

Responsabilidade Civil pela Coleta, Gestão e Armazenamento de dados de outrem

LEONARDO NETTO PARENTONI

Mestre em Direito Empresarial pela UFMG.

Professor em cursos de Graduação

e Pós-Graduação.

Procurador Federal.

SUMÁRIO

1. Delimitação do Tema 2. Esclarecimento metodológico
3. Conceitos preliminares 4. Legislação correlata 5. Coleta, gestão e
armazenamento de dados de outrem e os novos contornos da privacidade na sociedade da informação 6. Noções fundamentais de responsabilidade civil 7. Responsabilidade Objetiva e Teoria do Risco 8. As excludentes de responsabilidade civil 9. Responsabilidade civil pela coleta, gestão e armazenamento de dados de outrem 10. Conclusão 11. Referências.

1. Delimitação do Tema.

Este artigo aborda a responsabilidade civil pela coleta, gestão e armazenamento de dados de outrem, enfocando seus aspectos peculiares e os conceitos técnicos envolvidos na discussão, a fim de verificar se se trata de responsabilidade subjetiva ou objetiva, bem como se são aplicáveis as excludentes de caso fortuito e força maior. Nesta análise, são mencionadas normas nacionais e estrangeiras, bem como a jurisprudência afeta ao tema.

2. Esclarecimento metodológico.

O assunto escolhido relaciona-se tanto ao Direito Público quanto ao Direito Privado. Assim, por exemplo, as questões relativas ao regime constitucional de proteção à intimidade e às comunicações de dados, bem como a doutrina sobre a responsabilidade civil.

Contudo, não se pretende realizar uma análise exaustiva de tais temas, à luz da doutrina clássica, mas apenas situar o leitor em seus aspectos fundamentais, de modo sucinto, a fim de aplicar esse instrumental teórico à principal questão proposta, qual seja, a responsabilidade civil pela coleta, gestão e armazenamento de dados de outrem.

Pretende-se, com isso, construir um eixo teórico que permita embasar cientificamente as conclusões sem, contudo, tornar o texto demasiado extenso ou enfadonho, resguardando sua maior parte para a adaptação dos conceitos tradicionais ao novo paradigma¹ da sociedade da informação, notadamente o das comunicações via *internet*.

3. Conceitos preliminares.

A cada segundo, acontecem cerca de um milhão de *clicks*

1 CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. *Reflexões sobre o Direito Virtual*. Palestra proferida na Faculdade de Direito da UFMG, no Seminário Direito Passo a Passo com o Futuro, em 2000. Disponível em <<http://www.obcl.com.br/>>. Consultado em 08.11.2008. "(...) precisamos fazer uma distinção importante, para bem apreciarmos o título deste Seminário:

- para o juspositivista, o Direito sempre estará, inevitavelmente, atrasado com relação ao presente; jamais se encontrará passo a passo com o presente e, muito menos, com o futuro;
- para o jusnaturalista, o Direito se encontrará sempre *pari passu* com o presente, pulsando no presente e disciplinando-o, preparando um futuro melhor; mas, parodiando Blaise Pascal, poder-se-ia indagar: o que é o presente, senão um ponto entre dois infinitos?"

nas páginas da *internet*². Esse montante ilustra a imensidão de dados continuamente transmitidos através da rede.

Dentre os vários significados constantes do dicionário, o que mais se relaciona à palavra dado, no sentido em que aqui empregada, é “informação relativa a um indivíduo, capaz de identificá-lo”³.

Porém, o dicionário transmite a falsa impressão de que os termos *dado* e *informação* são sinônimos quando, na verdade, constituem conceitos tecnicamente distintos:

“Embora sejam ocasionalmente tratados como equivalentes, os ‘dados’ constituem a matéria-prima e ‘informação’, os dados processados, ou seja, o conjunto de dados relevantes a que se atribui um significado determinado.”⁴

No Direito positivo brasileiro, o Decreto nº 97.057/1988, que regulamentou⁵ a Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 4.117/1962), traz a seguinte definição de dados:

“Art. 6º Para os efeitos deste Regulamento Geral, dos Regulamentos Específicos e das Normas complementares, os termos adiante enumerados têm os significados que se seguem:

(...)

23º) Dado - informação sistematizada, codificada eletronicamente, especialmente destinada a processamento por computador e demais máquinas de tratamento racional e automático da informação.”⁶

Há que se destacar, também, a existência de várias espé-

2 Estatística constante de: ROSA, Mário. *A Reputação na Velocidade do Pensamento: Imagem e Ética na Era Digital*. São Paulo: Geração Editorial, 2006. p. 34.

3 Dicionário Eletrônico Houaiss. Verbete “dado”.

4 SANTOS, Manoