permitido é a liberação do dever de indenizar, mas jamais da própria responsabilidade.¹⁶⁶

Assim, com base nas lições acima, é possível concluir que a literatura jurídica, em geral, refuta o uso de expressões como “cláusula de irresponsabilidade”, “limitativa da responsabilidade” ou, ainda, “de não

¹⁶³ DIAS, José de Aguiar. *Cláusula de não indenizar*: (chamada cláusula de irresponsabilidade). 2ª edição. Rio de Janeiro, Revista Forense, 1955. pp. 31-32. Em linha com o pensamento de José de Aguiar Dias é possível citar, também, a lição de Caio Mario da Silva Pereira a este respeito: “Neste ponto, que é relevante, reside a sua natureza jurídica: não tem a convenção o efeito de suprimir a responsabilidade, o que em verdade não se poderia fazer, porém o de afastar a obrigação dela decorrente. Pela convenção, o devedor, que era responsável e continua responsável, exime-se de ressarcir o dano causado.” PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. v. II, 19ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.224. Na mesma linha de pensamento pode-se mencionar: AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Cláusula cruzada de não indenizar (cross-waiver of liability), ou cláusula de não indenizar com eficácia para ambos os contratantes – Renúncia ao direito de indenização – Promessa de fato de terceiro – estipulação em favor de terceiro*. Revista dos Tribunais. Ano 88. Volume nº 769. Novembro de 1999. p.105; PERES, Fábio Henrique. *Cláusulas Contratuais Excludentes e Limitativas do dever de Indenizar*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, pp. 52-53; AVELAR, Letícia Marquez de. *A Cláusula de não indenizar: uma exceção do direito contratual à regra da responsabilidade civil*. Curitiba: Juruá, 2012. pp. 47-48; BANDEIRA, Luiz Octávio Villela de Viana. *As cláusulas de não indenizar no direito brasileiro*. São Paulo: Almedina, 2016. pp. 113-116; e PEREIRA, Vinicius Martins. *Exoneração e limitação do dever de indenizar: entre riscos e equilíbrio*. Dissertação (Mestrado em Direito Civil Constitucional). Universidade do Estado do Rio de Janeiro. 2014. p.24-25. Disponível em: <http://www.bdttd.uerj.br/handle/1/9683>. Acesso em 09.05.2022.

¹⁶⁴ PERES, Fábio Henrique. *Cláusulas Contratuais Excludentes e Limitativas do dever de Indenizar*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, pp. 52-53.

¹⁶⁵ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. v. II, 19ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.224

¹⁶⁶ AVELAR, Letícia Marquez de. *A Cláusula de não indenizar: uma exceção do direito contratual à regra da responsabilidade civil*. Curitiba: Juruá, 2012. pp. 47.

responsabilidade”¹⁶⁷. Em sendo assim, no presente trabalho, serão utilizadas as expressões “cláusulas contratuais limitativas e excludentes do dever de indenizar” ou, genericamente, “cláusula de não indenizar”¹⁶⁸, bem como suas variantes.

É preciso esclarecer, antes de prosseguir, que o inadimplemento possui consequências não abarcadas pela cláusula limitativa ou excludente do dever de indenizar. Tendo em vista que o campo de incidência da cláusula de não indenizar é restrito à esfera patrimonial, seus efeitos recaem apenas sobre o dever de indenizar, razão pela qual não afeta as demais repercussões lógicas do inadimplemento contratual, assim como as demais garantias que lhe são atribuídas para fazer valer sua posição jurídica. Deste modo, a estipulação desta modalidade de ajuste não traz consigo como consequência o desamparo do credor quando verifica a inexecução da obrigação. O credor conserva, mesmo diante da presença desta estipulação, faculdades que asseguram seus interesses. Neste sentido, vale destacar as palavras de Fábio Peres ao abordar o tema:

“De fato, embora possa estar materialmente mitigada ou excluída a legitimidade de pleitear perdas e danos, o ordenamento permanece tutelando a posição jurídica do credor, outorgando-lhe outros meios e mecanismos eficazes – seja através da execução específica, das *astreintes*, da invocação da cláusula resolutiva expressa ou tácita ou, ainda, mediante a exceção do contrato não cumprido ou no exercício de eventual direito de retenção – para buscar a plena consecução do seu crédito.”¹⁶⁹

¹⁶⁷ Importante destacar a ponderação suscitada por Luiz Octávio Villela de Viana Bandeira a este respeito: “Em uma primeira constatação, é importante dizer que os autores que se referem a tais termos não estão, em princípio, totalmente equivocados, porquanto a grande maioria realmente está atenta à diferença existente entre o dever de indenizar e responsabilidade contratual – diferença da parte em relação ao todo –, embora ainda optem por fazer referência à “responsabilidade” à designação que dão à figura. Ademais, de um ponto de vista geral, nos parece muito preciosismo apontar o total equívoco da denominação, ainda que, do ponto de vista do rigor metodológico, seja possível dar razão por seus fundamentos àqueles que preferem exclusivamente a denominação de “cláusula de limitação do dever de indenizar” ou “cláusula de não indenizar”. Por outro lado, se é verdade que a cláusula retira um dos efeitos jurídicos da responsabilidade, por que não seria possível dizer que, de um modo geral, tal avença não seria um verdadeiro limite à responsabilidade?” BANDEIRA, Luiz Octávio Villela de Viana. *As cláusulas de não indenizar no direito brasileiro*. São Paulo: Almedina, 2016. p. 114.

¹⁶⁸ O termo mencionado possui a vantagem de abarcar tanto a hipótese de limitação parcial como a de inexistência do dever de indenizar.

¹⁶⁹ PERES, Fábio Henrique. *Cláusulas Contratuais Excludentes e Limitativas do dever de Indenizar*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, pp. 62-63. Vale destacar, também, a lição de Diana Paes Loureiro: “(...) eis que as convenções apenas limitariam ou excluiriam a reparação por perdas e danos, permanecendo hígidos outros efeitos do inadimplemento, como a execução específica, exceção do contrato não cumprido, direito de retenção e direito de resolução, o que justificaria a validade dos ajustes de não indenizar.” CASTRO, Diana Loureiro Paiva de. *Potencialidades funcionais das cláusulas de não indenizar: releitura dos requisitos de validade*. Dissertação (Mestrado em Direito Civil Constitucional). Universidade do Estado do Rio de Janeiro. 2018. p.33. Disponível em: <http://www.bdttd.uerj.br/handle/1/9871>.

Estabelecido, assim, que a cláusula de não indenizar incide apenas sobre o dever de indenizar e que sua estipulação não atinge os demais efeitos da inexecução da obrigação, já é possível passar a abordar o seu conceito, não sem antes fazer uma pequena observação de cunho prático.

Conforme alerta Antônio Pinto Monteiro, citando Manuel García Amigo, “a variedade que estas cláusulas podem assumir é ‘quase infinita’.” O autor português prossegue o raciocínio inspirado nas lições do autor espanhol:

“Na verdade, nas palavras deste autor, ‘o engenho dos empresários mostra a sua exuberante fantasia, criando uma riqueza extraordinária de cláusulas contratuais, com o fim último de fazer recair sobre os credores, clientes, os prejuízos que a lei, através da responsabilidade contratual, põe a seu cargo’, pelo que conclui, pretender uma classificação completa de todas essas cláusulas seria *um empeño inalcanzable*”.¹⁷⁰

Diante disto, resta evidenciada a grande dificuldade da doutrina em fixar um conceito para a cláusula de não indenizar, sendo possível pensar até mesmo em uma falta de utilidade do estabelecimento de um conceito monolítico desta modalidade de ajuste.

Na monografia de José de Aguiar Dias, referência no estudo do tema, o autor adota a definição de Felix Cluzel que assim define esta avença: “(...) são as convenções pelas quais o devedor eventual de uma obrigação de indenizar obtém do credor eventual da mesma obrigação a renúncia à ação de perdas e danos”.¹⁷¹

É de se notar que a definição apresentada por Felix Cluzel, como reconhecido por parte da doutrina¹⁷², peca ao estabelecer que haveria uma suposta renúncia à ação de perdas e danos. No entanto, neste caso, abdica-se da reparação por perdas e danos e não do próprio direito de ação.

Antônio Pinto Monteiro, em obra posterior a de José de Aguiar Dias, apresenta o seu conceito: “(...) estipulações negociais destinadas a excluir ou

¹⁷⁰ *Apud* MONTEIRO, Antônio Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. 3ª Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2020. p. 103. Seguindo raciocínio similar Wanderley Fernandes: “(...) entendemos que a realidade e a criatividade nos negócios decerto poderão trazer novas condições ou termos que não mais caberão em uma fórmula, devendo o advogado ou jurista dedicar-se mais à compreensão do que à definição abstrata de fenômenos jurídicos.” FERNANDEZ, Wanderley. *Cláusulas de Exoneração e de limitação de responsabilidade*. Versão Digital. 2012. p. 75.

¹⁷¹ *Apud* DIAS, José de Aguiar. *Cláusula de não indenizar: (chamada cláusula de irresponsabilidade)*. 2ª edição. Rio de Janeiro, Revista Forense, 1955. p. 30.

¹⁷² Neste sentido consultar FERNANDEZ, Wanderley. *Cláusulas de Exoneração e de limitação de responsabilidade*. Versão Digital. 2012. p. 74.

limitar, em certos termos, mediante acordo prévio das partes, a responsabilidade em que, doutra forma, o devedor incorreria, pelo não cumprimento (cumprimento defeituoso ou mora) das suas obrigações”.¹⁷³

Em que pese a referência à responsabilidade e não ao dever de reparar, bem como uma aparente restrição à incidência da responsabilidade contratual (“mediante acordo prévio das partes”), pode-se dizer que a definição proposta pelo autor português, como assinala Wanderley Fernandez, “apresenta o mérito de afastar a confusão com a figura da transação, por deixar evidente que o acordo é anterior à ocorrência do dano e também é suficientemente ampla para acolher diversos modos (“em certo termos”) pelos quais as partes podem excluir ou limitar a responsabilidade pelo inadimplemento.”¹⁷⁴

Neste trabalho, apesar da observação feita acima quanto ao risco de se estabelecer um conceito definitivo para a cláusula de não indenizar, adota-se a definição proposta por Wanderley Fernandes: “convenções pelas quais as partes, em certos termos, previamente à ocorrência de um dano, excluem o dever de indenizar ou estabelecem limites, fixos ou variáveis, ao valor da indenização”.¹⁷⁵ No entanto, é válido dizer que o autor faz ressalva à utilidade de sua própria conceituação, uma vez que afirma que a evolução do ambiente social e negocial pode levar a criação de novas categorias que não se enquadrarão em um parâmetro preestabelecido, de forma que cabe ao operador do direito se ater à compreensão deste instituto e não uma formulação abstrata do mesmo.¹⁷⁶

A partir da definição acima, é possível concluir que a cláusula de não indenizar é gênero do qual decorrem duas espécies, a cláusula exoneratória do dever de indenizar e a convenção limitativa do dever de indenizar, esta última objeto do presente trabalho. A terminologia utilizada não possui mero caráter formal, mas traz em si uma distinção conceitual entre as espécies da cláusula de não indenizar.

É importante destacar, aqui, as diferenciações quantitativas e qualitativas entre as cláusulas exoneratórias e convenções limitativas do dever de indenizar. No

¹⁷³ MONTEIRO, Antônio Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. 3ª Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2020. p. 100.

¹⁷⁴ FERNANDEZ, Wanderley. *Cláusulas de Exoneração e de limitação de responsabilidade*. Versão Digital. 2012. p. 74.

¹⁷⁵ FERNANDEZ, Wanderley. *Cláusulas de Exoneração e de limitação de responsabilidade*. Versão Digital. 2012. p. 74.

¹⁷⁶ FERNANDEZ, Wanderley. *Cláusulas de Exoneração e de limitação de responsabilidade*. Versão Digital. 2012. p. 75.

que se refere ao critério quantitativo, tem-se que a cláusula de perfil limitativo restringe o dever de indenizar, estabelecendo o montante máximo da indenização devida, enquanto o ajuste exoneratório elimina a reparação por perdas e danos.

Já em relação ao critério qualitativo, estas convenções, perante o ordenamento jurídico pátrio, não são apreciadas de forma indistinta, o que evita uma abordagem genérica destes ajustes.¹⁷⁷ É possível destacar, a título de exemplo, a regra disposta no artigo 51, I do Código de Defesa do Consumidor¹⁷⁸, que autoriza a limitação do dever de indenizar em hipóteses justificáveis, uma vez que se trate de consumidor pessoa jurídica, sendo certo que a exclusão do dever de reparar é vedada tanto nesta hipótese como nos casos envolvendo consumidor pessoa física¹⁷⁹. Logo, é preciso, no caso concreto, avaliar a estipulação de cada uma destas convenções para que se possa estabelecer a disciplina aplicável.

Estabelecida, assim, a necessidade de diferenciar estes ajustes, é preciso estabelecer os critérios a serem seguidos para a condução desta tarefa, sem qualquer apego a nomenclatura adotada pelas partes no pacto, levando em conta, apenas, o teor da convenção. Diana Loureiro Paiva de Castro propõe, então, que sejam adotados três parâmetros para realizar esta distinção: (i) verificação da motivação para o recebimento do montante pecuniário pelo credor, ou seja, se este se refere a exata prestação devida, no equivalente ao devido, na restituição do que já foi cumprido ou em reparação por perdas e danos; (ii) análise minuciosa do contexto fático, o que leva ao intérprete definir se se trata de cláusula limitativa ou convenção exoneratória em momento posterior, impedindo, assim, que se faça um juízo *a priori* ou em abstrato; e (iii) avaliação do equilíbrio da relação engendrada entre as partes, pois mesmo que a indenização a ser paga a título de perdas e danos não seja

¹⁷⁷ A este respeito, vale destacar as palavras de Antônio Pinto Monteiro: “Parece, no entanto, de realçar, no plano dos princípios, uma diferença (de certo modo) qualitativa, que poderá obstar a uma visão da cláusula limitativa meramente como um *minus* em relação à cláusula de exclusão.” MONTEIRO, Antônio Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. 3ª Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2020. p. 176.

¹⁷⁸ Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: I - impossibilitem, exonerem 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;

¹⁷⁹ Destaca-se, também, a previsão disposta no artigo 734 do Código Civil que autoriza a previsão de cláusula de perfil limitativo, mas veda as exoneratórias do dever de indenizar: 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.

equivalente a zero, a convenção poderá ser considerada de perfil exoneratório, caso o montante indenizatório fixado como limite seja ínfimo, evitando, assim, a fraude à lei.¹⁸⁰

O primeiro critério apontado acima se refere a atenta verificação do motivo pelo qual o credor irá receber determinada quantia pecuniária. Para a autora, não é suficiente o entendimento de que em razão da convenção exoneratória o credor nada receberá, enquanto no ajuste limitativo algum valor lhe é devido. Assim, mesmo em caso de ajuste exoneratório, o credor ainda terá direito ao recebimento de algum montante pecuniário, como, em caso de atraso (mora), à exata prestação devida, e na hipótese de inadimplemento absoluto, do valor correspondente à prestação restitutória, se efetivado o direito à resolução, ou do relativo ao equivalente da prestação devida, em caso de o credor optar pela execução.¹⁸¹

Assim, caso uma cláusula de não indenizar preveja, na hipótese de inadimplemento absoluto, que o credor somente terá direito ao reembolso do valor já pago ou o equivalente da contraprestação. Neste cenário, embora seja devido algum montante em virtude do descumprimento, o ajuste fixado é de perfil excludente. Na prática, o valor recebido pelo credor irá derivar da pretensão restitutória ou equivalente e não do dever de indenizar.¹⁸²

O segundo critério proposto pela autora diz respeito à necessidade de verificar os danos que foram efetivamente causados e de sua confrontação com a cláusula de não indenizar, de modo que a designação da convenção seja feita a posteriori, sendo certo que ainda dependerá dos efeitos concretamente produzidos. Assim, a qualificação do ajuste não deve ser feita de forma antecipada ou em abstrato. Diana Loureiro Paiva de Castro traz um exemplo bastante didático para elucidar este parâmetro de caracterização da cláusula de não indenizar: Uma vez que se limite o dever de reparar os danos emergentes no valor de 100 unidades,

¹⁸⁰ CASTRO, Diana Loureiro Paiva de. *Potencialidades funcionais das cláusulas de não indenizar: releitura dos requisitos de validade*. Dissertação (Mestrado em Direito Civil Constitucional). Universidade do Estado do Rio de Janeiro. 2018. p. 45. Disponível em: <http://www.bdttd.uerj.br/handle/1/9871>.

¹⁸¹ CASTRO, Diana Loureiro Paiva de. *Potencialidades funcionais das cláusulas de não indenizar: releitura dos requisitos de validade*. Dissertação (Mestrado em Direito Civil Constitucional). Universidade do Estado do Rio de Janeiro. 2018. p. 45. Disponível em: <http://www.bdttd.uerj.br/handle/1/9871>.

¹⁸² CASTRO, Diana Loureiro Paiva de. *Potencialidades funcionais das cláusulas de não indenizar: releitura dos requisitos de validade*. Dissertação (Mestrado em Direito Civil Constitucional). Universidade do Estado do Rio de Janeiro. 2018. p. 45. Disponível em: <http://www.bdttd.uerj.br/handle/1/9871>.

excluindo-se a indenização por lucros cessantes, a cláusula será limitativa se foram causados danos emergentes no montante de 200 unidades. Por outro lado, a cláusula terá um perfil exoneratório caso forem causados apenas lucros cessantes e não terá implicação prática na hipótese de serem produzidos danos emergentes no montante de 50 unidades.¹⁸³

O terceiro parâmetro trazido pela autora diz respeito à análise do equilíbrio da relação travada entre as partes, já que a indenização por perdas e danos estabelecida em valor irrisório equivale a própria exoneração do dever de indenizar. Caso contrário, afirma a autora, bastaria que o credor estabelecesse a cláusula limitativa, em um valor simbólico, para atingir a finalidade vedada por lei para os casos em que se proíbe a previsão de cláusula de exoneração do dever de reparar.^{184/185}

Somados a estes critérios acima destacados, importa chamar a atenção, ainda, para o fato de que na hipótese de previsão de cláusula exoneratória do dever de indenizar haverá uma verdadeira exceção ao princípio da reparação integral – de acordo com os artigos 402¹⁸⁶ e 944¹⁸⁷ do Código Civil –, enquanto o ajuste limitativo apenas restringe esse princípio.

É possível, ademais, ressaltar, sob a ótica da alocação de riscos em instrumento contratual, observar que a cláusula exoneratória implica na

¹⁸³ CASTRO, Diana Loureiro Paiva de. *Potencialidades funcionais das cláusulas de não indenizar: releitura dos requisitos de validade*. Dissertação (Mestrado em Direito Civil Constitucional). Universidade do Estado do Rio de Janeiro. 2018. p. 45-46. Disponível em: <http://www.bdt.d.uerj.br/handle/1/9871>.

¹⁸⁴ CASTRO, Diana Loureiro Paiva de. *Potencialidades funcionais das cláusulas de não indenizar: releitura dos requisitos de validade*. Dissertação (Mestrado em Direito Civil Constitucional). Universidade do Estado do Rio de Janeiro. 2018. p. 46. Disponível em: <http://www.bdt.d.uerj.br/handle/1/9871>.

¹⁸⁵ Vale citar, aqui, a lição de Aguiar Dias: “As cláusulas limitativas são de uso freqüente nos transportes. Consistem, comumente, na fixação, à *forfait*, de soma determinada, para construir a indenização, em caso de perda, extravio, avaria ou atraso. Apesar da aceitação que lograram na doutrina e na jurisprudência, não temos dúvida em sustentar a sua nulidade, quando a soma arbitrariamente fixada resulte em verdadeira lesão para o credor, principalmente quando se trata de transporte, cujo contrato geralmente é de natureza a excluir a liberdade de discussão por parte do interessado no serviço. Tudo está, como insistentemente mostramos, a propósito da cláusula de irresponsabilidade, na verificação das condições de validade dos contratos em geral. Faltando-lhe o requisito exigido pela seriedade ou razoabilidade, a convenção é nula. Quando a cláusula limitativa é voluntariamente calculada em soma sistematicamente inferior ao dano eventual, dissimulada fraude e deve ser declarada nula.” DIAS, José de Aguiar. *Cláusula de não indenizar*: (chamada cláusula de irresponsabilidade). 2ª edição. Rio de Janeiro, Revista Forense, 1955. p. 117.

¹⁸⁶ Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

¹⁸⁷ Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano. Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

transferência total do risco contratual do devedor ao credor, enquanto a convenção limitativa resultaria em um compartilhamento dos riscos entre os contratantes, conforme aponta Wanderley Fernandez.¹⁸⁸

Expostas, então, as principais diferenças entre os ajustes limitativos e exoneratórios do dever de reparar, é relevante destacar que a cláusula de não indenizar é instrumento manejado para minimizar os riscos econômicos atrelados às atividades empreendidas por aqueles que contratam.¹⁸⁹

Ocorre, no entanto, que os sujeitos interessados não fazem uso apenas da cláusula de não indenizar para este fim. Outros institutos são utilizados pelos contratantes com o objetivo de amenizar o risco que envolve o pagamento de indenizações¹⁹⁰, como a cláusula penal e o seguro de responsabilidade civil.¹⁹¹

Não obstante certas semelhanças, não é possível negar a autonomia das cláusulas contratuais exoneratórias e limitativas do dever de reparar, em face de outros institutos similares¹⁹². Em sendo assim, levando em conta o objeto do presente trabalho, passa-se ao cotejo entre a cláusula de não indenizar e a cláusula penal, sem, contudo, a pretensão de esgotar o tema.

A cláusula penal pode ser definida como “uma obrigação acessória, que passa a integrar o regulamento contratual com dupla finalidade: pré-fixar as perdas e danos em caso de inadimplemento obrigacional e servir de instrumento de reforço

¹⁸⁸ FERNANDES, Wanderley. *Cláusulas de Exoneração e de limitação de responsabilidade*. Versão Digital. 2012. p.78.

¹⁸⁹ Como bem assevera Ana Prata: “os sujeitos jurídicos só aceitam contratar na medida em que possam utilizar mecanismos de afastamento das eventuais consequências econômicas, crescentemente gravosas, do seu incumprimento.” PRATA, Ana. *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual*. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2020. p. 15.

¹⁹⁰ A este respeito, cita-se a consideração de Antônio Pinto Monteiro: “a imaginação das partes leva-as frequentemente a adotar mecanismos diversos, mas conducentes ao mesmo resultado prático das cláusulas de irresponsabilidade, procurando assim ladear obstáculos legais erguidos a esta.” MONTEIRO, Antônio Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. 3ª Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2020. p. 116.

¹⁹¹ Importa destacar relevante passagem da obra de Aguiar Dias sobre o tema: “Aí estão, cada qual a desenvolver-se conforme as suas possibilidades na vida econômica e social, quatro fórmulas de equilíbrio entre as exigências da reparação e as da conservação da atividade responsabilizada [cláusula penal, seguro de responsabilidade civil, cláusula limitativa e cláusula excludente do dever de indenizar]. Com o tempo, mais e mais se vai diluindo a afinidade que a inspiração original lhes imprimiu, pois, dilatando-se em quadros autônomos, tendem a sistemas distintos.” DIAS, José de Aguiar. *Cláusula de não indenizar*: (chamada cláusula de irresponsabilidade). 2ª edição. Rio de Janeiro, Revista Forense, 1955. p. 16.

¹⁹² Neste sentido, Luiz Octávio Villela de Viana Bandeira: “Ainda que seja possível identificar algumas semelhanças no plano do resultado prático da efetivação de tais cláusulas, as duas figuras possuem diferenças tanto do ponto de vista estrutural como funcional, que merecem ser devidamente apontadas.” BANDEIRA, Luiz Octávio Villela de Viana. *As cláusulas de não indenizar no direito brasileiro*. São Paulo: Almedina, 2016. p. 234.

do vínculo contratual, para compeli-lo a dar pleno e exato cumprimento ao disposto no contrato.”¹⁹³ ¹⁹⁴ A praxe contratual demonstra que, na maioria dos casos, a prestação estipulada é um montante em dinheiro, apesar de ser possível, ao menos do ponto de vista teórico, a admissão de as partes convencionarem prestações de dar, fazer ou não fazer.¹⁹⁵

Antes de iniciar a apontar as distinções existentes entre os institutos sob exame, releva destacar as similaridades existentes entre eles.

A cláusula penal, de acordo com Fábio Henrique Peres, é o instituto que mais se aproxima da cláusula limitativa do dever de indenizar, já que “(...) ambos se projetam sobre o momento patológico de determinada obrigação, intentando traçar, cada qual ao seu modo, regras específicas que delimitem previamente o dever de reparar (...)”.^{196/197} Menciona o autor, ainda, baseado nas lições de Aguiar Dias, ser neste ponto que se encontra a maior equivalência entre as cláusulas contratuais limitativas e excludentes do dever de reparar e a cláusula penal, ou seja, a eliminação da incerteza da liquidação, o que evitaria surpresas a respeito das implicações que estejam além ou aquém do inadimplemento¹⁹⁸.

Destaca-se, também, o caráter acessório das duas modalidades de convenção, em que pese o entendimento de alguns autores no sentido de que a

¹⁹³ TEPEDINO, Gustavo. BARBOZA, Heloisa Helena. MORAES, Maria Celina Bodin. Código Civil interpretado conforma a Constituição da República – vol. I – 3ª ed. ver. e atual. Rio de Janeiro, Renovar, 2014. p. 750.

¹⁹⁴ Mencione-se, também, a definição de cláusula penal proposta por Antônio Pinto Monteiro: “Cláusula penal é a estipulação mediante a qual as partes convencionam antecipadamente – isto é, antes de ocorrer o facto constitutivo da responsabilidade – uma determinada prestação, normalmente uma quantia em dinheiro, que o devedor deverá satisfazer ao credor em caso de não cumprimento, ou de não cumprimento perfeito (*máxime*, em tempo) da obrigação.” MONTEIRO, Antônio Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. 3ª Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2020. p. 136.

¹⁹⁵ Neste sentido, Ana Prata afirma a respeito da cláusula penal: “Convenção que, aposta a uma obrigação, tem por objecto a fixação de uma prestação (usual, mas não forçosamente, de um quantitativo em dinheiro) a realizar pelo devedor – ao credor ou até a um terceiro – no caso de não cumprimento imputável da obrigação principal (...)”. PRATA, Ana. *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual*. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2020. p. 104.

¹⁹⁶ PERES, Fábio Henrique. *Cláusulas Contratuais Excludentes e Limitativas do dever de Indenizar*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 66.

¹⁹⁷ Antônio Pinto Monteiro, neste ponto, assim assevera: “Maior interesse reveste, sem dúvida, a cláusula penal, do ponto de vista de articulação com a cláusula limitativa de responsabilidade. Há, entre ambas, como já foi aludido, afinidades e pontos de contacto vários, o que não obsta, no entanto, que sejam figuras diferentes, com finalidades e modos de actuação próprios.” MONTEIRO, Antônio Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. 3ª Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2020. pp. 135-136.

¹⁹⁸ *Apud* PERES, Fábio Henrique. *Cláusulas Contratuais Excludentes e Limitativas do dever de Indenizar*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, pp. 66-67.

cláusula de não indenizar pode ser prevista em instrumento autônomo em determinadas hipóteses.¹⁹⁹

2.2 Função

A cláusula de não indenizar é essencialmente um acordo sobre os riscos que as partes assumem ao formalizar o contrato e, assim, consequentemente, induz a um ajuste onde a parte que deveria suportar determinado risco pode vir a transferi-lo à contraparte, em maior ou menor medida, a depender da negociação engendrada. Assim, tem-se que o princípio da reparação integral pode ser excepcionado não só pela própria legislação como também pela vontade das partes.

Desta forma, é permitido às partes, desde que preenchidos determinados requisitos, adiante examinados, incluir no contrato que pretendem celebrar estipulação no sentido de restringir ou suprimir o dever de reparar²⁰⁰. Neste caso, será possível aos contratantes saber, desde a celebração do negócio, o valor máximo da indenização (ou a sua ausência no caso da cláusula excludente do dever de indenizar) na hipótese de ocorrência de inadimplemento, o que acaba por alterar,

¹⁹⁹ Segundo Fábio Peres: “De qualquer forma, independentemente se voltadas a limitar ou excluir o dever de indenizar decorrente da responsabilidade contratual ou aquiliana, as cláusulas de não indenizar deverão estar necessariamente inseridas em um negócio jurídico celebrado pelas partes interessadas, seja como uma cláusula acessória às estipulações principais, seja em um documento em separado para esse fim, desde que anterior ao eventual inadimplemento, o que não descaracterizará a sua natureza acessória.” PERES, Fábio Henrique. *Cláusulas Contratuais Excludentes e Limitativas do dever de Indenizar*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, pp. 44-45. No mesmo sentido, as palavras de Aguiar Dias: “Sendo assim, a sua construção jurídica usual é a de estipulação integrante de uma convenção, isto é, cláusula acessória de um contrato. Pode, entretanto, aparecer como ato isolado ou declaração unilateral do devedor eventual da obrigação de indenizar, de origem não contratual.” DIAS, José de Aguiar. *Cláusula de não indenizar*: (chamada cláusula de irresponsabilidade). 2ª edição. Rio de Janeiro, Revista Forense, 1955. p. 33. Chama-se a atenção, ainda, para as considerações de Wanderley Fernandes: “Em outras palavras, entendemos que as cláusulas de exoneração, ou de limitação de responsabilidade, dizem respeito a relação preexistente, seja de natureza contratual ou não – como a responsabilidade pré-contratual, as relações de vizinhança e outras hipóteses (...).” Nesse sentido, uma disposição de tal natureza poderia deixar de ser acessória a obrigações contratuais e constituir-se, inclusive, em convenção principal de instrumento firmado entre vizinhos, partes em negociação, ou qualquer outra hipótese em que seja jurídica e factualmente possível sua estipulação. FERNANDES, Wanderley. *Cláusulas de Exoneração e de limitação de responsabilidade*. Versão Digital. 2012. p. 72-73.

²⁰⁰ Antônio Pinto Monteiro assim pontuou a este respeito: “A função da cláusula de irresponsabilidade é apenas, numa palavra, de restringir ou limitar a sanção pelo não cumprimento (lato sensu) das obrigações emergentes do contrato, ao nível da respectiva indemnização, sem interferir, porém, com a exigibilidade dessas obrigações, que continua a justificar-se pelo facto de as partes, ao celebrar o negócio pretendem que os efeitos práticos sejam *juridicamente vinculativos*” vários, o que não obsta, no entanto, que sejam figuras diferentes, com finalidades e modos de actuação próprios.” MONTEIRO, Antônio Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. 3ª Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2020. P. 188.

assim, o tratamento ordinário conferido pelo Código Civil. Realiza-se, assim, a gestão positiva dos riscos do contrato.

A estipulação deste tipo de cláusula acaba por proporcionar um cenário mais seguro aos contratantes, permitindo às partes uma divisão refletida dos custos decorrentes de danos que possam vir a se concretizar, trazendo, assim, maior previsibilidade das consequências do inadimplemento. Esta previsibilidade acaba por alçar a cláusula de não indenizar a um importante meio de fomento a economia, em razão de seu efeito de promoção da atividade produtiva²⁰¹.

Além deste efeito relevante, a cláusula de não indenizar também proporciona, no trato comercial, uma destacada importância no que se refere a gestão dos riscos envolvidos no negócio. Em um cenário onde se pretende, a todo momento, reduzir ao máximo os custos envolvidos na contratação para incrementar os lucros, a estipulação da cláusula de não indenizar se mostra como um mecanismo relevante para a eficiente gestão de riscos do negócio.²⁰²

Em sendo assim, em um cenário com menores riscos, espera-se o interesse natural de novos agentes no mercado, o que acaba por induzir a uma maior concorrência entre os atores econômicos, e a consequente redução de preços, gerando, organicamente, uma ampliação do acesso aos bens e serviços e uma maior segurança jurídica. Vale destacar, aqui, as palavras de Antônio Pinto Monteiro:

“As cláusulas limitativas e de exclusão exigem, numa palavra, que se encontre um ponto de *equilíbrio* entre a liberdade individual e as necessidades sociais de proteção do lesado, entre a autonomia privada e a ordem pública, pendendo o prato da balança (isto é, um regime a favor ou, ao invés, de desconfiança) para um ou outro lado, consoante o momento histórico que se considere.”²⁰³

²⁰¹ PERES, Fábio Henrique. *Cláusulas Contratuais Excludentes e Limitativas do dever de Indenizar*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, P. 44.

²⁰² Destaca-se, aqui, as palavras de Ana Prata a respeito do tema: “A hipertrofia da responsabilidade contratual que toda esta situação envolve leva a que, frequentemente, os sujeitos jurídicos só aceitem contratar na medida em que possam utilizar mecanismos de afastamento das eventuais consequências econômicas, crescentemente gravosas, do seu incumprimento. (...) São, no essencial, meios encontrados na prática contratual para o devedor se furtar às consequências do incumprimento imputável, mantendo integral ou parcialmente o desequilíbrio patrimonial dele decorrente no património do credor.” PRATA, Ana. *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual*. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2020. pp. 15-16.

²⁰³ MONTEIRO, Antônio Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. 3ª Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2020. P. 69.

Diante desses efeitos, a cláusula de não indenizar pode permitir que negócios que seriam inexecutáveis em razão dos riscos que o circundam possam ser levados adiante.

2.3 As Cláusulas Limitativas do Dever de Indenizar

A cláusula limitativa do dever de reparar objetiva restringir o valor da indenização a ser suportada pelo devedor, permitindo, assim, que ao celebrar o contrato, as partes saibam, desde já, o montante máximo que será devido caso um dano venha a ser produzido. Assim, prevista a convenção entre os contratantes, a indenização será mensurada com base nas balizas estabelecidas pelas partes, respeitado o limite fixado, desconsiderando-se, em regra, a extensão do dano.

Importante considerar, também, o momento de incidência da cláusula limitativa do dever de indenizar, ou seja, sua ocorrência no momento patológico da relação, quando o inadimplemento já se tornou patente.²⁰⁴

Antônio Pinto Monteiro sustenta que a estipulação de limite convencional para a reparação por perdas e danos está fundada “em considerações de oportunidade, reconhecendo-se, em princípio, as vantagens – em termos de comodidade e de simplicidade na avaliação do dano e de certeza do seu montante – que uma composição voluntária de interesses, em regra proporciona.”²⁰⁵

Aguiar Dias, sobre o tema, leciona que são “estipulações pelas quais se determina antecipadamente a soma que o devedor pagará a título de perdas e danos, no caso de ser declarado responsável.”²⁰⁶

Abordados estes pontos, releva destacar que as partes ao estipularem tais convenções de perfil limitativo, desejam minorar a repercussão causada pela incidência da totalidade da indenização – evitando, assim, a incidência do princípio da reparação integral – ocorre, contudo, que este resultado pode ser alcançado por

²⁰⁴ Neste sentido, Diana Loureiro Paiva de Castro: “(...) os pactos de não indenizar e as convenções penais de perfil limitativo dizem com o momento patológico, havendo a assunção da obrigação e a limitação ou a exclusão de um dos efeitos do inadimplemento de tal dever, a reparação por perdas e danos.” CASTRO, Diana Loureiro Paiva de. *Potencialidades funcionais das cláusulas de não indenizar: releitura dos requisitos de validade*. Dissertação (Mestrado em Direito Civil Constitucional). Universidade do Estado do Rio de Janeiro. 2018. p. 134. Disponível em: <http://www.bdt.d.uerj.br/handle/1/9871>

²⁰⁵ MONTEIRO, Antônio Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. 3ª Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2020. P. 96.

²⁰⁶ DIAS, José de Aguiar. *Cláusula de não indenizar*: (chamada cláusula de irresponsabilidade). 2ª edição. Rio de Janeiro, Revista Forense, 1955. P. 113.

incontáveis maneiras. Em sendo assim, há uma variada gama de modalidades de cláusula limitativa do dever de indenizar disponíveis para o manejo das partes.²⁰⁷

A primeira modalidade que pode ser mencionada é a previsão pelas partes de uma limitação ao montante indenizatório. Este limite tanto pode ser acordado por meio da fixação de um valor fixo ou determinável quanto pela previsão de um percentual incidente sobre o montante total apurado dos danos resultantes do inadimplemento.²⁰⁸

A decorrência da previsão dessa modalidade – fixação de um teto máximo ou antecipadamente determinável – tem como benefício a conveniência de o devedor saber de antemão qual é o risco a que está submetido na contratação, uma vez que terá o conhecimento prévio do montante máximo que pagará a título indenizatório em caso de inadimplência e, assim, “manifestar de forma mais consciente a sua vontade negocial.”²⁰⁹ Deve ficar claro, aqui, que estas hipóteses não prescindem da liquidação do dano efetivamente causado²¹⁰, sendo certo que a extensão do dano só será relevante caso seja apurado que os prejuízos ocasionados são de monta inferior ao teto indenizatório inserido na estipulação das partes, ocasião em que o dano será ressarcido integralmente.²¹¹

²⁰⁷ Para um estudo aprofundado sobre as modalidades da cláusula limitativa do dever indenizar, remete-se à obra de PRATA, Ana. *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual*. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2020. pp. 86-102.

²⁰⁸ Neste sentido, Antônio Pinto Monteiro leciona: “Esse *plafond* consiste normalmente na indicação de uma certa soma pecuniária, podendo obter-se, no entanto, a limitação da indemnização por outras vias, nomeadamente através do estabelecimento de uma determinada percentagem de danos a cargo do lesante, ou através de um valor declarado, desde que, neste caso, esse valor funcione como limite máximo à indemnização. MONTEIRO, Antônio Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. 3ª Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2020. P. 105. Ana Prata complementa o ensinamento de Antônio Pinto Monteiro: “A avaliação convencional da coisa entregue e a restituir ou a declaração unilateral do seu valor, aceite pela contraparte, podem integrar-se neste tipo de cláusulas, sempre que a indemnização a pagar seja reduzida a esse montante máximo, isto é, sempre que o valor contratualmente declarado assuma a função de ‘tecto’ indemnizatório – e não da cláusula penal ou o mais modesto papel de determinar o valor do dano exclusivamente decorrente da perda da coisa.” PRATA, Ana. *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual*. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2020. P. 87.

²⁰⁹ PERES, Fábio Henrique. *Cláusulas Contratuais Excludentes e Limitativas do dever de Indenizar*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, P. 87.

²¹⁰ Conforme aponta Antônio Pinto Monteiro: “O estabelecimento de uma soma máxima significa que o devedor só responde até esse limite, ficando por reparar o dano na parte excedente. Terá de proceder ao cálculo da indemnização, nos termos apontados pela teoria da diferença, o que permitirá apurar se o quantum respondeatur é superior ao limite máximo fixado pelas partes. Se a indemnização, avaliada nos termos legais, fôr, contudo, inferior ao *plafond* acordado, a cláusula limitativa será, neste caso, indiferente, devendo o lesante a totalidade da indemnização.” MONTEIRO, Antônio Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. 3ª Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2020. P. 106.

²¹¹ Neste sentido, a lição de Aguiar Dias: “A proporcionalidade, entretanto, só se verifica em caso de ser o dano inferior à limitação estipulada. Se é maior, a soma fixada é devida por inteiro.” DIAS, José de Aguiar. *Cláusula de não indenizar*: (chamada cláusula de irresponsabilidade). 2ª edição. Rio

Já a limitação do dever de indenizar estabelecida com base na fixação de um certo percentual – em que pese similitude à hipótese de indicação de um limite fixo ou determinável – é modalidade que apresenta diferença prática em relação àquela vista anteriormente, pois, aqui, o montante indenizatório será menor do que os danos apurados²¹², bem como apresenta a ineficiência de não permitir ao devedor conhecer previamente o limite máximo de possível indenização no caso concreto. A este respeito é interessante citar a lição de Fábio Henrique Peres:

“De fato, a restrição contratual do dever de reparar através da previsão de determinado percentual, tornará, em qualquer hipótese, o valor da indenização inferior ao total dos danos verificados, não obstante esbarre na desvantagem de não assegurar ao devedor o conhecimento prévio do montante máximo de eventual indenização decorrente de tal relação jurídica. Opera, portanto, necessariamente.”²¹³

Diga-se, ainda, que nada impede, além destas formas, que as partes convençionem uma fórmula matemática mais complexa para chegar ao montante indenizatório devido, o que, inclusive, é comum na prática contratual.

de Janeiro, Revista Forense, 1955. P. 120. Na mesma linha de pensamento Fábio Henrique Peres afirma: “Por outro lado, caso o valor total aferido dos danos incorridos seja inferior à quantia fixa ou determinável estabelecida contratualmente por meio da cláusula contratual limitativa do dever de indenizar, o devedor estará obrigado a arcar apenas com o montante total da indenização, e não com o valor maior previsto na cláusula limitativa, a qual não incidirá em tal circunstância. (...) Nota-se, assim, que circunstância peculiar de o dano ser inferior ao montante máximo fixado contratualmente, a adoção dessa modalidade de cláusula limitativa do dever de indenizar não terá importância prática, uma vez que não têm as cláusulas de não indenizar natureza de prefixação ou liquidação dos danos. Revela-se, neste particular, uma das circunstâncias que a distinguem da cláusula penal (...)” PERES, Fábio Henrique. *Cláusulas Contratuais Excludentes e Limitativas do dever de Indenizar*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, pp. 88-89.

²¹² Destacam-se as palavras de Luiz Octávio Villela de Viana Bandeira a este respeito: “O mesmo não ocorre no caso da redução do valor indenizatório condicionado à aplicação de um percentual. Nesses casos, a operação da cláusula será necessária, tendo em vista que qualquer que seja a extensão dos danos, estes serão reduzidos de acordo com a proporcionalidade estabelecidas pelas partes.” BANDEIRA, Luiz Octávio Villela de Viana. *As cláusulas de não indenizar no direito brasileiro*. São Paulo: Almedina, 2016. P. 213.

²¹³ PERES, Fábio Henrique. *Cláusulas Contratuais Excludentes e Limitativas do dever de Indenizar*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, pp. 90-91. No mesmo sentido, Letícia Marquez de Avelar: “Outro aspecto que também diferencia esse tipo de cláusula daquela que indica um valor fixo ou previamente determinável como limite máximo da indenização: é o fato de operar sempre, sem quaisquer circunstâncias. Explica-se: o montante reparatório deverá necessariamente observar o limite percentual convençionado entre as partes, de forma que a indenização será inferior aos danos efetivamente suportados pelo credor. É que, sendo uma parcela sobre o valor total dos danos, a indenização jamais poderá superar o montante destes. (...) Já a cláusula que indica um valor fixo ou determinável como limite máximo da indenização não opera necessariamente porquanto depende, sempre, da extensão dos danos: se o valor destes for inferior ao teto estabelecido pelas partes, a limitação contratual não incidirá.” AVELAR, Letícia Marques de. *A cláusula de não indenizar: uma exceção do direito contratual à regra da responsabilidade civil*. / Letícia Marques de Avelar. / Curitiba: Juruá, 2012. P. 51.

Outra modalidade usual de cláusula limitativa do dever de indenizar é aquela que prevê a exclusão deste dever com relação a determinados tipos de danos.²¹⁴

De acordo com Diana Loureiro Paiva de Castro, a modalidade anterior se debruça exatamente sobre a restrição ao *quantum debeat*, enquanto a hipótese em estudo se relaciona à limitação do dever de indenizar verificável na oportunidade de definição do *an debeat*.²¹⁵

O artigo 402 do Código Civil estabelece a extensão do dano no ordenamento jurídico nacional, sendo certo que a indenização deve, então, abarcar os danos emergentes e os lucros cessantes.²¹⁶ Contudo, é possível que as partes convençionem contratualmente, em virtude da sua autonomia negocial, o afastamento desta regra legal, de maneira a excluir da indenização devida alguma espécie de dano, sendo os mais comuns na praxe contratual, os danos emergentes e os lucros cessantes.^{217/218} Fábio Henrique Peres traz exemplo elucidativo a respeito da questão:

“(...) Imagine-se a hipótese em que as partes expressamente estabeleçam que o contratante ABC terá seu dever de reparar em face de XYZ restrito aos danos emergentes, excluindo-se eventual dever jurídico sucessivo com relação aos lucros

²¹⁴ Importante ressaltar que no direito brasileiro há impedimento à previsão de cláusulas de não indenizar que excluam ou limitem a indenização resultante de dano à pessoa humana, tema que será abordado mais adiante quando se tratar dos requisitos de validade da cláusula limitativa do dever de indenizar. No entanto, com relação aos danos patrimoniais, as partes detêm a liberdade contratual de restringir quais danos que podem vir a ensejar a indenização no caso concreto.

²¹⁵ CASTRO, Diana Loureiro Paiva de. *Potencialidades funcionais das cláusulas de não indenizar: releitura dos requisitos de validade*. Dissertação (Mestrado em Direito Civil Constitucional). Universidade do Estado do Rio de Janeiro. 2018. p. 23. Disponível em: <http://www.bdt.d.uerj.br/handle/1/9871>.

²¹⁶ A respeito da definição destes conceitos vale citar a lição de Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barbosa e Maria Celina Bodin de Moraes: “O *dano emergente*, também chamado de dano positivo, consiste na efetiva e imediata diminuição no patrimônio da vítima (...). A indenização, porém, não seria completa caso se restringisse ao dano emergente. Isto porque, em determinados casos, o inadimplemento de um dever legal pode projetar os seus efeitos para o futuro. Nessa perspectiva, o *lucro cessante* engloba tudo aquilo que a vítima razoavelmente deixou de ganhar por causa do descumprimento da obrigação. Segundo Sérgio Cavalieri Filho, é o *reflexo futuro* do ato ilícito sobre o patrimônio da vítima, a perda do ganho esperável, a frustração da expectativa de lucro ou a diminuição potencial do patrimônio.” TEPEDINO, Gustavo. BARBOSA, Heloisa Helena. MORAES, Maria Celina Bodin. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República* – vol. I – 3ª ed. ver. e atual. / Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza, Maria Celina Bodin de Moraes – Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

²¹⁷ A doutrina debate a viabilidade de realizar a previsão de exclusão do dever de indenizar em relação aos danos indiretos. A respeito dos debates acerca dos danos diretos veja-se a obra de Gisela Sampaio da Cruz, *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

²¹⁸ Segundo Ana Prata: “Parcialmente exoneratórias, tal cláusula, na medida em que – directa ou indirectamente – declara a inindemnizáveis danos que, por força de lei, o seriam.” PRATA, Ana. *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual*. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2020. P. 77.

cessantes. Ocorrendo o inadimplemento contratual de ABC em decorrência do qual XYZ incorreu em danos emergentes e, também, em lucros cessantes, o ajuste contratual terá na prática, os efeitos de uma cláusula contratual limitativa do dever de indenizar, já que ABC, não obstante vinculado ao dever jurídico secundário quanto aos danos emergentes, estará exonerado de seu dever de reparar com relação aos lucros cessantes suportados por XYZ.”²¹⁹

A princípio, esta convenção possui uma natureza limitativa do dever de indenizar. No entanto, é possível que venha a configurar uma completa exclusão deste dever, caso venha a se verificar a ocorrência apenas dos danos causados à outra parte.²²⁰

Há, ainda, a hipótese em que a cláusula restritiva do dever de indenizar não operará efeitos. É o que se dá quando os danos excluídos na convenção acabam por não serem produzidos. De acordo com Letícia Marques Avelar “No exemplo da cláusula que restringe a indenização aos danos emergentes, sobrevivendo apenas estes, nenhum efeito limitativo poder-se-á extrair da cláusula.”²²¹

Luiz Octávio Villela de Viana Bandeira pondera, ainda, que os juros, correção monetária e honorários advocatícios, por também integrarem o cálculo do *quantum* indenizatório na hipótese de inadimplemento da obrigação, podem ser objeto desta modalidade de cláusula contratual, o que pode impedir o devedor de responder por eles.²²²

Por fim, dentre o rol exemplificativo das convenções limitativas do dever de indenizar abordadas neste trabalho, cita-se a restrição dos fundamentos do dever de indenizar. Esta convenção é comumente relacionada àquela hipótese onde o

²¹⁹ PERES, Fábio Henrique. *Cláusulas Contratuais Excludentes e Limitativas do dever de Indenizar*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, pp. 93-94.

²²⁰ Nas palavras de Letícia Marquez de Avelar: “Em que pese sua natureza limitativa, tal espécie de convenção acabará por se tornar, na prática, verdadeira cláusula de não indenizar se vier a ocorrer tão somente o tipo de dano cuja reparação exclui. Assim, na hipótese de as partes acordarem que somente serão indenizados os danos emergentes, nenhuma indenização será devida se, no caso concreto, apenas os lucros cessantes se verificarem. Nesse caso, o dever de indenizar será completamente afastado e não apenas limitado.” AVELAR, Letícia Marques de. *A cláusula de não indenizar: uma exceção do direito contratual à regra da responsabilidade civil*. / Letícia Marques de Avelar. / Curitiba: Juruá, 2012. P. 52.

²²¹ AVELAR, Letícia Marques de. *A cláusula de não indenizar: uma exceção do direito contratual à regra da responsabilidade civil*. / Letícia Marques de Avelar. / Curitiba: Juruá, 2012. P. 52. No mesmo sentido, Luiz Octávio Villela de Viana Bandeira: “Por fim, caso o inadimplemento só gere danos emergentes, a cláusula não terá qualquer incidência, uma vez que o objeto ao qual se refere não se verificou concretamente, e o credor poderá exigir a totalidade da indenização.” BANDEIRA, Luiz Octávio Villela de Viana. *As cláusulas de não indenizar no direito brasileiro*. São Paulo: Almedina, 2016. P. 218.

²²² BANDEIRA, Luiz Octávio Villela de Viana. *As cláusulas de não indenizar no direito brasileiro*. São Paulo: Almedina, 2016. P. 218.

devedor não responde em caso de mora.²²³ A este respeito da eficácia deste ajuste, cita-se a lição de Ana Prata:

“A eficácia de uma cláusula deste género pode entender-se como simples ou dupla: ou o devedor apenas fica exonerado da obrigação de indemnizar os prejuízos moratórios, mas não se excluir qualquer outro efeito da mora, mesmo indemnizatório também, caso em que, perdida ou deteriorada fortuitamente a coisa nesse período, o devedor suporta tal risco nos termos legalmente previstos; ou se entende que a cláusula exclui, a um só tempo, o dever de indemnizar pelo retardamento imputável e pelo risco, cuja transferência a lei associa a este.”²²⁴

Importante destacar, aqui, o questionamento de Luiz Octávio Villela de Viana Bandeira, acerca do enquadramento desta hipótese como uma modalidade de cláusula limitativa do dever de indenizar com base no fundamento da responsabilidade. Cita o referido autor a respeito deste ponto: “É comum autores tratarem da mora dentro do tema da cláusula de não indenizar como uma alteração dos fundamentos do dever de indenizar. (...) Todavia, a distinção entre “fundamentos do dever de indenizar” e “tipos de danos” parece não ser essencial para a abordagem do tema da mora.”²²⁵ Em sendo assim, o autor trata, em sua obra, esta temática dentro da limitação da indenização a determinados tipos de danos.

Antes de passar a analisar a seguir, os requisitos de validade das cláusulas de não indenizar, vale citar, aqui, por similaridade ao tema objeto do presente trabalho, a previsão de convenção restritiva ao dever de indenizar presentes em termos e condições de uso e nas políticas de privacidade e proteção de dados, onde há uma relação consumerista que a circunda.

Em interessante artigo denominado “Da Invalidade da Cláusula de Não Indenizar em Matéria de Proteção de Dados”, a autora Cíntia Rosa Pereira Lima, traz o seguinte exemplo de convenção limitativa prevista cláusula inserida em contrato da empresa *Microsoft* com o usuário (consumidor):

²²³ A doutrina cita, ainda, dentro desta modalidade, a possibilidade de outros fundamentos da responsabilidade poderem ser restringidos, como a culpa leve do devedor ou quando o dano advier de terceiros empregados, serviços ou prepostos. A este respeito remete-se à obra de Fábio Henrique Peres e Letícia Marquez Avelar. PERES, Fábio Henrique. Cláusulas Contratuais Excludentes e Limitativas do dever de Indenizar. São Paulo: Quartier Latin, 2009, pp. 94-96. AVELAR, Letícia Marques de. *A cláusula de não indenizar: uma exceção do direito contratual à regra da responsabilidade civil.* / Letícia Marques de Avelar. / Curitiba: Juruá, 2012. pp. 53-58.

²²⁴ PRATA, Ana. *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual.* Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2020. P. 73.

²²⁵ BANDEIRA, Luiz Octávio Villela de Viana. *As cláusulas de não indenizar no direito brasileiro.* São Paulo: Almedina, 2016. P 219.

*“Limitation of Liability. If you have any basis for recovering damages (including breach of these Terms), you agree that your exclusive remedy is to recover, from Microsoft or any affiliates, resellers, distributors, Third-Party Apps and Services providers, and vendors, direct damages up to an amount equal to your Services fee for the month during which the loss or breach occurred (or up to \$10,00 if the Services are free). You can’t recover any other damages or losses, including direct, consequential, profits, special, indirect, incidental, or punitive. These limitations and exclusions apply even if this remedy doesn’t fully compensate you for any losses or fails of its essential purpose as if we knew or should have known about the possibility of the damages. To the maximum extent permitted by law, the limitations and exclusions apply to anything or any claims related to these Terms, the Services, or the software related to the Services.”*²²⁶

Assim, essa convenção trata de uma estipulação que limita o montante indenizatório por eventuais danos ao valor mensal despendido com a fruição dos serviços ou produtos da *Microsoft*, sendo certo que se os mesmos forem gratuitos, a limitação fixada é de apenas dez dólares. A autora considera, neste caso, inválida a cláusula em questão, como melhor se verá mais adiante neste trabalho, por afronta direta ao Código de Defesa do Consumidor, à Lei Geral de Proteção de Dados, bem como ao fato do direito à proteção de dados ser, em verdade, um direito fundamental, tal como reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça.²²⁷

Abordadas, então, as modalidades mais corriqueiras na prática contratual das cláusulas limitativas do dever de indenizar, bem como um exemplo prático, passa-se a analisar os requisitos de validade destas convenções.

²²⁶ LIMA, Cintia Rosa Pereira de. Da invalidade da cláusula de não indenizar em matéria de proteção de dados. P. 399. In: Proteção de dados pessoais na sociedade de informação: entre dados e danos/ Ana Cristina de Melo Silveira... [et.al]; coordenado por João Victor Rozzatti Longhi, José Luiz de Moura Faleiros Júnior, Rodrigo Gugliara. – Indaiatuba, Sp: Editora Foco, 2021.

²²⁷ Conclui a autora: “Portanto, caracterizada a relação jurídica de consumo na atividade de tratamento de dados, aplica-se o Código de Defesa do Consumidor haja vista o texto expresso no art. 45 da LGPD, fundamentando a invalidade da cláusula de não indenizar ou da cláusula que limite o dever de reparar o dano pelos agentes de tratamento de dados. Ainda que não seja aplicado o CDC, a invalidade destas cláusulas fundamenta-se no fato de ser o direito à proteção de dados um direito fundamental, tendo sido reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça. LIMA, Cintia Rosa Pereira de. Da invalidade da cláusula de não indenizar em matéria de proteção de dados. P. 399. In: Proteção de dados pessoais na sociedade de informação: entre dados e danos/ Ana Cristina de Melo Silveira... [et.al]; coordenado por João Victor Rozzatti Longhi, José Luiz de Moura Faleiros Júnior, Rodrigo Gugliara. – Indaiatuba, Sp: Editora Foco, 2021. P. 408.

2.4 Requisitos de validade

A omissão legislativa a respeito da cláusula de não indenizar gera algum debate acerca da sua validade no ordenamento jurídico brasileiro.

A respeito desta dicotomia entre as posições vale destacar uma importante citação feita por Letícia Marquez de Avelar dos ensinamentos de Aguiar Dias acerca do dilema existente entre estas posições: “(...) de um lado, o de proporcionar às vítimas do dano, cada vez mais numerosos, a reparação capaz de restaurar real ou idealmente o status quo desfeito pelo evento danoso; de outro, o de evitar que, por demasiado empenho em ver satisfeita a primeira preocupação, se converta o mecanismo da responsabilidade civil em processo de aniquilamento da iniciativa privada.”²²⁸

Parcela restrita da doutrina entende que a cláusula de não indenizar – sobretudo na modalidade de exclusão do dever de indenizar – é uma extrapolação indevida das previsões legais de limitação de responsabilidade ou uma violação ao princípio da reparação integral ou que tais cláusulas transformariam a obrigação contratual em obrigação natural ou, ainda, que estimularia o inadimplemento do devedor.

No entanto, majoritariamente, defende-se a plena aceitação da cláusula de não indenizar no ordenamento jurídico brasileiro nas relações paritárias. Destaque-se, aqui, passagem de acórdão do Superior Tribunal de Justiça, de relatoria do Ministro Waldemar Zveiter, no REsp nº 13.027 – RJ²²⁹, exarado em 1991, que assim asseverou: “A doutrina e a jurisprudência se tem orientado, contudo, no sentido de

²²⁸ AVELAR, Letícia Marquez de. A cláusula de não indenizar: uma exceção do direito contratual à regra da responsabilidade civil. /Letícia Marquez de Avelar. /Curitiba: Juruá, 2012. P. 155.

²²⁹ “CIVIL - CONVENÇÃO DE CONDOMÍNIO - INDENIZAÇÃO - CLAUSULA DE IRRESPONSABILIDADE. I - DANOS CAUSADOS A VEÍCULOS, EM ESTACIONAMENTO DE CONDOMÍNIO CUJA CONVENÇÃO CONTEM CLAUSULA DE NÃO INDENIZAR, NÃO SÃO RESSARCÍVEIS. ISSO PORQUE, TRATANDO-SE DE DIREITO DISPONÍVEL, A CLAUSULA DE IRRESPONSABILIDADE É EMANAÇÃO DA LIBERDADE DE CONTRATAR, TODAVIA, SUJEITA-SE AS RESTRIÇÕES IMPOSTAS PELA ORDEM PÚBLICA. SO PODE SER ESTIPULADA QUANDO A REGRA LEGAL APLICÁVEL, MERAMENTE SUPLETIVA DA VONTADE DAS PARTES, ADMITE A LIVRE MANIFESTAÇÃO DESTAS. II - RECURSO NÃO CONHECIDO.” DJ 16/12/1991. Disponível em https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=199100150983&dt_publicacao=16/12/1991 acessado em 10.01.2021.

admitir a validade de cláusula elisiva do dever de indenizar, quando o objeto da indenização se ache no poder de disponibilidade da vítima e seja de natureza lícita.”

Neste sentido foi o entendimento fixado no enunciado nº 631 da VIII Jornada de Direito Civil que foi fixado com a seguinte redação:

“Como instrumento de gestão de riscos na prática negocial paritária, é lícita a estipulação de cláusula que exclui a reparação por perdas e danos decorrentes do inadimplemento (cláusula excludente do dever de indenizar) e de cláusula que fixa o valor máximo de indenização (cláusula limitativa do dever de indenizar).”²³⁰

Desta forma, neste trabalho, adere-se à corrente que defende a aceitação de tais disposições, sendo certo que a sua validade é condicionada a determinados requisitos que serão tratados a seguir.

Como já dito acima, a ausência de disposição legal expressa acerca do tema acabou por deixar a cargo da doutrina e jurisprudência a definição dos requisitos de validade da cláusula de não indenizar. As balizas propostas para conferir validade a tal previsão contratual são variadas na doutrina o que ocasiona um acirramento do debate e dificuldade na delimitação do tema.

Os ensinamentos clássicos a respeito da cláusula de não indenizar apontam os seguintes requisitos de validade: obediência à 0 ordem pública, a não incidência desta disposição contratual sobre a obrigação principal do negócio jurídico a ser firmado; e a vedação ao dolo e a culpa grave incluídos na convenção. O primeiro requisito consistiria, basicamente, na proibição de as partes estipularem a cláusula de não indenizar em face de norma cogente. Já o segundo requisito poderia ser descrito como a limitação da incidência desta previsão contratual às obrigações

²³⁰“JUSTIFICATIVA: As cláusulas de não indenizar (de exoneração ou de limitação) constituem instrumentos comuns na prática contratual para a gestão de riscos. Na espécie, as partes, considerando os riscos do descumprimento contratual ordinariamente assumidos, optam por restringi-los, excluindo ou limitando o dever de reparar do *solvens* em hipóteses nas quais, de ordinário, o legislador lhe atribui o dever de indenizar. Trata-se de expressão de exercício merecedor de tutela da autonomia negocial, na medida em que as convenções conferem previsibilidade aos efeitos de eventual inadimplemento, em importante garantia de segurança jurídica, viabilizam operações econômicas que poderiam não ser exequíveis sem a sua inclusão, facilitam a contratação de seguros por prêmios menos custosos e possibilitam ao credor a obtenção de vantagem em contrapartida, não arcando este, ou arcando em menor extensão, com o impacto no preço causado pelo grau de assunção de riscos pelo devedor. Tais cláusulas atuam apenas sobre a reparação por perdas e danos, permanecendo hígidos todos os demais efeitos da responsabilidade contratual, de sorte que a obrigação civil não se transforma em obrigação natural. O Enunciado tem o propósito de esclarecer que as cláusulas excludentes do dever de indenizar e limitativa do dever de indenizar podem ser estabelecidas em negócios jurídicos paritários (sujeitos à incidência exclusiva do Código Civil), e não em negócios jurídicos não paritários.”

acessórias, de forma a impedir que a cláusula contratual principal possa ser encarada como condição puramente potestativa. O terceiro e último requisito diria respeito à impossibilidade de se estipular convenção que autorize o inadimplemento doloso ou gravemente culposo, de maneira a prevenir que a estipulação acordada entre as partes possa a ser vista como uma condição puramente potestativa, permitindo que o devedor cumpra sua obrigação apenas se assim desejar.

Há, hodiernamente, autores, como Diana Loureiro Paiva de Castro, que defendem uma releitura desses requisitos tradicionais de validade da cláusula de indenizar, com o objetivo de tornar a aplicação desta convenção mais consentânea com as necessidades das partes inseridas em um cenário econômico complexo, permitindo, assim, a gestão eficiente dos riscos do negócio²³¹.

Antes de adentrar na análise desta releitura, é possível, desde já, deixar estabelecido que o requisito de validade relativo à ordem pública não é sinal distintivo das cláusulas de não indenizar, uma vez que qualquer convenção deve respeitar as normas, princípios e valores do ordenamento jurídico pátrio. Neste sentido, vale destacar o disposto no parágrafo único do artigo 2.035 do Código Civil: “*Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.*” Ademais, pode-se afirmar que os demais requisitos clássicos de validade reduzem em grande medida a aplicação da cláusula de não indenizar, colocando-a em um espaço de incidência limitado às obrigações acessórias e à culpa leve, o que para Diana Loureiro Paiva de Castro denota uma

²³¹ “O pano de fundo de tal releitura se traduz na trajetória trifásica das cláusulas de não indenizar. No momento inicial, tais ajustes foram condenados à invalidade, sob o fundamento de impossibilidade de restrição ao princípio da reparação integral, convertendo-se por meio do pacto, a obrigação civil em obrigação natural. Em seguida, identificou-se importante reação doutrinária à coibição das convenções, de modo a admitir a sua validade. Tal reação, no ordenamento jurídico brasileiro, ainda tímida, foi acompanhada de simultâneo processo de elaboração de requisitos tradicionais de validade dos ajustes. A licitude das convenções, assim, embora reconhecida, se afigurava demasiadamente constrangida: apenas se admitiam as cláusulas que não violassem a ordem pública, que se referissem a obrigações acessórias e ao inadimplemento por culpa leve, a impedir sua pactuação justamente para as hipóteses de maior utilidade prática. Passo adiante, este trabalho se situa em um terceiro momento da trajetória trifásica, no qual o modelo contemporâneo de contratação na sociedade tecnológica, em que se registra “majoração exponencial da álea suscitada pela transformação assustadoramente rápida e globalizada da economia” e multiplicação das demandas indenizatórias, demanda o reconhecimento das potencialidades funcionais das cláusulas de não indenizar por meio de efetiva (e não retórica) afirmação de sua validade, retirando-se amarras excessivas impostas pelos requisitos tradicionais de licitude, sem se descuidar, todavia, da importância do controle funcionais do ajuste.” DE CASTRO, Diana Loureiro Paiva. Potencialidades funcionais das cláusulas de não indenizar: releitura dos requisitos tradicionais de validade. Dissertação de mestrado. Universidade Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. 2018. pp. 59-61.

*“excessiva desconfiança em face de tais convenções, que resulta em despreço à sua relevância para a gestão de riscos e a previsibilidade na dinâmica negocial.”*²³²

Dito isso, passa-se a tratar de cada um dos requisitos de validade da cláusula de não indenizar, com base na nova perspectiva trazida pela doutrina especializada no tema.

A impossibilidade de previsão de cláusula de não indenizar que viole normas de ordem pública é o primeiro requisito de validade elencado pela doutrina. Assim, defende-se que os ajustes desta natureza só são considerados válidos caso resguardec interesses privados e não direitos considerados indisponíveis pelo ordenamento jurídico. Ocorre, no entanto, que a obediência à ordem pública é requisito de validade de toda e qualquer convenção contratual, por força do já citado parágrafo único do artigo 2.035 do Código Civil. Em sendo assim, não se pode dizer que se trata de requisito específico e essencial da cláusula de não indenizar e, sim, um requisito geral para todas as convenções a serem firmadas pelos interessados²³³.

Desta forma, é preciso averiguar de que forma deve ser entendido o requisito da ordem pública quando se trata da cláusula de não indenizar. Uma nova leitura deste requisito implica em uma nova interpretação do conceito de ordem pública à luz da metodologia civil- constitucional. Nesta toada, se faz necessário debruçar um novo olhar para este conceito e, com ele, a avaliação do juízo de merecimento de tutela *lato sensu* a que todos os institutos do ordenamento jurídico estão sujeitos. De acordo com os ensinamentos de Diana Loureiro Paiva de Castro:

“Nesse processo, ou bem haverá contrariedade estrutural à regra de regência (ilicitude), ou bem, embora não haja violação direta à lei, o exercício da situação jurídica se revelará contrário à sua função (abusividade), ou, finalmente, ambas as situações jurídicas se configurarão igualmente lícitas e não abusivas, a atrair a incidência da razoabilidade para a ponderação de interesses e a conformação dos

²³² CASTRO, Diana Loureiro Paiva de. *Potencialidades funcionais das cláusulas de não indenizar: releitura dos requisitos tradicionais de validade*. Dissertação de mestrado. Universidade Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. 2018. P. 61. Disponível em: <http://www.bdt.d.uerj.br/handle/1/9871>.

²³³ Como bem pontua Aguiar Dias: “Seu primeiro limite, dissemos, é a possibilidade, é a possibilidade de ser objeto de convenção o direito a que se referem. [...] Conforme seja este, ou não, parte do patrimônio, conforme esteja, ou não, no seu poder de disposição, surtirá a cláusula amplo efeito ou será nula. Prosseguindo, dissemos que não é admissível cláusula de irresponsabilidade com infração aos princípios de ordem pública e aos bons costumes, como não seria, mesmo sem atentado a essas normas, quando proibida pela lei positiva, em atenção aos motivos políticos, no tocante a certos contratos. Não há novidade nenhuma nessa exigência, que é comum a qualquer contrato.” DIAS, José de Aguiar. *Cláusula de não indenizar*. In: Revista Forense. Vol. 119. Rio de Janeiro: Forense. Set. 1948, p. 6.)

valores do ordenamento jurídico (juízo de merecimento de tutela em sentido estrito)”²³⁴.

Outro aspecto relevante para a releitura da ordem pública como requisito de validade da cláusula de não indenizar perpassa pela sua concretização. A sua validade está atrelada e pode ser analisada com base em três critérios: a posição de vulnerabilidade do credor, como ocorre nas relações consumeristas, quando está vinculada a lesão à pessoa humana (ocasionando danos materiais ou morais) e na hipótese de a convenção violar disposições que tratam da limitação do dever de indenizar (como por exemplo as regras que disciplinam o contrato de transporte). Segundo a lição de Diana Loureiro Paiva de Castro:

“Em outras palavras, averiguar se os ajustes excludentes ou limitativos ferem a ordem pública significa investigar, sobretudo, se havia vulnerabilidade apta a nulificar a cláusula, se o pacto vai de encontro ao princípio da dignidade da pessoa humana ao se referir a reparação de danos materiais ou morais a esta causada e se há dispositivo legal que rege a restrição ao dever de indenizar em específicos contratos e atividades”²³⁵.

Importante deixar claro, neste momento, que o presente trabalho não irá se aprofundar no estudo da vulnerabilidade dos contratantes em uma relação consumerista, bem como das cláusulas de não indenizar inseridas em contratos de adesão de natureza civil, se limitando, aqui, as convenções inseridas em contratos celebrados entre partes paritárias.

Prosseguindo, então, na releitura dos requisitos de validade da cláusula de não indenizar, releva esclarecer que a cláusula de não indenizar não pode exonerar ou limitar o dever de reparar danos à pessoa humana, considerado um dos fundamentos do ordenamento jurídico pátrio²³⁶. Neste cenário, costuma a doutrina defender que esta vedação está limitada aos danos morais causados à pessoa humana. No entanto, há vozes dissonantes que sustentam que a proibição se estende também aos danos materiais, decorrentes de dano causado à pessoa humana, uma

²³⁴ CASTRO, Diana Loureiro Paiva de. *Potencialidades funcionais das cláusulas de não indenizar: releitura dos requisitos tradicionais de validade*. Dissertação de mestrado. Universidade Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. 2018. P. 65. Disponível em: <http://www.bdttd.uerj.br/handle/1/9871>.

²³⁵ CASTRO, Diana Loureiro Paiva de. *Potencialidades funcionais das cláusulas de não indenizar: releitura dos requisitos tradicionais de validade*. Dissertação de mestrado. Universidade Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. 2018. P. 66. Disponível em: <http://www.bdttd.uerj.br/handle/1/9871>.

²³⁶ Artigo 1º, inciso III da Constituição da República: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III – A dignidade da pessoa humana.”

vez que atingem o mesmo valor constitucional. Vale citar, aqui, as palavras de Diana Loureiro Paiva de Castro “Assim, na espécie em análise, conquanto a consequência (dano) seja material, a lesão em jogo é existencial (à pessoa humana), de modo que violaria a ordem pública na legalidade constitucional a exoneração ou a limitação da reparação diante de tais eventos.”²³⁷ Prioriza-se, assim, as situações existenciais e, conseqüentemente, proíbe-se a limitação da reparação pecuniária ou até mesmo a sua exclusão decorrente de lesão à pessoa humana.²³⁸

Dito isso, passa-se a analisar o segundo requisito de validade da cláusula de não indenizar referente às obrigações essenciais. A doutrina, em geral, defende que são vedadas as cláusulas não indenizar referentes a obrigações principais do negócio jurídico²³⁹. Assim, a previsão destas convenções estaria limitada as obrigações acessórias, de forma a impedir que o ajuste se torne uma condição meramente potestativa, permitindo ao contratante cumprir o contrato conforme seu arbítrio. De acordo com Diana Loureiro Paiva de Castro:

“A compreensão do conceito de obrigações principais exige a apreensão concreta do programa contratual, vez que determinada obrigação aparentemente acessória pode assumir, no caso prático, conotação essencial. Para tanto, faz-se mister o exame da causa negocial.”²⁴⁰

Releva notar, aqui, que o intérprete não deve se limitar ao elemento estrutural do negócio jurídico, ao contrário, precisa investigar o seu elemento funcional, ou seja, para que serve aquele negócio jurídico. Tem-se, assim, que o hermeneuta deve ampliar seu escopo de análise para além da avaliação da licitude ou ilicitude do negócio jurídico, passando a perquirir a presença de abusividade e do merecimento de tutela daquele do ato. Assim, na análise dos contratos a determinação de qual é a função do ajuste é essencial para definir a sua causa.

²³⁷ CASTRO, Diana Loureiro Paiva de. *Potencialidades funcionais das cláusulas de não indenizar: releitura dos requisitos tradicionais de validade*. Dissertação de mestrado. Universidade Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. 2018. P. 78. Disponível em: <http://www.bdttd.uerj.br/handle/1/9871>.

²³⁸ PERES, Fábio Henrique. *Cláusulas Contratuais Excludentes e Limitativas do dever de Indenizar*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. PP. 146-153.

²³⁹ Para um maior aprofundamento do tema cita-se o artigo de autoria de Maria Marinho intitulado “A validade da cláusula de não indenizar relativa à obrigação principal.” Revista CEJ, Brasília, Ano XX, n. 70, p. 113-121, st/dez. 2016.

²⁴⁰ CASTRO, Diana Loureiro Paiva de. *Potencialidades funcionais das cláusulas de não indenizar: releitura dos requisitos tradicionais de validade*. Dissertação de mestrado. Universidade Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. 2018. P. 112. Disponível em: <http://www.bdttd.uerj.br/handle/1/9871>.

Segundo ensina Diana Loureiro Paiva de Castro “A partir de sua identificação, qualifica-se o contrato, respondendo a que negócio jurídico pertence o efeito que se analisa, e identifica-se o valor e o alcance conferido à operação econômica.”²⁴¹

Neste momento, impende evidenciar que a causa, aqui, não se confunde com o tipo contratual, limitado ao disposto na regra legal, o que demonstra uma evolução interpretativa em relação ao método subsuntivo, procedimento que descarta dos elementos distintivos do caso concreto, bem como de valores, princípios e regras presentes no ordenamento jurídico. Situado em outro extremo, tem-se o procedimento de qualificação que conduz o hermeneuta a levar em consideração os efeitos que serão gerados pelo negócio jurídico e, assim, singularizar o ordenamento jurídico ao caso concreto²⁴². Toda convenção contratual, seja em contratos típicos ou atípicos, deve estar em consonância com a função negocial. Sobre o tema, Diana Loureiro Paiva de Castro entende que:

“O requisito deixa, portanto, de se referir à análise abstrata de ser a obrigação principal ou acessória para o exame concreto (a) da relevância daquela obrigação para a mínima unidade de efeitos essenciais do contrato e (b) da (in)ocorrência de privação de efeitos do negócio por meio da exclusão da própria obrigação.”²⁴³

Ainda a respeito do tópico em análise, deve-se ponderar, ainda, que o ordenamento jurídico pátrio não prevê qualquer proibição a que as cláusulas de não indenizar façam referência a obrigação essencial, o que parece demonstrar que não se pode, a princípio, invalidar estas convenções que fazem referência a obrigação principal. Avançando no estudo deste requisito de validade, pondera Diana Loureiro Paiva de Castro que “(...) a alusão aos remédios de execução específica, direito de retenção exceção do contrato não cumprido e cláusula resolutiva

²⁴¹ CASTRO, Diana Loureiro Paiva de. *Potencialidades funcionais das cláusulas de não indenizar: releitura dos requisitos tradicionais de validade*. Dissertação de mestrado. Universidade Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. 2018. P. 114. Disponível em: <http://www.bdttd.uerj.br/handle/1/9871>.

²⁴² Diana Loureiro Paiva de Castro traz como consequência desta conclusão “Caso contrário, chegar-se-ia à inadequada conclusão de que os negócios atípicos não seriam dotados de função. Todavia, também quanto a estes é possível a identificação da mínima unidade dos efeitos essenciais.” CASTRO, Diana Loureiro Paiva de. *Potencialidades funcionais das cláusulas de não indenizar: releitura dos requisitos tradicionais de validade*. Dissertação de mestrado. Universidade Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. 2018. pp. 117-118. Disponível em: <http://www.bdttd.uerj.br/handle/1/9871>.

²⁴³ CASTRO, Diana Loureiro Paiva de. *Potencialidades funcionais das cláusulas de não indenizar: releitura dos requisitos tradicionais de validade*. Dissertação de mestrado. Universidade Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. 2018. P. 119. Disponível em: <http://www.bdttd.uerj.br/handle/1/9871>.

*expressa e tácita deve ser relida de modo a se demonstrar que os ajustes de não indenizar não produzem a frustração da causa negocial.”*²⁴⁴

Expostas então essas considerações, passa-se a averiguação do terceiro requisito de validade da cláusula de não indenizar, o dolo do devedor. Tradicionalmente, a doutrina defende que não se pode fazer referência ao dolo do devedor nestes ajustes. As razões pelas quais a doutrina majoritária sustenta tal posição são fundamentadas tanto na afirmação de que a menção ao dolo acabaria por desnaturar a cláusula de não indenizar, tornando-a uma condição puramente potestativa, o que acabaria por violar a ordem pública, bem como no entendimento segundo o qual a conduta dolosa da parte inadimplente deveria ser punida.

Diante deste cenário, a permissão para que uma parte descumpra o contrato, cujo teor possui uma cláusula de não indenizar em razão da sua conduta dolosa, acabaria por permitir que a parte cumprisse o contrato apenas se assim desejasse, o que é vedado pela regra disposta no artigo 122 do Código Civil.²⁴⁵ Por outro lado, tem-se o argumento da necessidade de punição derivado da responsabilidade contratual, de maneira que a conduta do inadimplente passaria a direcionar um inescusável dever de indenizar o dano causado.

Ocorre, contudo, que este entendimento sofre crítica de parte da doutrina, sendo certo que este posicionamento sugere uma nova leitura destes empecilhos às cláusulas de não indenizar. Ao tratar do ajuste que exclui o dever de indenizar, afirma-se que tal disposição não afeta por completo os efeitos do inadimplemento, de maneira que permanecem disponíveis os recursos à exigência da prestação devida no caso de mora, a restituição pelo equivalente, bem como a restituição do

²⁴⁴ CASTRO, Diana Loureiro Paiva de. *Potencialidades funcionais das cláusulas de não indenizar: releitura dos requisitos tradicionais de validade*. Dissertação de mestrado. Universidade Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. 2018. P. 134. Disponível em: <http://www.bdttd.uerj.br/handle/1/9871>. Note-se a lição de Fábio Henrique Peres a este respeito: “(...) consideramos que não necessariamente serão nulas as cláusulas de não indenizar que se refiram a obrigações principais de determinado contrato, mas apenas quando tais cláusulas acabem por desfigura-lo, extraíndo totalmente a eficácia da tutela jurídica e afetando a essência dos aspectos funcionais do contrato. Sugerimos, como critério objetivo para delimitar essa distinção, a aferição casuística da suficiência, ou não, dos demais instrumentos oferecidos pelo ordenamento para tutelar a posição do credor – execução específica, astreintes, cláusula resolutiva expressa ou tácita, exceção do contrato não cumprido e exercício de eventual direito de retenção – e garantir a efetividade da avença contratual.” PERES, Fábio Henrique. *Cláusulas Contratuais Excludentes e Limitativas do dever de Indenizar*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. Pp- 185-186.

²⁴⁵ Art. 122. São lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes.

que já foi prestado, na hipótese de inadimplemento absoluto. Diz-se, então, que o negócio jurídico celebrado permanece válido e não deixa de gerar efeitos.

Já no que se refere a cláusula limitativa do dever de indenizar, esta parcela da doutrina não se omite em dizer que este ajuste também não impede a reparação e, sim, se atém a limitar o montante da indenização. Diante deste entendimento, não se poderia argumentar que o devedor poderia optar por cumprir ou não o avençado entre as partes, o que, necessariamente, acabaria por violar a ordem pública. Aqui, o devedor ao deixar de cumprir sua obrigação regularmente avençada, irá se submeter de forma irremediável aos efeitos do inadimplemento. Neste caso, duas possibilidades se mostram possíveis (i) ou o dano causado se revela menor do que o montante máximo fixado na cláusula, hipótese em que o devedor deverá suportar o pagamento do valor integral da indenização (ii) ou o dano se mostra mais elevado do que o teto atribuído na avença, o que induz a necessidade de o devedor arcar com a indenização, ainda que em valor limitado. Neste caso, então, percebe-se que o devedor não tem como se livrar do cumprimento desta obrigação por sua única e exclusiva vontade.

A respeito da necessidade de punição do devedor acima destacada, relevar notar que este é um ponto também enfrentado por parte da doutrina que rechaça este entendimento. Neste sentido, defende esta posição que a função punitiva da responsabilidade civil não se adequa ao ordenamento jurídico pátrio²⁴⁶.

Importante chamar a atenção, ainda, da necessidade de realizar uma análise distintiva entre o requisito do dolo e a incidência da boa-fé objetiva no presente estudo. A boa-fé objetiva, como cediço, traz consigo uma função dúplice, uma interpretativa e outra geradora de deveres laterais, o que induz a proibição do exercício abusivo de direitos por parte do titular. Em sendo assim, a boa-fé deve ser percebida em perspectiva diversa do estado anímico do agente, presente na boa-fé subjetiva, o que induz a um comportamento colaborativo entre as partes.

²⁴⁶ Nas palavras de Diana Loureiro Paiva de Castro “Em síntese, a importação do escopo punitivo do direito penal para o direito civil, embora possa parecer constituir panaceia para o deslinde das controvérsias, traduz, na expressão de Marco Capecchi, verdadeiro placebo, cuja aplicação induz ao intérprete à ilusão de descoberta da solução, enquanto os problemas de fundo permanecem.” CASTRO, Diana Loureiro Paiva de. *Potencialidades funcionais das cláusulas de não indenizar: releitura dos requisitos tradicionais de validade*. Dissertação de mestrado. Universidade Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. 2018. P. 156. Disponível em: <http://www.bdttd.uerj.br/handle/1/9871>.

Aspecto relevante a ser abordado aqui é a menção a culpa grave inserida nas cláusulas de não indenizar. Neste sentido, vale destacar as palavras de Diana Loureiro Paiva de Castro a respeito deste tema:

“Para além do dolo, parte da doutrina sustenta a invalidade das cláusulas de não indenizar referentes à culpa grave, com base nos seguintes fundamentos (i) incidência das mesmas razões de vedação ao dolo (função punitiva e transformação da cláusula em condição puramente potestativa), de modo que haveria proscrição à culpa grave por si própria; (ii) relevância dos graus de culpa no direito brasileiro (com base no artigo 944, parágrafo único, CC²⁴⁷ e no enunciado 145 do STJ²⁴⁸); (iii) equiparação essencial entre dolo e culpa grave, a admitir a analogia, segundo o brocardo romano *culpa lata dolo aequiparatur* e (iv) importação de previsões legislativas no direito estrangeiro que inadmitem as cláusulas de não indenizar relativas à culpa grave. Tais proposições, no entanto, encontram óbice no ordenamento jurídico brasileiro.”²⁴⁹

O primeiro ponto controverso a ser abordado, aqui, é suposta necessidade de punição daquele que age com dolo e com culpa grave. Conforme já exposto anteriormente, este argumento não se sustentaria, a uma porque não há no ordenamento jurídico a previsão de uma função punitiva do ordenamento jurídico, a duas porque o dever de indenizar não impede o credor de buscar outras formas de reparação quando se depara com o inadimplemento, o que induz a conclusão de que a previsão de dolo e culpa grave nas cláusulas de não indenizar não as torna condições puramente potestativas.

O segundo aspecto a ser enfrentado, nesta etapa, é a equiparação entre o dolo e a culpa grave. Parte da doutrina entende que não há qualquer importância para a distinção entre os graus de culpa no ordenamento jurídico pátrio²⁵⁰. Argumento importante para refutar esta equiparação entre o dolo e a culpa reside na interpretação do parágrafo único do artigo 944 do Código Civil no sentido de que os graus de culpa somente seriam relevantes para as hipóteses em que opera a

²⁴⁷ Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano. Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

²⁴⁸ Enunciado 145 da Súmula do STJ: “No transporte desinteressado, de simples cortesia, o transportador só será civilmente responsável por danos causados ao transportado quando incorrer em dolo ou culpa grave.”

²⁴⁹ CASTRO, Diana Loureiro Paiva de. *Potencialidades funcionais das cláusulas de não indenizar: releitura dos requisitos tradicionais de validade*. Dissertação de mestrado. Universidade Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. 2018. P. 161. Disponível em: <http://www.bdt.d.uerj.br/handle/1/9871>.

²⁵⁰ Diana Loureiro Paiva de Castro, citando Caio Mário da Silva Pereira, assim pontua “nosso direito desprezou esta gradação de culpa, que não deve influir na determinação da responsabilidade civil.” *Ibid.* p. 162.

redução equitativa da reparação. Não obstante este argumento, é preciso asseverar que o ordenamento jurídico reconhece a diferença entre o dolo e a culpa grave, como se observa, por exemplo, nas disposições previstas nos artigos 762²⁵¹, 400²⁵² e 392²⁵³ do Código Civil.

No que concerne ao terceiro elemento citado linhas atrás, equiparação do dolo a culpa grave, tem-se que autorizada doutrina afirma não haver na culpa grave a presença da má-fé que é imprescindível para a caracterização do dolo, o que impossibilitaria a pretendida equivalência entre estas figuras na hipótese de sua previsão em cláusulas de não indenizar²⁵⁴.

Já em relação ao quarto aspecto da equiparação entre o dolo e a culpa grave está relacionado a importação de disposições legais com este conteúdo no direito alienígena, como por exemplo o direito italiano e português. Ocorre, no entanto, que parte da doutrina critica esta transposição de regras legais estrangeiras no ordenamento jurídico pátrio, entendendo esta postura como uma atecnia, até porque no direito brasileiro vige a irrelevância dos graus de culpa. Destaca-se, aqui, as palavras de Diana Loureiro Paiva de Castro a respeito desta temática:

“A bem de verdade, se a gestão de riscos se orientou no sentido de incidência do ajuste mesmo diante de culpa grave, a conduta do credor de, posteriormente, pretender tornar o pacto ineficaz e pleitear reparação integral por invalidade do ajuste é que traduz violação as legítimas expectativas despertadas, caracterizando comportamento contraditório vedado pelos ditames da boa-fé (*nemo potest venire contra factum proprium*).”²⁵⁵

²⁵¹ Art. 762. Nulo será o contrato para garantia de risco proveniente de ato doloso do segurado, do beneficiário, ou de representante de um ou de outro.

²⁵² Art. 400. A mora do credor subtrai o devedor isento de dolo à responsabilidade pela conservação da coisa, obriga o credor a ressarcir as despesas empregadas em conservá-la, e sujeita-o a recebê-la pela estimação mais favorável ao devedor, se o seu valor oscilar entre o dia estabelecido para o pagamento e o da sua efetivação.

²⁵³ Art. 392. Nos contratos benéficos, responde por simples culpa o contratante, a quem o contrato aproveite, e por dolo aquele a quem não favoreça. Nos contratos onerosos, responde cada uma das partes por culpa, salvo as exceções previstas em lei.

²⁵⁴ Diana Loureiro Paiva de Castro, citando Aguiar Dias, assevera “(...) a alegação de violação à ordem pública por meio das convenções de não indenizar relativas à culpa grave não se sustenta diante das hipóteses fáticas, em que restará nítido que a ordem pública não foi em nada atingida, casos em que os ferrenhos defensores da tese da invalidade em face da culpa grave não verão outra alternativa se não “um progressivo afrouxamento do critério na apreciação da culpa: não ousando aplicar a cláusula exoneratória à culpa grave, retirar-lhe-ão a gravida e a cláusula será validade, para que todo o mundo fique contente e se salvem os princípios.” CASTRO, Diana Loureiro Paiva de. *Potencialidades funcionais das cláusulas de não indenizar: releitura dos requisitos tradicionais de validade*. Dissertação de mestrado. Universidade Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. 2018. P. 169. Disponível em: <http://www.bdt.d.uerj.br/handle/1/9871>.

²⁵⁵ CASTRO, Diana Loureiro Paiva de. *Potencialidades funcionais das cláusulas de não indenizar: releitura dos requisitos tradicionais de validade*. Dissertação de mestrado. Universidade Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. 2018. P. 169. Disponível em: <http://www.bdt.d.uerj.br/handle/1/9871>.

Dito isso, como última análise deste tema, traz-se, nas palavras dessa autora, a seguinte crítica:

“(...) a inadequação quanto à interpretação do requisito do dolo e da culpa grave consiste em considerar que o controle deve se basear no exame do grau de culpa (grave, leve e levíssima) no inadimplemento contratual, irrelevante no direito civil brasileiro. O controle, ao revés, deve se voltar para investigação do *dolo específico* do devedor. O adjetivo “específico” se refere, aqui, ao giro necessário no estudo do tema, passando-se do grau de culpa do devedor ao inadimplir para a aferição da patente conduta ilícita ou abusiva nos momentos de celebração e de efetivação da cláusula de não indenizar. O exame se centra, portanto, especificamente na pactuação e na incidência do ajuste limitativo ou excludente, a justificar a terminologia.”²⁵⁶

Assim, com base em uma nova concepção, é preciso, inicialmente, avaliar o dolo específico a partir do momento da estipulação da cláusula de não indenizar, buscando perceber se o devedor se aproveita de uma assimetria informacional existente entre as partes da avença. Nesta hipótese, o devedor descumpre intencionalmente seu dever de informação, impedindo, assim, o credor de realizar a correta gestão de riscos do negócio, descumprindo, consequentemente os ditames da boa-fé objetiva. A invalidade da cláusula de não indenizar, aqui, é patente.

Outra forma de avaliar o dolo específico é perquirir se o devedor deixa de compartilhar com a contraparte os riscos do negócio por ele já mapeados e desconhecidos da outra parte. Aqui, também há que se afastar a validade da convenção de não indenizar. Restaria, ainda, outra maneira de detectar a invalidade da cláusula de não indenizar nestes casos, ou seja, nas situações onde o motivo, quando determinante, pode vir a viciar o negócio jurídico. Neste cenário pode-se citar a incidência do dolo no motivo determinante, como por exemplo, nas hipóteses mencionadas nos artigos 145²⁵⁷, 147²⁵⁸ e 171, inciso II²⁵⁹ do Código Civil.

Enfrentado este ponto, passa-se a tratar de outra abordagem da verificação do dolo específico nas convenções de não indenizar, qual seja, verificação no

²⁵⁶ CASTRO, Diana Loureiro Paiva de. *Potencialidades funcionais das cláusulas de não indenizar: releitura dos requisitos tradicionais de validade*. Dissertação de mestrado. Universidade Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. 2018. P. 178. Disponível em: <http://www.bdt.d.uerj.br/handle/1/9871>.

²⁵⁷ Art. 145. São os negócios jurídicos anuláveis por dolo, quando este for a sua causa.

²⁵⁸ Art. 147. Nos negócios jurídicos bilaterais, o silêncio intencional de uma das partes a respeito de fato ou qualidade que a outra parte haja ignorado, constitui omissão dolosa, provando-se que sem ela o negócio não se teria celebrado.

²⁵⁹ Art. 171. Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico: II - por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores.

momento da execução contratual. Em uma primeira situação, pode ocorrer de uma das partes, se valendo da proteção que a cláusula de não indenizar implica, pratica ilícito e prejudica a execução regular do contrato. Diana Loureiro Paiva de Castro traz o seguinte exemplo desta hipótese de má-fé “(...) depositário que põe fogo no armazém em que estavam os bens do depositante ou do transportador que furta para si as mercadorias que deveriam ser transportadas.”²⁶⁰

Vale abordar, ainda, se caso a parte decida, na análise de prós e contras, inadimplir voluntariamente sua obrigação e pagar o valor fixado na cláusula de não indenizar pode ser encarada como postura que atenta a ordem pública. Há doutrina, neste caso, que advoga que não há, a princípio, qualquer invalidade nesta hipótese a invalidar a cláusula de não indenizar. A este respeito afirma Diana Loureiro Paiva de Castro:

“Não há, em juízo abstrato e apriorístico, violação à ordem pública se, da interpretação contratual, em relação equilibrada, decorrer que a equação negocial se deu no sentido de validade do cálculo do custo benefício, caso em que a estipulação da cláusula significará justamente a gestão de risco no sentido da satisfação dos interesses do credor com o montante fixado, que corresponde a determinada vantagem contraposta a este.”²⁶¹

Em sendo assim, encerrando este tópico, tem-se que a referida avaliação desse custo-benefício não deve ser encarada como dolo específico e, assim, a convenção não pode ser tida como inválida.

²⁶⁰ CASTRO, Diana Loureiro Paiva de. *Potencialidades funcionais das cláusulas de não indenizar: releitura dos requisitos tradicionais de validade*. Dissertação de mestrado. Universidade Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. 2018. P. 181. Disponível em: <http://www.bdt.d.uerj.br/handle/1/9871>.

²⁶¹ CASTRO, Diana Loureiro Paiva de. *Potencialidades funcionais das cláusulas de não indenizar: releitura dos requisitos tradicionais de validade*. Dissertação de mestrado. Universidade Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. 2018. P. 181. Disponível em: <http://www.bdt.d.uerj.br/handle/1/9871>.

3 O Estudo da Validade da Aposição de Cláusula Limitativa do Dever de Indenizar Inserida em Acordo de Processamento de Dados

3.1 Aspectos gerais

A divulgação de recente notícia²⁶² demonstrou os estarrecedores dados de pesquisa produzida pela empresa Tenable, a qual evidenciou que 984,7 milhões de dados pessoais foram vazados no Brasil no ano de 2022. Este número representa 112 *terabytes* de informações expostas no país, volume que representa 43% dos 257 *terabytes* em todo o mundo, de acordo com o Relatório do Cenário de Ameaças realizado pela referida empresa²⁶³.

Essa pesquisa demonstra um cenário em que as vulnerabilidades e as ameaças à segurança aos dados pessoais dos titulares, no Brasil, ainda é um enorme desafio para a desejada mitigação dos riscos que envolvem o tratamento de dados pessoais propalada pela LGPD, sobretudo, aos princípios da prevenção, da segurança e da responsabilidade e prestação de contas - *accountability* (artigo 6º, incisos VII, VIII e X da referida lei), aspectos de suma relevância ao tratarmos da apreciação da validade da cláusula de não indenizar em matéria de proteção de dados pessoais.

A evolução tecnológica acelerada da sociedade e, conseqüentemente, das relações interpessoais, acaba por gerar a necessidade de celebração de novos tipos contratuais pelos agentes econômicos, o que induz a um novo olhar acerca dos riscos envolvidos nestas contratações e a conseqüente necessidade de reparti-los, com o objetivo de trazer uma melhor gestão dos negócios a serem levados a efeito.

Como já exposto ao longo deste trabalho, no direito brasileiro, é lícita a gestão de riscos contratuais pelas partes, aspecto de grande relevo da manifestação de autonomia privada. Uma das construções que podem ser manejadas pelas partes para implementar essa alocação são as chamadas cláusulas de não indenizar. Trata-se da inclusão, no instrumento contratual, de cláusula que ou exclui a reparação por

²⁶² Notícia divulgada, em 04.06.2023, pelo jornal O Globo. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/economia/defesa-do-consumidor/noticia/2023/06/dossies-com-dados-publicos-e-privados-municiam-golpes-eletronicos.ghml> Acessado em 04.06.2023.

²⁶³ Relatório do Cenário de Ameaças realizado pela empresa Tenable. Disponível em: <https://pt-br.tenable.com/blog/tenable-2022-threat-landscape-report-reduce-your-exposure-by-tackling-known-vulnerabilities> Acessado em 04.06.2023.

perdas e danos decorrentes do inadimplemento (cláusula exoneratória) ou que limita a reparação pecuniária (cláusula limitativa), mitigando o princípio da reparação integral. E é justamente a investigação acerca da validade de uma cláusula limitativa do dever de indenizar, proposta neste estudo, inserida no bojo de um DPA, celebrado por partes paritárias, entre os agentes de tratamento de dados pessoais, que será objeto central de estudo neste capítulo.

Antes de prosseguir, é válido destacar que a partir da entrada em vigor da Constituição da República de 1988, centrada na dignidade da pessoa humana e na solidariedade, há uma nova exegese aplicada ao direito contratual. Entram em cena os princípios da boa-fé objetiva, do equilíbrio econômico e da função social como balizadores dos contratos e, assim, uma nova visão a ser conferida ao direito contratual. Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho e Diana Loureiro de Paiva Castro entendem que com este giro conceitual “É possível, didaticamente, relacionar cada princípio clássico a um novo princípio. Nesse raciocínio, vê-se que a boa-fé objetiva atual preponderantemente sobre a autonomia privada, o equilíbrio contratual altera substancialmente a força obrigatória dos pactos e a função social subverte o princípio da relatividade.”²⁶⁴

Os autores, em complemento a esse raciocínio, citam lição de Arnold Wald acerca de uma das consequências imediatas desta mudança de perspectiva acerca da visão acerca dos contratos. Veja-se:

“Salientamos que a sociedade necessita do bom fundamento da circulação das riquezas e da segurança jurídica, que se baseiam na sobrevivência de relações contratuais eficientes e equilibradas. Num mundo em constante transformação, o contrato deixa de definir direitos necessariamente imutáveis e situações jurídicas estratificadas para ser um instrumento de parceria, no qual as partes estabelecem um determinado equilíbrio econômico e financeiro que pretendem salvaguardar, fazendo as adaptações contratuais necessárias para tal fim. Não desaparecem, pois, nem a autonomia da vontade, nem a liberdade de contratar, mas ambas mudam de conteúdo e de densidade, refletindo a escala de valores e o contexto de uma sociedade em constante evolução (...).”²⁶⁵

²⁶⁴ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. CASTRO, Diana Loureiro Paiva de. Alocação de riscos contratuais entre a Lei de Liberdade Econômica e a boa-fé objetiva. P.115. In: COELHO, Fábio Ulhoa. TEPEDINO, Gustavo. LEMES, Selma Ferreira (Coord.) A Evolução do Direito no século XXI. Seus princípios e valores (ESG, Liberdade, Regulação, Igualdade e Segurança Jurídica). Homenagem ao Professor Arnaldo Wald./Coordenação Fábio Ulhoa Coelho, Gustavo Tepedino e Selma Ferreira Lemes. São Paulo: Editora IASP, 2023, 3 vols.

²⁶⁵ *Apud* MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. CASTRO, Diana Loureiro Paiva de. Alocação de riscos contratuais entre a Lei de Liberdade Econômica e a boa-fé objetiva. P.115. In: COELHO, Fábio Ulhoa. TEPEDINO, Gustavo. LEMES, Selma Ferreira (Coord.) A Evolução do Direito no século XXI. Seus princípios e valores (ESG, Liberdade, Regulação, Igualdade e

Estabelecido este ponto, é possível partir do pressuposto que todo agente econômico almeja acomodar sua expectativa acerca do retorno dos seus negócios em função dos riscos que se permite assumir, sobretudo, atualmente, nos inúmeros contratos derivados das relações jurídicas travadas no intrincado ambiente digital.

Neste sentido, vale destacar lição de Wanderley Fernandes a esse respeito:

“Essa alocação de riscos, no entanto, pode ser estabelecida pela própria lei, quando define compensações tarifadas, ou mesmo quando proíbe qualquer limitação. Neste último caso, temos os contratos nas relações de consumo. Isso não significa impedir a eficiente alocação de riscos, pois, em se tratando de tipo de contratação em rigor de massa, o agente econômico poderá distribuir o risco nas inúmeras transações efetuadas, de tal sorte que a contingência deverá refletir-se sobre o preço de maneira menos acentuada, como vimos há pouco.

Tratando-se de relações contratuais paritárias, o direito também define padrão de alocação de riscos, atribuindo a responsabilidade ao causador do dano, tendo em vista que essa é a alocação eficiente (...). Essa alocação, no entanto, é passível de modificação pelas partes (...).”

Em acréscimo à lição acima reproduzida, é possível destacar as palavras de Paula Greco acerca da alocação de riscos contratuais:

“(...) No âmbito dos mecanismos de alocação de riscos, identificada, como visto, as partes distribuem os riscos econômicos previsíveis a partir das cláusulas contratuais, efetuando a *gestão positiva da álea normal*. Tal alocação de riscos, identificada a partir da vontade declarada pelos contratantes, define, portanto, o equilíbrio econômico do negócio. Essa equação econômica, que fundamenta o sinalagma ou a corresponsabilidade entre as prestações, há de ser respeitada no decorrer de toda a execução contratual, em observância aos princípios do equilíbrio econômico e da obrigatoriedade dos pactos.”^{266 267}

Segurança Jurídica). Homenagem ao Professor Arnoldo Wald./Coordenação Fábio Ulhoa Coelho, Gustavo Tepedino e Selma Ferreira Lemes. São Paulo: Editora IASP, 2023, 3 vols.

²⁶⁶ BANDEIRA, Paula Greco. Contratos Incompletos. São Paulo: Atlas, 2015, pp. 174-175.

²⁶⁷ No mesmo sentido, Diana Loureiro de Paiva Castro e Carlos Edison do Rêgo Monteiro: “Os contratos, ao darem roupagem jurídica a interesses particulares, estabelecem as regras para relação negocial e equacionam os riscos econômicos entre as partes. Na celebração do ajuste, os contratantes preveem os infortúnios que podem atingir aquela relação e alocam entre si as consequências de tais eventos. A distribuição contratual de riscos pode se dar de duas maneiras: (i) por meio da *gestão negativa*, quando as partes optam por deixar em branco determinado elemento contratual, que será definido posteriormente, conforme o procedimento contratualmente previsto e (ii) por meio da *gestão positiva*, na qual se aloca determinado risco a uma das partes, a partir de cláusula contratual expressa. Destaca-se como exemplo de gestão negativa de riscos o contrato incompleto e como ilustrações da gestão positiva de riscos a cláusula resolutiva expressa e as cláusulas de não indenizar.” MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. CASTRO, Diana Loureiro Paiva de. Alocação de riscos contratuais entre a Lei de Liberdade Econômica e a boa-fé objetiva. P.113. In: COELHO, Fábio Ulhoa. TEPEDINO, Gustavo. LEMES, Selma Ferreira (Coord.) A Evolução do Direito no século XXI. Seus princípios e valores (ESG, Liberdade, Regulação, Igualdade e

Nesse contexto, as referidas cláusulas desempenham papel relevante, assim como as cláusulas penais, pois possibilitam aos contratantes uma certa previsibilidade em relação aos efeitos do inadimplemento. Tendo em vista que não é possível prever o acontecimento de eventos no futuro e, assim, os danos que podem ser ocasionados, é possível estabelecer uma atuação focada nos seus efeitos. Assim, é importante a distribuição dos riscos entre as partes e a fixação de quais danos serão ou não passíveis de ressarcimento, assim como estabelecer teto ou prefixação do valor a ser reparado.

Esta alocação de riscos se torna ainda mais relevante quando pensada em um cenário cada vez mais tecnológico, com tráfego de informações progressivamente mais veloz e intenso e, por isto mesmo, arriscado, onde há um dinamismo exacerbado nas relações jurídicas, que afeta, por via de consequência, os contratos celebrados neste ambiente. Por esta razão, a matriz de riscos a ser montada, nestes casos, deve ser objeto de detida reflexão, conforme já apontado anteriormente neste trabalho quando foi abordado o tema do Acordo de Processamento de Dados Pessoais. Sobre o ambiente de negócios em uma economia globalizada e o necessário respeito à alocação de riscos contratualmente fixada, Fábio Ulhôa Coelho traz a seguinte lição:

“Na economia globalizada, em que os investidores têm o mundo todo para investir, portanto, é à coletividade que interessa fundamentalmente a melhoria do ambiente de negócios, com o incremento do grau de segurança jurídica que o direito comercial inspira. Quando assegura a alocação de risco legal ou contratualmente definida, nas relações empresariais, é inevitável: o Judiciário protege a própria comunidade.”²⁶⁸

Buscam as partes, então, alcançar a melhor gestão de risco possível no negócio que pretendem levar adiante, juntamente com uma desejável segurança jurídica. Para além da formatação de uma matriz de risco balanceada pelas partes, a definição das responsabilidades a serem assumidas, bem como o desempenho da sua melhor gestão, é preciso que os contratantes tenham em mente que não são

Segurança Jurídica). Homenagem ao Professor Arnoldo Wald./Coordenação Fábio Ulhoa Coelho, Gustavo Tepedino e Selam Ferreira Lemes. São Paulo: Editora IASP, 2023, 3 vols.

²⁶⁸ COELHO, Fábio Ulhôa. A Alocação de Riscos e a segurança jurídica na proteção do investimento privado. Revista Brasileira de Direito. São Paulo, SP. V.16. n.7. P. 291-304. Jan/abr 2017. P. 302-303.

completamente livres para agir. Neste sentido, é relevante citar o entendimento de Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho e Diana Loureiro de Paiva Castro a este respeito:

“O operador do direito não pode descurar aqui da natureza e dos valores e interesses em jogo em cada negócio. Assim, precisará distinguir entre contratos paritários e desiguais; entre bens e direitos disponíveis e indisponíveis; entre contratos de adesão ou de livre negociação e daí por diante. Nessa toada, a gestão de riscos não poderá afastar as normas de ordem pública, como o Código de Defesa do Consumidor, que, com o fim de corrigir desequilíbrio existente na relação consumerista, reputa nulas cláusulas que “impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor”. (...) Acrescente-se, ainda, que apenas os riscos patrimoniais podem ser distribuídos pela autonomia privada, pois admitir que a vítima assumia potenciais riscos existenciais que fossem objeto de barganha durante a negociação representaria manifesta violação à dignidade da pessoa humana (...).”²⁶⁹

Os referidos autores prosseguem com a seguinte ponderação: “Fora das hipóteses mencionadas, tratando-se de contratos paritários livremente negociados, a gestão de riscos patrimoniais pactuadas entre as partes deve ser preservada.”²⁷⁰ Ricardo Dal Pizzol complementa o raciocínio:

“A importância de valorizar a autonomia privada em tais condições fica ainda mais evidente quando se considera, como já exposto, que tais cláusulas permitem às partes (i) promover a alocação dos riscos segundo seus interesses e (ii) conferir maior previsibilidade aos efeitos do inadimplemento.”²⁷¹

Em reforço ao pensamento acima, importa enfatizar a inovação legislativa trazida pela Lei nº 13.874/2019²⁷², notadamente o disposto no inciso II do artigo

²⁶⁹ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. CASTRO, Diana Loureiro Paiva de. Alocação de riscos contratuais entre a Lei de Liberdade Econômica e a boa-fé objetiva. P.119. In: COELHO, Fábio Ulhoa. TEPEDINO, Gustavo. LEMES, Selma Ferreira (Coord.) A Evolução do Direito no século XXI. Seus princípios e valores (ESG, Liberdade, Regulação, Igualdade e Segurança Jurídica). Homenagem ao Professor Arnoldo Wald./Coordenação Fábio Ulhoa Coelho, Gustavo Tepedino e Selam Ferreira Lemes. São Paulo: Editora IASP, 2023, 3 vols.

²⁷⁰ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. CASTRO, Diana Loureiro Paiva de. Alocação de riscos contratuais entre a Lei de Liberdade Econômica e a boa-fé objetiva. P.120. In: COELHO, Fábio Ulhoa. TEPEDINO, Gustavo. LEMES, Selma Ferreira (Coord.) A Evolução do Direito no século XXI. Seus princípios e valores (ESG, Liberdade, Regulação, Igualdade e Segurança Jurídica). Homenagem ao Professor Arnoldo Wald./Coordenação Fábio Ulhoa Coelho, Gustavo Tepedino e Selam Ferreira Lemes. São Paulo: Editora IASP, 2023, 3 vols.

²⁷¹ PIZZOL, Ricardo, Dal. Cláusulas de exoneração e limitação de responsabilidade: relações paritárias e não paritárias. Revista de Direito Civil Contemporâneo. Vol. 14. Ano 5. P. 207-236. São Paulo: Ed. RT. Jan-mar.2018.

²⁷² Instituiu, no Brasil, a Declaração de Direitos da Liberdade Econômica, buscando a promoção de uma nova cultura em território nacional, com o objetivo de fomentar um ambiente mais profícuo à circulação de riquezas. Importante observar que o presente trabalho não abordará a discussão

421-A.²⁷³ O referido inciso traz o seguinte comando “a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada.” Soma-se a esta disposição, o previsto no *caput* do recente artigo, o qual prevê que “os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos, até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais (...).” Ao analisar a nova regra, Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho e Diana Loureiro de Paiva Castro assim se posicionam:

“(...) pode ser lida como um reforço argumentativo para se sustentar a existência, no ordenamento jurídico pátrio, de um comando normativo de se preservar, em contratos paritários, a gestão de riscos livremente efetuada pelas partes. Por meio deste valor interpretativo, tutela-se, de uma só vez, a autonomia negocial e a boa-fé objetiva. (...) Vê-se que o comando hermenêutico de preservação da gestão de riscos patrimoniais em contratos paritários livremente negociados está de acordo tanto com o princípio da autonomia negocial quanto a cláusula geral da boa-fé objetiva. Aqui, autonomia negocial e boa-fé objetiva não se opõem, mas, ao contrário, caminham no mesmo sentido: o da tutela do valor da livre iniciativa previsto nos artigos 1º, IV, e 170 da Constituição da República.”^{274 275}

Este trabalho adotará a posição defendida por Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho e Diana Loureiro de Paiva Castro no sentido de que o inciso II, do artigo 421-A do Código Civil pode ser entendido como reforço argumentativo para a defesa da existência de regra, no território nacional, que impõe a preservação, em contratos paritários, da gestão de riscos livremente construída pelos contratantes.

existente acerca da utilidade da referida legislação e sua repercussão efetiva no ordenamento jurídico pátrio, uma vez que foge ao tema proposto neste estudo.

²⁷³ Art. 421-A. Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais, garantido também que:

I - as partes negociantes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução;

II - a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada; e

III - a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada.

²⁷⁴ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. CASTRO, Diana Loureiro Paiva de. Alocação de riscos contratuais entre a Lei de Liberdade Econômica e a boa-fé objetiva. P.120 e 124. In: COELHO, Fábio Ulhoa. TEPEDINO, Gustavo. LEMES, Selma Ferreira (Coord.) A Evolução do Direito no século XXI. Seus princípios e valores (ESG, Liberdade, Regulação, Igualdade e Segurança Jurídica). Homenagem ao Professor Arnoldo Wald./Coordenação Fábio Ulhoa Coelho, Gustavo Tepedino e Selma Ferreira Lemes. São Paulo: Editora IASP, 2023, 3 vols.

²⁷⁵ É válido citar, aqui, a posição crítica de Anderson Schreiber, Flávio Tartuce, José Fernando Simão, Marco Aurélio Bezerra de Mello e Mário Luiz Delgado acerca do disposto no inciso II do artigo 421-A: “(...) reforça genericamente a importância de observar a alocação de riscos definida pelas partes, quando o foco deveria recair sobre o aperfeiçoamento dos institutos relacionados a essa matéria, como a indicação de parâmetros que auxiliassem os magistrados na árdua tarefa de intervir no conteúdo contratual, quando tal intervenção se faz necessária, à luz das demais normas do Código Civil.” Código Civil Comentado: doutrina e jurisprudência/ Anderson Schreiber... [et al.] – 2ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020. P 261.

3.2 As cláusulas de não indenizar inseridas em Termos de Serviços

Pois bem. Antes de adentrar no estudo da validade de cláusula limitativa do dever de indenizar inserida em um DPA, negociado e firmado entre partes paritárias – o controlador e o agente de tratamento de dados pessoais – é interessante passar, a título comparativo, por uma breve análise de cláusula similar disposta em Termos de Serviços presentes em *sites* corriqueiramente acessados por consumidores pessoas físicas, os titulares de dados pessoais. Cite-se, por exemplo, a disposição constante nos Termos de Serviços²⁷⁶ do Youtube²⁷⁷:

“A responsabilidade total do YouTube e de suas afiliadas por qualquer reivindicação proveniente ou relacionada ao serviço limita-se: (a) ao valor da receita paga pelo YouTube a você com relação ao seu uso do serviço nos 12 meses anteriores à data de envio da sua notificação por escrito ao YouTube e (b) a US\$ 500, o que for maior.”²⁷⁸

Trata-se, portanto, de disposição contratual que restringe expressamente a reparação integral de eventual dano sofrido por consumidores²⁷⁹ dos serviços oferecidos pelo YouTube. Mas não é só. Em geral, estes Termos de Uso não são devidamente compreendidos pelos usuários (consumidores), na maioria dos casos

²⁷⁶ Em geral, os Termos de Uso preveem as limitações sobre possibilidade de uso dos dados e serviços ali disponíveis, de responsabilidades das partes, direitos, deveres e propriedades intelectuais. As Políticas de Privacidade, por outro lado, trazem informações sobre tratamento e obtenção dos dados dos usuários.

²⁷⁷ De acordo com o noticiado pela Forbes, em seu sítio eletrônico, o Brasil conta com 142 milhões de usuários do YouTube no ano de 2023, terceiro maior país em número de usuários no mundo. Disponível em: <https://forbes.com.br/forbes-tech/2023/05/brasil-e-o-terceiro-pais-com-mais-usuarios-do-youtube-em-2023/#:~:text=n%C3%A3o%20%C3%A9%20baixa,-.De%20acordo%20com%20o%20banco%20internacional%20de%20dados%20Statista%2C%20atualmente,no%20primeiro%20m%C3%AAs%20do%20ano>. Acessado em 02.06.2023.

²⁷⁸ Disponível em: <https://www.youtube.com/static?gl=BR&template=terms&hl=pt> Acessado em 03.06.2023.

²⁷⁹ Registre-se, aqui, a opinião de Cíntia Rosa Pereira Lima: “Assim, é fácil perceber que as atividades de tratamento de dados pessoais, definidas em *numerus apertus* no artigo 5º, inc. X da LGPD 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”, quando caracterizada a remuneração direta ou indireta, e as figuras de consumidor de um lado e fornecedor, de outro, aplica-se o CDC.” LIMA, Cíntia Rosa Pereira de Lima. Da invalidade da Cláusula de Não Indenizar em Matéria de Proteção de Dados. P. 407. In: Proteção de Dados Pessoais na Sociedade da Informação; entre dados e danos / Ana Cristina de Melo Silveira... [et al]. Coordenado por João Victor Rozatti Longhi, José Luiz de Moura Faleiros Júnior, Rodrigo Gugliara. – Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2021.

não chegam sequer a serem efetivamente lidos pelos mesmos²⁸⁰, de maneira que desconhecem, no momento da contratação, a existência da renúncia ao seu direito à reparação integral por eventual ocorrência de dano derivado do tratamento de dados pessoais. E, aqui, surge o primeiro problema a ser enfrentado na aceitação da existência deste tipo de cláusula em contratos de consumo, ou seja, a ausência de consentimento. Neste sentido, importa destacar a visão aguçada de Aguiar Dias a respeito deste tema, ainda em meados da década de 1950:

“O consentimento, na formação da cláusula de irresponsabilidade, tem a máxima importância, porque o campo é especialmente propício a violações da livre manifestação de vontade. A vontade manifestada há de ser real e séria, não bastando, pois, o mero ato de violação externa, mas a vontade revestida de manifestação suficiente, conscientemente dirigida a resultado de índole obrigatória.”²⁸¹

Destaca-se que o consentimento, nos dias atuais, sobretudo em matéria de proteção de dados, passou a exercer papel de grande destaque no que concerne a contratos celebrados em ambiente virtual, como se pode verificar da leitura do inciso XII, do artigo 5º da LGPD, conjugado com o disposto no artigo 8º do mesmo diploma legal. Exige-se, então, a “manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada.” A respeito desta discussão, cita-se as palavras de Cíntia Rosa Pereira Lima:

“O impasse é que, justamente pela complexidade na redação destes contratos, o usuário vê-se desestimulado a ler todos os termos e cláusulas contratuais, vendo-se “forçado” a concordar em bloco clicando numa declaração formulada pelo próprio fornecedor de que ele leu, entendeu e concorda com todos os termos da licença ou com todas as cláusulas do contrato.” (...)

²⁸⁰ A este respeito, permita-se citar os comentários de Cíntia Rosa Pereira Lima: “Há várias razões para os consumidores não lerem os contratos eletrônicos, dentre as quais: - por pressa, o usuário assume o risco de estar vinculado a cláusulas que desconhece; - pela falsa impressão de que na internet, pela facilidade e aparente gratuidade dos serviços oferecidos, os contratos não serão abusivos; - pela lógica do imediatismo, o usuário pretende satisfazer uma necessidade atual não se importando com as consequências futuras deste ato; - pela impossibilidade de compreender os termos estabelecidos de maneira padronizada e poluída nos quais se misturam cláusulas importantes que mitiguem direitos dos consumidores; dentre outras.” LIMA, Cíntia, Rosa Pereira de. O Ônus de ler os contratos na “ditadura” dos contratos eletrônicos. In: Direito e Novas Tecnologias I. CONPEDI/UFPB. ROVER, Aires José. CELLA, José Renato Gaziero. AYUDA, Fernando Galindo (Org.). Florianópolis; CONPENDI, 2014. P. 314-365. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=981322808aba8a03> Acessado em 02.06.2023.

²⁸¹ DIAS, José de Aguiar. *Cláusula de não indenizar*: (chamada cláusula de irresponsabilidade). 2ª edição. Rio de Janeiro, Revista Forense, 1955. P. 54.

“(...) as cláusulas restritivas de direitos devem ser destacadas, exigindo-se a anuência expressa e específica do consumidor; não bastando, portanto, fazer referência à política de privacidade redigida, propositalmente, de forma complexa e ininteligível a fim de desestimular sua leitura pelos usuários.” (...)

“Assim, a doutrina contratual social, pautada nos princípios contratuais sociais, notadamente a boa-fé objetiva, a função social do contrato e o equilíbrio contratual, deve considerar válidos e eficazes apenas as cláusulas contratuais das quais o usuário teve efetivo conhecimento.”²⁸²

Enfrentado, então, este primeiro ponto, é preciso analisar a forma como a regulação da proteção de dados e o Código de Defesa do Consumidor tratam a questão da cláusula de não indenizar presente no exemplo proposto de Termos de Uso.

A proteção do consumidor possui *status* constitucional, baseado no artigo 5º, inciso XXXII²⁸³ da CRFB, sendo certo que cabe ao Estado a promoção da defesa do consumidor, além de constituir, também, o princípio da ordem econômica, de acordo com os termos do artigo 170, inciso V²⁸⁴. Como bem pondera Heloisa Helena Barboza, em análise aplicável ao tema “(...) a vulnerabilidade deve ser levada em conta na aplicação das leis, à luz da Constituição, como critério de interpretação e como fundamento de analogia.”²⁸⁵

A proteção de dados, por força da EC 115/2022, passou, como já analisado anteriormente neste trabalho, a ostentar o caráter de direito fundamental, previsto expressamente no artigo 5º, inciso LXXIX²⁸⁶ da CRFB.

²⁸² LIMA, Cíntia, Rosa Pereira de. O Ônus de ler os contratos na “ditadura” dos contratos eletrônicos. In: Direito e Novas Tecnologias I. CONPEDI/UFPB. ROVER, Aires José. CELLA, José Renato Gaziero. AYUDA, Fernando Galindo (Org.). Florianópolis; CONPEDI, 2014. P. 314-365. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=981322808aba8a03> Acessado em 02.06.2023.

²⁸³ 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: XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

²⁸⁴ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: V - defesa do consumidor;

²⁸⁵ BARBOZA, Heloisa Helena. Proteção dos vulneráveis na Constituição de 1988: uma questão de igualdade. P. 117. In: NEVES, Thiago. (coord.). Direito e Justiça Social: por uma sociedade mais justa, livre e solidária: estudos em homenagem ao Professor Sylvio Capanema de Souza. São Paulo: Atlas, 2013.

²⁸⁶ ²⁸⁶ 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: LXXIX - é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais.

A reparação integral é direito básico do consumidor, de acordo com o artigo 6º, inciso VI²⁸⁷ do CDC. O artigo 25 do CDC dispõe que “É vedada a estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenue a obrigação de indenizar prevista nesta e nas seções anteriores.” Já o artigo 51, I do CDC afirma que é considerada uma cláusula abusiva aquela que “impossibilitem, exonarem 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”. Desta forma, sendo o consumidor uma pessoa física, a cláusula de não indenizar será considerada abusiva e, portanto, inválida. Nesta esteira, cita-se passagem de texto de autoria de Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho e Diana Loureiro de Paiva Castro: “Assim, o princípio da dignidade da pessoa humana impõe a tutela privilegiada das vulnerabilidades. Tal proposição fundamental não poderá ser desconsiderada pelo intérprete ao individuar a disciplina incidente no caso concreto.”²⁸⁸

Vale destacar, por oportuno, que o presente trabalho não irá se debruçar sobre a análise da validade desta convenção quando inserida em contrato celebrado com consumidor pessoa jurídica, hipótese também mencionada no inciso I, do artigo 51 do CDC, uma vez que foge ao escopo da análise pretendida neste Capítulo²⁸⁹.

Assim, o consumidor pessoa física, titular dos dados pessoais²⁹⁰, objeto do tratamento destes dados pelo fornecedor, está albergado contra a incidência dos efeitos da cláusula de não indenizar. Em reforço a esta conclusão, cita-se o disposto no artigo 45 da LGPD, o qual prevê regra no sentido de que “As hipóteses de

²⁸⁷ São direitos básicos do consumidor: VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

²⁸⁸ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. CASTRO, Diana Loureiro Paiva de. Alocação de riscos contratuais entre a Lei de Liberdade Econômica e a boa-fé objetiva. P.118. In: COELHO, Fábio Ulhoa. TEPEDINO, Gustavo. LEMES, Selma Ferreira (Coord.) A Evolução do Direito no século XXI. Seus princípios e valores (ESG, Liberdade, Regulação, Igualdade e Segurança Jurídica). Homenagem ao Professor Arnoldo Wald./Coordenação Fábio Ulhoa Coelho, Gustavo Tepedino e Selam Ferreira Lemes. São Paulo: Editora IASP, 2023, 3 vols.

²⁸⁹ Não obstante, permita-se fazer referência a estudo que também trata do tema. Veja-se: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. CASTRO, Diana Loureiro Paiva de. Proteção de Dados Pessoais e Cláusulas de Não Indenizar em Relações de Consumo; Tutela da vulnerabilidade do Consumidor e Teoria dos Efeitos da Lesão. P. 358-370. In: Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo / Adalberto Simão Filho... [et al]; coordenado por Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho... [et al] – Indaiatuba, Sp. Editora Foco, 2022.

²⁹⁰ Artigo 5º, inciso V: Para os fins desta Lei, considera-se: V - titular: pessoa natural a quem se referem os dados pessoais que são objeto de tratamento;

violação do direito do titular no âmbito das relações de consumo permanecem sujeitas às regras de responsabilidade previstas na legislação pertinente.” Desta maneira, o consumidor, titular dos dados pessoais, aqui, terá garantido o seu direito à reparação integral do dano suportado em razão de eventual incidente de segurança com seus dados pessoais.

Neste sentido, vale destacar a opinião de Cíntia Rosa Pereira Lima:

“Quanto à cláusula de não indenizar nas relações jurídicas de consumo, é inválida por contrariar o direito básico do consumidor à efetiva prevenção e reparação dos danos (inc. VI do art. 6º), além de ser caracterizada uma cláusula abusiva prevista no art. 51, inc. I do CDC (...).

Em suma, quando esta cláusula estiver inserida nas políticas de proteção de dados, será nula seja em virtude do direito à proteção de dados ser um direito fundamental, intimamente relacionado à dignidade da pessoa humana; seja em virtude de se aplicar o CDC, diante da verificação dos elementos da relação jurídica de consumo, que não sustenta tal prática pelo fornecedor, no caso o agente de tratamento de dados pessoais. (...)

Por fim, a própria Lei de Liberdade Econômica, Lei n. 13.874/2019 dispõe, em seu art. 3º, inc. VIII, “ter a garantia de que os negócios jurídicos empresariais paritários serão objeto de livre estipulação das partes pactuantes, de forma a aplicar todas as regras de direito empresarial apenas de maneira subsidiária ao avençado, exceto normas de ordem pública”, reforça a ideia de que o acordo entre as partes somente se sustenta se os contratos forem de adesão ou condições gerais à contratação, em que as cláusulas são estabelecidas unilateralmente pelos agentes de tratamento de dados. Além disso, o mesmo dispositivo legal ressalva que estes ajustes entre as partes não podem contrariar normas de ordem pública, como é a matéria de proteção de dados.”²⁹¹

Não obstante esta perspectiva, Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho e Diana Loureiro Paiva de Castro acreditam que é possível adicionar um outro aspecto na análise de cláusulas de não indenizar inseridas nesta modalidade contratual:

“A invalidade das cláusulas de não indenizar em caso de incidente de segurança com dados pessoais também resulta de uma segunda perspectiva, não menos importante, relativa à inadmissibilidade de se limitar ou excluir a reparação de danos decorrentes da lesão à pessoa humana, à luz da teoria dos efeitos da lesão.”²⁹²

²⁹¹ LIMA, Cíntia Rosa Pereira de Lima. Da invalidade da Cláusula de Não Indenizar em Matéria de Proteção de Dados. pp. 407-409. In: Proteção de Dados Pessoais na Sociedade da Informação; entre dados e danos / Ana Cristina de Melo Silveira... [et al]. Coordenado por João Victor Rozatti Longhi, José Luiz de Moura Faleiros Júnior, Rodrigo Gugliara. – Indaiatuba

²⁹² MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. CASTRO, Diana Loureiro Paiva de. Proteção de Dados Pessoais e Cláusulas de Não Indenizar em Relações de Consumo; Tutela da vulnerabilidade do Consumidor e Teoria dos Efeitos da Lesão. P. 362. In: Responsabilidade Civil nas Relações de

E essa inadmissibilidade de aceitação de cláusula de não indenizar – tanto com efeitos excludentes ou limitativos – nestes casos que em envolvem consumidores pessoas físicas em especial, deve ser entendido para além do dano moral, ou seja, nos incidentes com dados pessoais de consumidor em que o dano for material, a invalidade dos efeitos da cláusula deve, também, ser reconhecida.

A lesão, aqui, é à pessoa humana e, por este motivo, acaba por acarretar a inadmissibilidade da cláusula de não indenizar inserida neste tipo contratual, sobretudo, pela incidência, aqui, da teoria dos efeitos da lesão. Neste sentido, vale destacar o ensinamento de Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho e Diana Loureiro Paiva de Castro a este respeito.

“Cabe relembrar que a teoria dos efeitos da lesão sustenta a superação da identidade entre o dano e lesão. O dano é o efeito da lesão. Se não chegam a ser antagônicas, as fórmulas empregadas se mostram bem distintas: dizer-se que “dano = lesão” é bem diferente de afirmar-se que “dano = efeitos da lesão.”

A lesão à pessoa humana pode gerar também efeitos patrimoniais, na forma de danos emergentes e lucros cessantes. Assim, a “lesão à pessoa humana” não pode ser sinônimo ou núcleo de definição do conceito de “dano moral”. O dano será patrimonial ou extrapatrimonial a depender do efeito antijurídico produzido, que não guarda correlação com a natureza do bem jurídico tutelado.”²⁹³

Assim, nas hipóteses em que ocorrem incidentes de segurança com dados pessoais (no exemplo citado, consumidores como vítimas), ainda que o dano causado seja meramente material, a lesão permanece sendo à pessoa humana. Desta maneira, o requisito de validade das cláusulas de não indenizar é atingido frontalmente, resultando na invalidade destas convenções inseridas no contrato firmado entre o fornecedor e o consumidor. Neste sentido, os referidos autores complementam o raciocínio a respeito da nulidade de tais cláusulas nestes casos:

“Não se admite, portanto, cláusula limitativa ou excludente quando está em jogo a proteção de dados pessoais, assim como não é permitida a cláusula na hipótese de lesão à integridade psicofísica de passageiro em contrato de transporte ou de

Consumo / Adalberto Simão Filho... [et al]; coordenado por Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho... [et al] – Indaiatuba, Sp. Editora Foco, 2022.

²⁹³ MONTEIRO FILHO. Carlos Edison do Rêgo. CASTRO. Diana Loureiro Paiva de. Proteção de Dados Pessoais e Cláusulas de Não Indenizar em Relações de Consumo; Tutela da vulnerabilidade do Consumidor e Teoria dos Efeitos da Lesão. P. 363. In: Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo / Adalberto Simão Filho... [et al]; coordenado por Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho... [et al] – Indaiatuba, Sp. Editora Foco, 2022.

paciente por intervenção médica. Se, nos termos da Constituição, as situações existenciais passam a gozar de prioridade axiológica, não será possível, sob pena de subversão hermenêutica, a prefixação de valor máximo ou a exclusão da reparação pecuniária por lesão à pessoa humana. Seja o dano material, seja moral, a solução é a mesma.

Torna-se necessária, assim, a interpretação ampliativa no sentido de serem proibidas cláusulas que limitem ou excluam a reparação por danos materiais ou morais decorrentes de lesão à pessoa humana. Essa conclusão se aplica a toda e qualquer relação, de consumo ou civil. Em síntese, também sob esta perspectiva, o consumidor, vítima da lesão existencial, terá assegurado o direito à reparação integral dos danos sofridos em decorrência de incidentes de segurança com dados pessoais.”²⁹⁴

Fica evidenciada, assim, a invalidade da cláusula de não indenizar inserida em Termos de Serviços, no presente exemplo, constante de instrumento contratual imposto pelo YouTube, firmados com consumidores pessoas físicas – titulares dos dados pessoais – por ofensa, ao fim e ao cabo, à ordem pública.

Expostas essas ideias e as levando em consideração para o estudo que se segue, passa-se ao exame do objeto de estudo principal do presente Capítulo. Assim, pretende-se analisar se é possível, em sentido oposto ao abordado neste tópico, defender a validade de cláusula limitativa do dever de indenizar usualmente utilizada pelos contratantes em regime de paridade – controlador e operador de dados pessoais – em um Acordo de Processamento de Dados, considerado, aqui, imprescindível para a contratação da prestação de serviços de tratamento de dados pessoais.

3.3 Análise da validade de uma sugerida Cláusula Limitativa do Dever de Indenizar inserida em um Acordo de Processamento de Dados Pessoais

Enfrentado, portanto, os aspectos que levam à invalidade da cláusula de não indenizar inserida em contratos de consumo, passa-se a analisar a questão por outro viés, ou seja, a investigação acerca da validade da cláusula limitativa do dever de reparar inserida no bojo de um DPA²⁹⁵, firmado entre partes paritárias (controlador

²⁹⁴ MONTEIRO FILHO. Carlos Edison do Rêgo. CASTRO. Diana Loureiro Paiva de. Proteção de Dados Pessoais e Cláusulas de Não Indenizar em Relações de Consumo; Tutela da vulnerabilidade do Consumidor e Teoria dos Efeitos da Lesão. pp. 363-364. *In: Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo / Adalberto Simão Filho...* [et al]; coordenado por Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho... [et al] – Indaiatuba, Sp. Editora Foco, 2022.

²⁹⁵ São instrumentos contratuais que fixam as regras básicas para qualquer tratamento de dados pessoais levado a efeito por um operador em nome de um controlador. Os Acordos de Processamento

e operador de dados pessoais). Uma ressalva aqui é importante. A análise que se seguirá não envolve diretamente o titular dos dados pessoais – considerado nesta relação como um terceiro – mas, apenas, as partes contratantes, em regime de paridade, ou seja, o controlador e o agente de tratamento de dados pessoais.

Estabelecida esta premissa, é importante novamente ressaltar que apesar de a LGPD ser silente acerca da obrigatoriedade de formalização das relações jurídicas, por meio da celebração de instrumento contratual²⁹⁶, entre os agentes de tratamento de dados pessoais, esta medida é de extrema relevância para uma boa condução da relação a ser travada entre o controlador dos dados e o operador de dados pessoais, sobretudo para garantir a correta observância das exigências da legislação de regência, assim como para estabelecer, ao menos, obrigações mínimas e resguardar não só a segurança do tratamento, como dos direitos dos titulares de dados pessoais.

Sem adentrar no mérito acerca da natureza da responsabilidade dos agentes de tratamento de dados pessoais, a LGPD prevê em seu artigo 42 que “o controlador ou 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.” Assim, eventuais danos causados em decorrência de tratamento irregular de dados pessoais, em contrariedade com a LGPD, devem ser reparados pelos agentes de tratamento, a exceção das hipóteses de exclusão da responsabilidade previstas no seu artigo 43. Vale destacar, aqui, que os titulares de dados pessoais que sofrerem dano oriundos do tratamento de seus dados, podem pleitear a reparação junto a qualquer um dos agentes de tratamento, com base nas hipóteses dispostas nos incisos I e II do §1º do artigo 42 da LGPD.

Dentre as medidas a serem pensadas e acordadas previamente pelos agentes de tratamento envolvidos na negociação do DPA, é de suma importância que as partes realizem a avaliação e a gestão de riscos envolvida nesta prestação de serviço. É, nesta etapa, que se recomenda aos contratantes a avaliação da possibilidade de se valerem de alguma(s) modalidade(s) de cláusula de não indenizar e, ato contínuo,

de Dados Pessoais garantem que qualquer processamento de dados esteja de acordo com os requisitos da LGPD e demais normas aplicáveis.

²⁹⁶ Salvo em casos de transferência de dados de entes públicos para entes privados, bem como de transferência internacional de dados. Nestas hipóteses, a LGPD, conforme já mencionado anteriormente neste trabalho, prevê cláusulas contratuais específicas a serem adotadas.

discutirem sobre seus termos, a fim de mitigar os eventuais riscos envolvidos neste negócio.

Desta maneira, é preciso refletir bem sobre os perigos econômicos e negociais de prosseguir em uma relação contratual sem que esta esteja suficientemente regulada entre as partes, com os riscos devidamente sopesados e, preferencialmente, com os riscos envolvidos na operação de dados alocados de forma mais conveniente e refletida possível. Aqui entendemos pertinente citar uma colocação de Fábio Ulhôa Coelho:

“Desalocação ocorre quando um empresário suporta risco que não assumiu, simultaneamente à liberação, pelo juiz, de outro empresário de suportar risco que havia assumido.

São duas faces indissociáveis da mesma equação. Não é possível poupar um empresário de qualquer risco assumido sem necessária e concomitantemente o transferir a outro, que não o assumira. A assunção de risco pode decorrer da lei ou de contrato. Sempre que alguém se torna empresário ou um empresário inicia nova empresa, inevitavelmente chama para si determinados riscos. Não há atividade empresarial certamente fadada ao sucesso. Por mais engenhoso, prudente e competente que seja o empresário, sua atividade pode simplesmente não dar certo. Por vezes, até mesmo sem explicação racional.”²⁹⁷

É exatamente em razão desses riscos acima apontados que a autora francesa Monika Kwiatkowska chama a atenção, sob o viés prático, como as pretensões das partes que pretendem firmar um DPA podem influenciar na definição da alocação de riscos e, assim, consequentemente na estipulação de uma cláusula de não indenizar. Veja-se, abaixo, em tradução livre:

“Os controladores de dados frequentemente exigirão que o processador de dados aceite responsabilidade ilimitada pelas obrigações que eles concordam sob o contrato de processamento de dados. Este é um tópico altamente sensível que também precisa envolver uma análise completa do volume e da natureza dos dados que estão sendo processados. Os processadores de dados normalmente insistem em um limite para sua responsabilidade – que eles podem querer alinhar em quaisquer limitações acordadas no contrato principal ou que também pode ser configurado como um limite superior criado especificamente para o processamento de dados pessoais. Uma das opções a considerar (e a tendência atual) é que o limite seja proporcional à cobertura do seguro de segurança cibernética do processador de dados, embora os valores contra os quais os processadores de dados estejam segurados sejam frequentemente agregados e, portanto, não representem um limite

²⁹⁷ COELHO, Fábio Ulhôa. A Alocação de Riscos e a segurança jurídica na proteção do investimento privado. Revista Brasileira de Direito. São Paulo, SP. V.16. n.7. P. 291-304. Jan/abr 2017. P. 296.

adequado. Além disso, os eventos que podem desencadear a responsabilidade da parte também precisam ser cuidadosamente considerados.”²⁹⁸

Note-se, então, a dificuldade das empresas que atuam neste ambiente tecnológico definirem a gestão ótima dos riscos envolvidos em suas atividades, demonstrando assim, não só a necessidade de firmarem contratos devidamente refletidos, como, também, fixarem de forma otimizada as responsabilidades das partes e a assunção de riscos envolvidos. A cláusula limitativa do dever de indenizar, aqui, pode ser manejada para perseguir este objetivo.

Por tudo que foi dito até aqui, este trabalho propõe, a partir de agora, o estudo de uma cláusula limitativa do dever de indenizar hipotética, embora de uso corriqueiro, abaixo transcrita, aposta em um DPA. Contrato este celebrado entre o controlador e o operador de dados pessoais, ambas pessoas jurídicas, aqui entendidas como empresários que negociaram os termos deste contrato, no qual é previsto que o contratado (operador) tem limitado o seu dever de reparar à algumas hipóteses, bem como há a fixação de um teto máximo para a indenização. Note-se, a seguir, que a sugestão de cláusula a ser analisada tem os olhos voltados para a responsabilidade do operador dos dados pessoais. Veja-se:

Limitação de Responsabilidade do Operador: O OPERADOR não será responsável por qualquer perda ou dano decorrente do processamento de dados pessoais, exceto nos casos em que o OPERADOR agiu com dolo ou culpa grave. Em qualquer caso, a responsabilidade total do OPERADOR não poderá exceder o valor total pago pelo CONTROLADOR ao OPERADOR pelo processamento de dados pessoais durante o período de 24 (vinte e quatro) meses anteriores ao evento que deu origem à responsabilidade.

Da leitura da convenção acima sugerida, é possível depreender que, a princípio, o operador de dados pessoais não será responsável por qualquer perda ou

²⁹⁸ No original: “Data controllers will very often require that data processor accept uncapped liability for the obligations they agree under the Data processing agreement. This is a highly sensitive topic which needs to also involve a thorough analysis of the volume and nature of the data being processed. Data processors will typically insist on a cap on their liability – which they might want to have aligned on whatever limitations have been agreed in the master agreement or which can also be set up as a super cap specifically crafted for the processing of personal data. One of the options to consider (and current trend) is for the cap to be proportionate to the data processor’s cybersecurity insurance coverage, although the amounts data processors are insured against are often aggregate ones and therefore do not represent an adequate threshold. Furthermore, the events that are likely to trigger party’s liability also need to be carefully considered.” KWIATKOWSKA, Monica. *Negotiating a data processing agreement: a practical perspective*. 181-190. Derecom, 27, P. 188. Disponível em: <http://www.derecom.com/secciones/articulos-de-fondo/item/377-negotiating-a-data-processing-agreement-a-practical-perspective> .Acessado em 08.06.2023.

dano decorrente do processamento desses dados, exceto se agir com dolo ou culpa grave. Assim, caso haja a comprovação de uma atuação dolosa ou com culpa grave desse agente de tratamento, será devida indenização ao controlador de dados pessoais. No entanto, esta reparação deverá respeitar o limite máximo fixado na referida cláusula, disposição essa muito comum de manifestação das cláusulas contratuais de perfil restritivo do dever de indenizar. É certo, no entanto, como pode-se inferir do texto dessa cláusula, que caso o operador de dados pessoais haja com culpa leve, não responderá por eventuais danos causados.

Para iniciar a análise da validade da cláusula proposta neste trabalho, é preciso levar em consideração os requisitos de validade usualmente adotados pela doutrina, já abordados no capítulo anterior deste trabalho, em que pese a dificuldade derivada da circunstância do ordenamento jurídico pátrio não dispor de elementos específicos e sistematizados sobre a matéria.²⁹⁹

Em se tratando de partes reconhecidamente paritárias, empoderadas pelo *equal bargaining power*³⁰⁰, na hipótese aqui aventada, celebrantes de um DPA, com aposição de cláusula limitativa do dever de indenizar, surge, como primeiro requisito de validade a ser analisado, a manutenção do equilíbrio econômico do contrato. Assim, nesta relação, a paridade se medirá pela existência de uma real e efetiva negociação do instrumento contratual, bem como no julgamento sobre os termos e condições que guiarão a relação dos contratantes, e não a imposição pelo polo mais forte. Em relações desta natureza, sobressai a autonomia da vontade das partes, da onde derivam a liberdade contratual, a relatividade dos efeitos do contrato e a obrigatoriedade dos contratos, os quais não deixam de sofrer influência da boa-fé objetiva, equilíbrio contratual e função social do contrato³⁰¹.

²⁹⁹ Cabe rememorar que tanto o Código Civil de 1916, como o de 2002 não apresentam dispositivo que trate do tema de forma ampla. O Anteprojeto de Código das Obrigações, de autoria de Caio Mário da Silva Pereira, continha regra que tratava da matéria e fazia referência explícita à cláusula de não indenizar em seu artigo 924, norma esta inserida no capítulo que tratava da reparação do dano causado. Veja-se a redação da proposta: “Art.924. A cláusula de não indenizar somente prevalecerá se for bilateralmente ajustada, e não contrariar lei expressa, a ordem pública e os bons costumes, e nem tiver por objeto eximir o agente dos efeitos de seu dolo.”

³⁰⁰ Expressão utilizada por Antônio Pinto Monteiro na seguinte passagem de sua obra acerca do tema: “(...) pois o problema destas cláusulas torna-se particularmente agudo, como também acentua Eörsi, quando estão envolvidos consumidores, perante uma empresa, diferentemente do que acontece quando as partes usufruem de um *equal bargaining power*, em que o problema se reveste, exatamente por isso, de muito menor importância.” MONTEIRO, Antônio Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. 3ª Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2020. P. 247.

³⁰¹ A respeito desta influência leciona Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber: “Com efeito, a boa-fé objetiva não pode ser aplicada da mesma forma às relações de consumo e às relações mercantis e

Assim, a validade das cláusulas de não indenizar será avaliada quando as partes estão em reais condições de negociar livremente e, em processo conjunto, atingir a um consenso, de maneira equilibrada, acerca do projeto contratual. Vale citar aqui lição de Aguiar Dias:

“Exigimos, de outra parte, que a cláusula, para valer, corresponda a uma causa, definindo-a como razão pela qual o credor consente na exoneração do devedor, sem esquecer de ponderar que a contraprestação é pressuposto da sua existência, embora não seja necessário que haja equivalência objetiva entre elas, mas somente equivalência subjetiva para o aceitante da exoneração, isto é, em linguagem mais vulgar, ainda, para que a cláusula seja válida é necessário que o credor aceitante da cláusula tenha achado razoável aceitá-la, evidentemente por ser correspondente a uma vantagem por ele realizada.”³⁰²

Assim, na hipótese colocada à apreciação neste estudo, em se tratando de partes paritárias, com plena capacidade para avaliar os riscos envolvidos no negócio, e cientes da expertise ofertada pela parte neste contrato de prestação de serviços, em um ambiente onde o contrato foi negociado de forma livre e devidamente ponderada, é possível presumir que a decisão de assumir a limitação do dever de indenizar, aqui, foi consciente e aos menos em um primeiro olhar, baseada em análise econômico-financeira que embasou a contratação, pelo controlador, dos serviços ofertados pelo operador de dados, não havendo motivos para ferir a autonomia das partes e considerar, de antemão, a disposição como inválida.

O segundo requisito a ser investigado é o de respeito à ordem pública³⁰³ e às normas cogentes. Embora não exista muitas digressões a serem feitas à

societárias, pela simples razão de que os *standarts* de comportamento são distintos.” TEPEDINO, Gustavo. SCHREIBER, Anderson. A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no Novo Código Civil.” P. 42. In: Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional. Org. Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

³⁰² DIAS, José de Aguiar. Cláusula de não indenizar. In: Revista Forense. Vol. 119. Rio de Janeiro: Forense, set. 1948, P. 6.

³⁰³ Permita-se citar opinião de Antônio Pinto Monteiro acerca da busca do equilíbrio entre a autonomia privada e a ordem pública: “O ponto de equilíbrio entre a autonomia privada e a ordem pública, a necessidade de preservar e defender uma verdadeira autonomia que no seu exercício possa manifestar-se como expressão da personalidade humana, não conduzirão necessariamente, no campo das cláusulas de irresponsabilidade, à eliminação absoluta da autonomia negocial, acentuando-se, doutra forma, essa “agonia do indivíduo”, na esteira de outras medidas pautadas, por vezes, por uma actuação excessivamente providencial do Estado, postergando o papel do homem como agente autónomo do progresso econômico, conduzindo-nos de um Estado de Direito Social para uma espécie de Estado Tutor, suspeitando-se da capacidade de determinação livre e autónoma de cada um e olhando de soslaio e com desconfiança esse princípio fundamental da autonomia jurisdicção da pessoa, convertido, também ele, cada vez mais, num frasco de perfume vazio.”

invalidade das cláusulas de não indenizar – no caso em estudo, a cláusula limitativa do dever de reparar – quando as mesmas vão de encontro às normas de ordem pública ou às hipóteses específicas em que há normas cogentes vedando sua previsão, o fato é que este requisito se aplica à generalidade dos negócios jurídicos³⁰⁴. Neste sentido, as palavras de Aguiar Dias:

“Seu primeiro limite, dissemos, é a possibilidade de ser objeto de convenção o direito a que se referem. [...] Conforme seja este, ou não, parte do patrimônio, conforme esteja, ou não, no seu poder de disposição, surtirá a cláusula amplo efeito ou será nula. Prosseguindo, dissemos que não é admissível cláusula de irresponsabilidade com infração aos princípios de ordem pública e aos bons costumes, como não seria, mesmo sem atentado a essas normas, quando proibida pela lei positiva, em atenção aos motivos políticos, no tocante a certos contratos. Não há novidade nenhuma nessa exigência, que é comum a qualquer contrato.”³⁰⁵

Apesar de o conceito de ordem pública ser por demais etéreo e, assim, de difícil definição, Antônio Pinto Monteiro traz interessante abordagem sobre o tema: “De fato, não se pode olvidar que o conceito de “ordem pública” é inconstante, variável de acordo com diversos fatores, representando, enquanto cláusula geral, um “verdadeiro órgão respiratório do sistema jurídico.”³⁰⁶

Apesar de seu caráter intangível, este requisito pode vir a se materializar de diferentes formas. Assim, por exemplo, são vedadas as estipulações de cláusula de não indenizar do empregador em relação ao empregado que venha a sofrer dano em decorrência da relação laboral, também são consideradas inválidas estas convenções quando restringem ou exoneram o causador do dano de reparar integralmente danos pessoais. Neste sentido, destacam-se as palavras de Antônio Pinto Monteiro:

“Estando em causa o bem da incolumidade pessoal, não será admitida qualquer cláusula de irresponsabilidade, por evidentes razões de ordem pública, exigindo o

MONTEIRO, Antônio Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. 3ª Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2020. pp. 247 a 248.

³⁰⁴ Destaca-se a opinião de Wanderley Fernandes no sentido de considerar irrelevante a consideração da obediência à ordem pública e às normas cogentes como requisitos de validade das cláusulas de não indenizar: “Como apontado, a violação às normas cogentes ou – e este ou não tem sentido de sinonímia – de ordem pública, a nosso ver, são aplicáveis a qualquer disposição contratual, sendo irrelevante incluí-las como requisitos categoriais da cláusula.” FERNANDEZ, Wanderley. *Cláusulas de Exoneração e de limitação de responsabilidade*. Versão Digital. 2012. P. 187.

³⁰⁵ DIAS, José de Aguiar. *Cláusula de não indenizar*. In: Revista Forense. Vol. 119. Rio de Janeiro: Forense. Set. 1948, p. 6.

³⁰⁶ MONTEIRO, Antônio Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. 3ª Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2020. P.

respeito da pessoa humana que seja sancionada qualquer imprudência do lesante que cause danos pessoais, prevenindo-se assim atitudes negligentes em face de direitos *le plus sacrés*, e cuja protecção não poderá ser afectada, aliás, por considerações económicas de mercado (...).³⁰⁷

A vedação em questão, apesar da opinião do eminente jurista português, deriva, no Brasil, da garantia constitucional da dignidade da pessoa humana, ponto central do ordenamento jurídico pátrio. No mesmo sentido, pode-se citar, ainda, o exemplo de impossibilidade de previsão de cláusulas de não indenizar em contratos de transporte (artigo 734, parágrafo único do Código Civil) ou no âmbito da responsabilidade médica, bem como restrição ou exclusão da reparação integral de danos morais causados a pessoas físicas, evidente afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Destaca-se, por oportuno, que não haveria, a princípio, vedação a eventual estipulação que limitasse ou excluísse o dever de indenizar fundado, por exemplo, em dano moral causado à pessoa jurídica,³⁰⁸ já que não haveria contrariedade à ordem pública, uma vez que a estipulação não agride o princípio da dignidade da pessoa humana. Neste sentido, entendemos que a restrição apontada no item 3.2 deste Capítulo não se aplicaria aqui.

Ademais, nos casos em que há normas cogentes vedando a presença da cláusula de não indenizar, como no já referido contrato de transportes, bem como no Código de Defesa do Consumidor, não só em razão da vulnerabilidade do credor, como também da lesão à pessoa humana.

Por todo o exposto, é possível concluir que a cláusula limitativa sugerida no presente trabalho não ofende aos ditames da ordem pública ou a nenhuma outra norma cogente em vigor, sendo certo que, até aqui, pode ser considerada válida, eficaz e apta a produzir os seus efeitos.

Prosseguindo na análise crítica da referida disposição contratual proposta, percebe-se de sua leitura que a mesma prevê expressamente que o operador de dados pessoais somente responderá caso atue com culpa grave ou dolo, em observância à negociação e alocação de riscos engendrada entre as partes. Trata-se da limitação dos fundamentos do dever de indenizar, modalidade tradicional e de

³⁰⁷ MONTEIRO, Antônio Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. 3ª Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2020. P. 308.

³⁰⁸ Aqui levaremos em conta o enunciado nº 227 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça com o seguinte teor: “A pessoa jurídica pode sofrer dano moral.”

uso corriqueiro na praxe contratual. Destaque-se, por oportuno, como já dito anteriormente neste trabalho, que não se admite, em geral, a validade de cláusula que exonera ou limita o dever de indenizar daquele que agiu com dolo ou culpa grave.

Sobre esta espécie de cláusula limitativa do dever de indenizar Diana Loureiro Paiva de Castro comenta:

“Restringem-se, assim, os pressupostos do dever de indenizar, pactuando as partes, por exemplo, que o devedor responderá por perdas e danos apenas em caso de dolo ou culpa grave, que o devedor não arcará com a reparação nas hipóteses de mora ou de inadimplemento absoluto, ou, ainda, que não responderá (total ou parcialmente) por atos de terceiros.”³⁰⁹

Antônio Pinto Monteiro ao analisar este gênero de pacto limitativo aponta considerações relevantes sobre o tema:

“Uma outra forma por que tradicionalmente se procura limitar a responsabilidade, consiste em restringir os fundamentos ou pressupostos desta (*Haftungsvoraussetzungen*), acordando as partes, por exemplo, que o devedor só responderá no caso de ter agido com dolo ou culpa grave. Estipulada esta cláusula, o credor não poderá, pois, vir a exigir indemnização no caso de o devedor ter actuado com culpa leve. O que significa, afinal, que esta cláusula limitativa – porque limitativa dos fundamentos da responsabilidade, *rectius*, do grau de culpa do devedor – acaba por traduzir-se, na prática, numa cláusula de exclusão por culpa leve, exonerando-se o devedor sempre que o incumprimento não lhe seja imputável por dolo ou culpa grave.”³¹⁰

Assim, entende o autor que convenção deste tipo nunca irá promover uma total exclusão prévia do dever de indenizar, uma vez que, de acordo com elucidação feita por Ana Prata, “exonerando o devedor em dados tipos de situações, não o isenta indiferenciadamente da obrigação de indemnizar: esta existirá sempre que o seu fundamento legal não seja um dos convencionalmente afastados.”³¹¹

Ocorre, contudo, de acordo com este raciocínio, que o inverso também é verdadeiro, ou seja, há admissão de uma cláusula de exclusão do dever de indenizar

³⁰⁹ CASTRO, Diana Loureiro Paiva de. *Potencialidades funcionais das cláusulas de não indenizar: releitura dos requisitos de validade*. Dissertação (Mestrado em Direito Civil Constitucional). Universidade do Estado do Rio de Janeiro. 2018. P. 24. Disponível em: <http://www.bdt.d.uerj.br/handle/1/9871>.

³¹⁰ MONTEIRO, Antônio Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. 3ª Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2020. pp. 106-107.

³¹¹ PRATA, Ana. *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual*. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2020. P. 58.

por atos praticados pelo devedor com culpa leve. A disposição que afasta a indenização em decorrência da culpa leve constitui, nas hipóteses de responsabilidade subjetiva, uma cláusula exoneratória e não uma cláusula limitativa do dever de indenizar.

No entanto, do ponto de vista da vontade primeira das partes, na presente hipótese, a restrição do dever de indenizar, nas hipóteses em que o operador de dados pessoais age com dolo ou culpa grave, mesmo em ofensa intensa aos ditamos contratuais, é desejada pelas partes, considerada a economia do contrato e avaliação dos riscos envolvidos, constituindo, assim, verdadeira cláusula limitativa do dever de indenizar consubstanciada na restrição dos fundamentos do dever de indenizar. Permita-se citar as considerações de Antônio Pinto Monteiro a este respeito:

“O credor, acordando previamente com o devedor que este só responderá por comportamentos dolosos ou gravemente culposos – cláusula que até poderá encontrar perfeita justificação na natureza da operação económica a empreender – não está propriamente a renunciar à responsabilidade, antes a definir o âmbito da obrigação do devedor, assumindo voluntariamente o risco de não ser indemnizado por danos resultantes de faltas ligeiras. Negar tal possibilidade, traduzir-se-ia, quantas vezes, em impedir a realização de operações arriscadas, com graves prejuízos para o próprio credor – impedido de contratar – e para o tráfico jurídico em geral.”³¹²

Assim, no caso concreto, ora em estudo, percebe-se que a disposição, neste ponto, segue sem ofender qualquer dos requisitos de validade aplicáveis à cláusula limitativa do dever de indenizar, não encontrando, inclusive, restrições na doutrina especializada, razão pela qual encontra-se apta a produzir seus efeitos.

O último requisito de validade, tradicionalmente aceito pela doutrina, das cláusulas de não indenizar a ser verificado é a sua inaplicabilidade às obrigações essenciais do contrato. Assim, somente haveria validade destas convenções contratuais quando o seu objeto não se referir a uma obrigação principal da avença firmada. Para que sejam admitidas, então, a exclusão ou limitação do dever de reparar deveriam se restringir a obrigações acessórias do contrato. Pretende-se, com esta exigência, evitar que o devedor se exima de responsabilizar-se pelo incumprimento da obrigação principal e, com isso, surja uma situação abusiva, que acaba por afetar a eficácia do contrato.

³¹² MONTEIRO, Antônio Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. 3ª Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2020. P. 251.

Há, como já visto neste trabalho, vozes dissonantes à esta visão clássica, a defender que a eficácia de um vínculo obrigacional não deve ser limitada à preservação do dever de indenizar que nasce no instante do inadimplemento. Nesta esteira, defende Luiz Octávio Villela de Viana Bandeira:

“Isso porque o surgimento do dever de indenizar é somente uma das consequências estabelecidas pelo ordenamento jurídico para o momento patológico do vínculo obrigacional. O sistema normativo permite que a parte devedora lance mão de outros instrumentos jurídicos, tais como a execução específica do contrato, oposição de exceções e exercício do direito de retenção, que servirão para amparar a situação jurídica creditícia. Não é possível de antemão afirmar que a cláusula de não indenizar que verse sobre a obrigação principal necessariamente irá atingir de modo fulminante a eficácia do vínculo jurídico. Se o argumento é válido em princípio, há situações contratuais, no entanto, em que esses instrumentos se demonstrarão totalmente ineficazes para a tutela jurídica do credor.”³¹³

A cláusula, em estudo, pelo exposto, não caracteriza as impressões de sua regularidade nos casos assemelhados a esta modalidade, bem como a qualquer dos demais requisitos de validade já mencionados, de forma que, neste aspecto, está apta a produzir os seus regulares efeitos.

Por fim, citemos o trecho da cláusula que estabelece montante fixo da indenização a ser paga pelo devedor em caso de inadimplemento decorrente de dolo e culpa grave. Trata-se, neste caso, da hipótese de largo manejo na praxe contratual, denominada como “limite ao montante da indenização.”

Nesta hipótese, as partes acordam um limite máximo para o montante da indenização de algum dever jurídico originário. A cláusula limitativa do dever de indenizar pode, então, ou estabelecer um valor fixo a ser pago ou por meio de outra forma em que seja possível, às partes, determinar o valor devido em razão do inadimplemento contratual. Estabelece-se, portanto, um valor fixo ou quantia determinável no futuro, assim como a fixação de percentual sobre o *quantum* do dano a ser ressarcido. Assim, o valor a ser pago pelas partes será de seu conhecimento prévio no caso de inadimplemento. Antônio Pinto Monteiro traz a seguinte abordagem acerca desta modalidade de cláusula limitativa do dever de indenizar:

³¹³ BANDEIRA, Luiz Octávio Villela de Viana Bandeira. *As Cláusulas de Não Indenizar no Direito Brasileiro*. São Paulo: Almedina, 2016. P.

“Esse *plafond* consiste normalmente na indicação de uma certa soma pecuniária, podendo obter-se, no entanto, a limitação da indemnização por outras vias, nomeadamente através do estabelecimento de uma determinada percentagem de danos a cargo do lesante ou através de um valor declarado, desde que, neste caso, esse valor funcione como limite máximo da indemnização.”³¹⁴

Ana Prata complementa o raciocínio do autor português:

“(…) a avaliação convencional da coisa entregue e a restituir ou a declaração unilateral do seu valor, aceite pela contraparte, podem integrar-se neste tipo de cláusulas, sempre que a indemnização a pagar seja reduzida a esse montante máximo, isto é, sempre que o valor contratualmente declarado assuma a função de um ‘tecto’ indemnizatório – e não a de cláusula penal ou o mais modesto papel de determinar o valor do dano exclusivamente decorrente da perda da coisa.”³¹⁵

A vantagem na adoção desta modalidade de convenção está no conhecimento prévio, pelo devedor, do risco máximo a que está sujeito e, assim, levar a negociação de forma mais efetiva e produtora.

Aspecto importante a ser destacado é que a previsão desta modalidade de convenção não exclui a necessidade da regular apuração dos danos causados. Isso porque é preciso apurar, nos termos da lei, o valor total a ser indenizado, para, só aí, verificar qual o montante, de fato, devido ao credor. Antônio Pinto Monteiro, neste ponto, elucida a questão:

“O estabelecimento de uma soma máxima significa que o devedor só responde até esse limite, ficando por reparar o dano na parte excedente. Terá de se proceder ao cálculo da indemnização, nos termos apontados pela teoria da diferença, o que permitirá apurar se o *quantum respondeatur* é superior ao limite máximo fixado pelas partes.”³¹⁶

Letícia Marquez de Avelar complementa o raciocínio de Antônio Pinto Monteiro com importante consideração de aspecto prático:

“Como se vê, a cláusula limitativa não dispensa a liquidação do dano, ao contrário do que ocorreria, por exemplo, caso se tratasse de uma cláusula penal, pois esta

³¹⁴ MONTEIRO, Antônio Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. 3ª Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2020. P. 105.

³¹⁵ PRATA, Ana. *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual*. Coimbra: Almedina, 1985, P. 187.

³¹⁶ MONTEIRO, Antônio Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. 3ª Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2020. P. 105.

sim, fixa um montante invariável a ser pago pelo devedor em caso de inexecução da obrigação principal.”³¹⁷

Assim, a cláusula que prevê um montante fixo ou determinável como limite máximo da reparação depende, necessariamente, da avaliação da extensão dos danos. Se o montante destes for inferior ao limite convencionado pelos contratantes, a limitação contratual não operará efeitos.

Aspecto interessante a ser abordado é que a limitação do dever de indenizar baseada em um percentual possui características diversas das vistas até aqui. Assim, a antecipação dos riscos, possível quando estabelecido um valor determinado ou determinável, não se verifica aqui, pois a restrição do montante está atrelada diretamente à variação da extensão dos danos verificada. Ademais, aqui, qualquer que seja a extensão dos danos, estes serão reduzidos com base na proporcionalidade fixada pelos contratantes. Veja-se a lição de Ana Prata a respeito:

“(…) assim é que, estabelecido como limite indenizatório máximo um quantitativo fixo, ele não prejudica em nada o integral ressarcimento dos prejuízos, enquanto estes se situarem em valor inferior, podendo ser, em contrapartida, quando os danos sejam excedentes, completamente desproporcionada, por defeito, a indemnização em relação àqueles; já se o máximo for fixado por recurso à indicação como indemnizáveis de uma percentagem dos prejuízos totais, então, qualquer que seja a situação quanto à extensão destes, nunca haverá uma reparação integral, mas, por outro lado, por mais dilatados que sejam, a indemnização respeitará sempre a proporcionalidade convencionalmente estabelecida.”³¹⁸

É relevante notar que a validade desta modalidade de convenção limitativa está condicionada à fixação de teto – determinado ou determinável – ou percentual em montante que não seja considerado irrisório, sob pena de subversão completa do objetivo que perseguem, ou seja, a boa gestão dos riscos do negócio, em devida proporcionalidade, de modo a alcançar um ponto ótimo para a regular execução contratual. Cita-se, neste sentido, a opinião de Ana Prata a este respeito:

“Resta apenas referir que todos os defensores de uma mais ampla tolerância das cláusulas de limitação, concebidas nos termos deste número, relativamente às cláusulas de completa irresponsabilidade, admitem que o regime aplicável seja aquele, mais severo, correspondente a estas últimas, sempre que o quantitativo

³¹⁷ AVELLAR, Letícia Marques de. A cláusula de não indenizar: uma exceção do direito contratual à regra da responsabilidade civil. Curitiba: Juruá, 2012. pp. 50-51.

³¹⁸ PRATA, Ana. Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual. Coimbra: Almedina, 1985, P. 86.

convencionado como *plafond* de ressarcimento seja irrisório (em si mesmo ou em apreciação relativa à extensão dos danos).”³¹⁹

Em sentido semelhante sustenta Aguiar Dias:

“Quando a cláusula limitativa é voluntariamente calculada em soma sistematicamente inferior ao dano eventual, dissimula fraude e deve ser declarada nula. O problema se prende intimamente ao da causa. Para apreciar a contraprestação, rejeita-se o valor irrisório. Não convém exigir equivalência, palavra que se presta a equívocos. O que se procura é o mínimo de proteção capaz de afastar a injustiça por demais violenta. A fixação arbitrária, entretanto, quando guarde justas proporções, é até louvável, porque assegura a solvabilidade do responsável perante os prejudicados, afastando a sobrecarga da indenização.”³²⁰

Em sendo assim, a previsão que limita o montante máximo da indenização, no presente caso – a restrição do montante indenizatório não superior ao valor total pago pelo controlador ao operador pelo processamento de dados pessoais durante o período de vinte e quatro meses anteriores ao evento que deu origem à responsabilidade – além de não ir de encontro a qualquer requisito de validade das cláusulas de não indenizar aqui analisado, não pode, a princípio, ser considerado inválido, desde que, ao apurar o montante devido fique comprovado que o teto fixado não pode ser considerado como inválido.

Por todo o exposto, tem-se que o exemplo sugerido, aqui, de cláusula limitativa do dever de indenizar, inserida em um DPA, firmado entre partes paritárias (controlador e operador de dados pessoais), ambas pessoas jurídicas, aqui entendidas como empresários que negociaram os termos deste contrato consideradas, neste caso, no gozo do *equal bargaining power*, no exercício de sua livre autonomia privada, não se choca com qualquer requisito de validade das cláusulas de não indenizar analisados no presente trabalho, sendo, a princípio, hígida, capaz, então, de surtir os efeitos para os quais se destina, não esquecendo, porém, a necessidade de avaliar no momento da necessária apuração dos danos, se o limite estabelecido pode não ser considerado irrisório. Esta conclusão só foi possível em razão das características que ostentam as partes, neste exemplo, da relação jurídica travada entre elas não ser consumerista, assim, também, por não

³¹⁹ PRATA, Ana. Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual. Coimbra: Almedina, 1985, P. 90.

³²⁰ DIAS, José de Aguiar.. *Cláusula de não indenizar*: (chamada cláusula de irresponsabilidade). 2ª edição. Rio de Janeiro, Revista Forense, 1955. p.117.

envolver o titular dos dados pessoais. Desta forma, a liberdade de contratar, decorrente da autonomia da vontade, induzem a um olhar menos rigoroso a formalismos e restrições que se fazem necessárias quando há vulnerabilidades a serem tuteladas na relação jurídica.

Conclusão

A presente dissertação buscou demonstrar que com o avanço tecnológico e a ampla utilização de sistemas informatizados, as empresas estão lidando com volumes cada vez maiores de dados pessoais, exigindo a implementação de instrumentos contratuais adequados para garantir a conformidade com a LGPD e proteger os direitos dos titulares dos dados.

Inseridas neste cenário, as empresas envolvidas no tratamento de dados pessoais foram levadas a perseguir a adoção das melhores práticas de mercado, assim como uma boa gestão dos riscos que envolvem este tipo de operação. Uma das formas de implementar esta gestão, baseada em uma racionalidade econômica, é a correta alocação das responsabilidades das partes envolvidas, consideradas neste trabalho paritárias, sendo o manejo da cláusula limitativa do dever de indenizar uma excelente forma para implementar essa gestão eficiente de riscos, quando inserida em um Acordo de Processamento de Dados Pessoais.

O percurso trilhado por este trabalho se inicia, então, pela análise da evolução do conceito de privacidade, o contexto do surgimento da legislação da proteção de dados, bem como os aspectos gerais que norteiam, no Brasil, o tratamento de dados pessoais, tema relevante, uma vez que consiste no objeto do Acordo de Processamento de Dados aqui analisado. Na sequência, o trabalho passa em revista os contornos do Acordo de Processamento de Dados, sendo relevante ressaltar o silêncio legislativo acerca da obrigatoriedade da celebração desse instrumento contratual e a importância, não só da definição do papel do operador e do controlador de dados pessoais, como das suas obrigações e responsabilidades. Ato contínuo, apresenta-se o conteúdo mínimo que um Acordo de Processamento de Dados deve possuir para cumprir de forma eficiente o papel a que se destina.

Em outra etapa do trabalho, dedica-se um capítulo somente para o estudo da cláusula de não indenizar, onde são abordados seus aspectos gerais, sua função, o aprofundamento do estudo acerca das cláusulas limitativas do dever de indenizar e suas modalidades, objeto principal desta dissertação, assim como os seus requisitos de validade, aspecto essencial para este estudo.

Na parte final, buscou-se, em um primeiro momento, trazer aspectos relativos à alocação eficiente de riscos e o benefício auferido desta gestão quando

feita de forma correta. Na sequência, a título de comparação, abordou a restrição da autonomia privada do prestador de serviço em exercer a plena liberdade de estipular cláusula limitativa do dever de indenizar em contratos não paritários, desiguais, onde, em relação consumerista, o contratante, por assimetria informacional, fica relegado a uma posição de vulnerabilidade. Fica patente, então, a violação à normas de ordem pública a impedir esta modalidade de avença em contratos de consumo.

O trabalho sugere, na sequência, a adoção de cláusula limitativa do dever de indenizar, inserida no bojo de um Acordo de Processamento de Dados, firmado entre partes paritárias, sendo importante lembrar, aqui, que o titular dos dados pessoais é considerado terceiro e, portanto, não faz parte da relação contratual. A convenção, então, é analisada com base nos requisitos de validade que tradicionalmente são citados pela doutrina, e conclui-se, finalmente, pela sua validade, por não ofender normas de ordem pública (e normas cogentes), não se referir à exclusão do dever de indenizar baseada no dolo ou culpa grave, assim como não se referir às obrigações essenciais do contrato.

Referências

ALVES, Carla Segala, GUIDI, Guilherme Berti de Campos, LILLA, Paulo Eduardo de Campos. *Contratos e cláusulas em proteção de dados*. In: OPICE BLUM, Renato. *Proteção de dados: desafios e soluções na adequação à lei*. Alessandra Borelli Vieira ... [et al.]; organização Renato Müller da Silva Opice Blum. – 2 ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2021

AVELAR, Letícia Marquez de. *A Cláusula de não indenizar: uma exceção do direito contratual à regra da responsabilidade civil*. Curitiba: Juruá, 2012.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Cláusula cruzada de não indenizar (cross-waiver of liability), ou cláusula de não-indenizar com eficácia para ambos os contratantes – Renúncia ao direito de indenização – Promessa de fato de terceiro – estipulação em favor de terceiro*. Revista dos Tribunais. Ano 88. Volume nº 769. Novembro de 1999.

_____. *Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia* / Antônio Junqueira de Azevedo. 4.ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei nº 10.406, de 10.1.2002). São Paulo: Saraiva, 2002.

BANDEIRA, Luiz Octávio Villela de Viana. *As cláusulas de não indenizar no direito brasileiro*. São Paulo: Almedina, 2016.

BANDEIRA, Paula Greco. *Contratos Incompletos*. São Paulo: Atlas, 2015.

BARBOZA, Heloisa Helena. *Proteção dos vulneráveis na Constituição de 1988: uma questão de igualdade*. In: NEVES, Thiago. (coord.). *Direito e Justiça Social: por uma sociedade mais justa, livre e solidária: estudos em homenagem ao Professor Sylvio Capanema de Souza*. São Paulo: Atlas, 2013.

BARBOSA DA SILVA, Joaquim Marcelo. *As cláusulas excludentes e limitadoras da responsabilidade contratual. Caso Fortuito e Força Maior*. In: *Revista de Direito Privado*, v.6. São Paulo: Revista dos Tribunais. abr-jun. 2001, pp. 96-123.

BIONI, Bruno R., MENDES, Laura Schertel. *Regulamento Europeu de Proteção de Dados Pessoais e a Lei Geral brasileira de Proteção de Dados: mapeando convergências na direção de um nível de equivalência*. Cap. 14, pp. 804-805. In: TEPEDINO, Gustavo, FRAZÃO, Ana, OLIVA, Mile Donato. *Lei geral de proteção de dados pessoais e suas repercussões no direito brasileiro*. / Gustavo Tepedino, Ana Frazão, Milena Donato Oliva, coordenação. – 2. ed. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

BODIN DE MORAES, Celina. TEFFÉ, Chiara. *Redes Sociais virtuais: privacidade e responsabilidade civil. Análise a partir do Marco Civil da Internet*. Revista Pensar, v. 22, n. 1, 2017. In: MULHOLLAND, Caitlin, LATERÇA, Priscilla Silva. *A proteção de dados pessoais e a tutela de direitos fundamentais à luz da Lei Geral de Proteção de Dados*. Cap. 5, p. 143. *Vida política das tecnologias digitais / organização Manuela Trindade Viana, Luciana Badin*. – Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio, 2022.

BRANCO, Sérgio. *As hipóteses de aplicação da LGPD e as definições legais*. In: A LGPD e o novo marco normativo no Brasil / organização Caitlin Mulholland. Porto Alegre: Arquipélago, 2020.

CASTRO, Diana Loureiro Paiva de. *Potencialidades funcionais das cláusulas de não indenizar: releitura dos requisitos tradicionais de validade*. Dissertação de mestrado. Universidade Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. 2018. Disponível em: <http://www.bdttd.uerj.br/handle/1/9871>

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 6ª ed, São Paulo: Atlas. 2006.

CLARK. J. *Data-processing agreements from 30,000 feet*. Disponível em <https://iapp.org/news/a/data-processing-agreements-from-30000-feet/>

COELHO, Fábio Ulhôa. *A alocação de riscos e a segurança jurídica na proteção do investimento privado*. Revista de Direito Brasileira. São Paulo, SP. v. 16. n. 7. p. 291 – 304. Jan-abr. 2017.

DIAS, José de Aguiar. *Cláusula de não indenizar*: (chamada cláusula de irresponsabilidade). 2ª edição. Rio de Janeiro, Revista Forense, 1955.

_____; *Cláusula de não-indenizar*. Revista Forense, v.119. Rio de Janeiro, Forense, set.1948, pp. 5-23.

DÖHMANN. Indra Spiecker Gen. *A Proteção de Dados Pessoais sob o Regulamento Geral de Proteção de Dados na União Europeia*. Cap. 5. In: Tratado de proteção de dados pessoais / coordenadores Danilo Doneda ... [et al.]. – Rio de Janeiro: Forense, 2021. Ebook.

DONEDA, Danilo. *Panorama histórico da proteção de dados pessoais*. Cap. 1. In: Tratado de proteção de dados pessoais / coordenadores Danilo Doneda ... [et al.]. – Rio de Janeiro: Forense, 2021. Ebook.

_____; *Da Privacidade à Proteção de Dados Pessoais: Fundamentos da Lei Geral de Proteção de Dados*/ Danilo Doneda. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

FERNANDEZ, Wanderley. *Cláusulas de Exoneração e de limitação de responsabilidade*. Versão Digital. 2012.

FRAJHOF, Isabella, MANGET, Ana Lara. *As bases legais para o tratamento de dados pessoais*. Cap. 3. In: A LGPD e o novo marco normativo no Brasil / organização Caitlin Mulholland. Porto Alegre: Arquipélago, 2020.

FRAZÃO, Ana. *Curso de proteção de dados pessoais: fundamentos da LGPD* / Ana Frazão, Angelo Prata de Carvalho, Giovanna Milanez. – 1. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2022.

_____; *Liberdade de contratar e alocação de riscos. As recentes transformações que colocam em xeque as premissas essenciais da teoria contratual*. Publicado em 10.06.2020. Disponível em:

<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/liberdade-de-contratar-e-alocacao-de-riscos-10062020>

FRAZÃO, Ana, CARVALHO, Angelo Prata de, MILANEZ, Giovanna. *Curso de Proteção de dados pessoais: fundamentos da LGPD*/ Ana Frazão, Angelo Prata de Carvalho, Giovanna Milanez. – 1ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2022.

KWIATKOWSKA. Monica. *Negotiating a data processing agreement: a practical perspective*. 181-190. Derecom, 27. Disponível em: <http://www.derecom.com/secciones/articulos-de-fondo/item/377-negotiating-a-data-processing-agreement-a-practical-perspective>

KRAMER, Bianca. *Os agentes de tratamento de dados pessoais*. Cap.XII, In: A LGPD e o novo marco normativo no Brasil / organização Caitlin Mulholland. Porto Alegre: Arquipélago, 2020.

LIMA. Cintia Rosa Pereira de. *Da invalidade da cláusula de não indenizar em matéria de proteção de dados*. In: *Proteção de dos pessoais na sociedade de informação: entre dados e danos*/ Ana Cristina de Melo Silveira... [et.al]; coordenado por João Victor Rozzatti Longhi, José Luiz de Moura Faleiros Júnior, Rodrigo Gugliara. – Indaiatuba, Sp: Editora Foco, 2021.

_____.; *O Ônus de ler os contratos na “ditadura” dos contratos eletrônicos*. In: *Direito e Novas Tecnologias I*. CONPEDI/UFPB. ROVER, Aires José. CELLA, José Renato Gaziero. AYUDA, Fernando Galindo (Org.). Florianópolis; CONPEDI, 2014. P. 314-365. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=981322808aba8a03>

LYON-HINTZE. Susan. FRIEND. Jared. Chapter 2. *Controllers, Processors and Subprocessors*. In: WEISS, Justin B. (org). *Data Processing Agreement - Coordination, Drafting & Negotiation*. Porthmout: IAPP, 2019

MAIA, Roberta Mauro Medina. *A natureza jurídica da titularidade dos dados pessoais*. Cap. VII. In: *A LGPD e o novo marco normativo no Brasil* / organização Caitlin Mulholland. Porto Alegre: Arquipélago, 2020.

MARINHO, Maria. *A validade da cláusula de não indenizar relativa à obrigação principal*. Revista CEJ, Brasília, Ano XX, n.70, p. 113-121, set-dez. 2016.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MELLO. Ana Carolina Paes de. *A importância do data processing agreement na vigência da LGPD*. Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-importancia-do-data-processing-agreement-na-vigencia-da-lgpd-01072019>

MENDES, Laura Schertel. *A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais: Um modelo de aplicação em três níveis*. In: SOUZA, Carlos Affonso; MAGRANI, Eduardo; SILVA, Priscila (Coord.). *Lei Geral de Proteção de Dados – Caderno Especial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MENDES, Laura Schertel. FONSECA, Gabriel Campos Soares da. *Proteção de Dados para além do consentimento: Tendências de Materialização*. Cap. IV. In: Tratado de proteção de dados pessoais / coordenadores Danilo Doneda ... [et al.]. – Rio de Janeiro: Forense, 2021. Ebook.

MONTEIRO, Antônio Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. 3ª Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2020.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. CASTRO, Diana Loureiro Paiva de. *Alocação de riscos contratuais entre a Lei de Liberdade Econômica e a boa-fé objetiva*. In: COELHO, Fábio Ulhoa. TEPEDINO, Gustavo. LEMES, Selma Ferreira (Coord.) A Evolução do Direito no século XXI. Seus princípios e valores (ESG, Liberdade, Regulação, Igualdade e Segurança Jurídica). Homenagem ao Professor Arnoldo Wald./Coordenação Fábio Ulhoa Coelho, Gustavo Tepedino e Selam Ferreira Lemes. São Paulo: Editora IASP, 2023, 3 vols.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. CASTRO, Diana Loureiro Paiva de. *Proteção de Dados Pessoais e Cláusulas de Não Indenizar em Relações de Consumo; Tutela da vulnerabilidade do Consumidor e Teoria dos Efeitos da Lesão*. P. 358-370. In: Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo / Adalberto Simão Filho... [et al]; coordenado por Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho... [et al] – Indaiatuba, Sp. Editora Foco, 2022.

MULHOLLAND, Caitlin. *A LGPD e o novo marco normativo no Brasil/organização Caitlin Mulholland*. Porto Alegre: Arquipélago, 2020.

_____; *O direito de não saber como decorrência do direito à intimidade*. Comentários ao REsp 1.195.995. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 1, n. 1, jul.-set./2012.

MULHOLLAND, Caitlin, LATERÇA, Priscilla Silva. *A proteção de dados pessoais e a tutela de direitos fundamentais à luz da Lei Geral de Proteção de Dados*. Cap. 5. In: Vida política das tecnologias digitais / organização Manuela Trindade Viana, Luciana Badin. – Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio, 2022.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. v. II, 19ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2002

PEREIRA, Vinicius Martins. *Exoneração e limitação do dever de indenizar: entre riscos e equilíbrio*. Dissertação (Mestrado em Direito Civil Constitucional). Universidade do Estado do Rio de Janeiro. 2014.

PERES, Fábio Henrique. *Cláusulas Contratuais Excludentes e Limitativas do dever de Indenizar*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil* / Pietro Perlingieri: tradução de: Maria Cristina De Ciccio. 3.ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PIZZOL, Ricardo Dal. *Cláusulas de exoneração e limitação de responsabilidade: relações paritárias e não paritárias*. Revista de Direito Civil Contemporâneo. vol. 14. Ano 5. P. 207-236. São Paulo: Ed. RT. Jan-mar. 2018.

PRATA, Ana. *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual*. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2020.

RODOTÁ, Stefano. *A vida na sociedade de vigilância. A privacidade hoje*. Stefano Rodotá. Organização, seleção e apresentação de Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SALOMÃO, Luis Felipe. CUEVA, Ricardo Villas Boas. FRAZÃO, Ana. *Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no direito brasileiro*. Luis Felipe Salomão, Ricardo Vellas Bôas Cueva, Ana Frazão, coordenação. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020, Vários autores.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A EC 115/22 e a proteção de dados pessoais como direito fundamental*. *Consultor Jurídico*. 11 de março de 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-mar-11/direitos-fundamentais-ec-11522-protacao-dados-pessoais-direito-fundamental>

SCHREIBER, Anderson. TARTUCE, Flávio. SIMÃO, José Fernando. MELLO, Marco Aurélio Bezerra de. DELGADO, Mário Luiz. *Código Civil Comentado: doutrina e jurisprudência/ Anderson Schreiber... [et al.] – 2ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.*

SCHWABE, Jürgen; MARTINS, Leonardo. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão. Konrad-Adenauer-Stiftung*, 2005.

SCHUNK, Giuliana Bonanno. *Cláusulas de limitação e exoneração de responsabilidade e sua aplicação no direito civil brasileiro*. *Revista de Direito Empresarial – RDEmp / Belo Horizonte*, ano 9, n.2, p. 189-210, maio/ago. 2012.

SERRATO, Jeewon, Kim; WEISS, Justin B. Chapter 3 – *Common References in a Data Processing Agreement*. In: WEISS, Justin B. (org.). *Data Processing Agreements – Coordination, Drafting & Negotiation*. Porthmount: IAPP, 2019

SILVA, Rodrigo da Guia. *Cláusulas de não restituir versus cláusulas de não indenizar: perspectivas de delimitação dogmática a partir de uma análise funcional dos efeitos da resolução contratual*. *Revista IBERC, Minas Gerais*, v.2, n.1, p. 01-34, jan.-abr. 2019

SOUZA, Carlos Affonso, MAGRAMI, Eduardo, CARNEIRO, Giovana. *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais: uma transformação na tutela dos dados pessoais*. In: *A LGPD e o novo marco normativo no Brasil / organização Caitlin Mulholland*. Porto Alegre: Arquipélago, 2020.

TEPEDINO, Gustavo. *Fundamentos do direito civil: responsabilidade civil / Gustavo Tepedino, Aline de Miranda Valverde Terra, Gisela Sampaio da Cruz Guedes*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

TEPEDINO, Gustavo. BARBOZA, Heloisa Helena. MORAES, Maria Celina Bodin. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República – vol. I – 3ª ed. ver. e atual*. Rio de Janeiro, Renovar, 2014.

TEPEDINO, Gustavo, TEFFÈ, Chiara Spadaccini. *Consentimento e proteção de dados pessoais na LGPD*. Cap. 10. In: Lei geral de proteção de dados pessoais e suas repercussões no direito brasileiro / Ana Frazão, Gustavo Tepedino, Milena Donato Oliva, coordenação. – 2. ed. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

TEPEDINO, Gustavo. SCHREIBER, Anderson. *A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no Novo Código Civil*. In: Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional. Org. Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

TERRA, Aline de Miranda Valverde. GUEDES. Gisela Sampaio da Cruz. *Inexecução das obrigações: pressupostos, evolução e remédios*. Volume I. Aline de Miranda Valverde Terra, Gisela Sampaio da Cruz Guedes (Coordenadoras). Rio de Janeiro: Processo, 2020.

VIOLA, Mario, TEFFÈ, Chiara Spadaccini. *Tratamento de dados pessoais na LFPD: Estudos sobre as bases legais dos artigos 7º e 11*. Cap. 6. In: Tratado de proteção de dados pessoais / coordenadores Danilo Doneda ... [et al.]. – Rio de Janeiro: Forense, 2021. Ebook.

WALD, Arnaldo. *A cláusula de limitação de responsabilidade no direito brasileiro*. Revista de Direito Civil Contemporâneo. n.2. v.4. p. 131-138. São Pau, Ed. RT, jul-set. 2015.

WEISS. Justin B. Chapter I – *Foundations* – In: WEISS, Justin B (org). *Data Processing Agreement. Coordination, Drafting & Negotiation*. Porthmouth: IAPP, 2019. Ebook.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assim. *O surgimento e o desenvolvimento do right of privacy nos Estados Unidos*. Revista Brasileira de Direito Civil (RBDCIVIL), v.3, jan-mar. 2015.

ZUBOFF, Shoshana. *A era do capitalismo de vigilância: a luta por um futuro humano na nova fronteira do poder*. Tradução George Schlesinger. 1. Ed. – Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020.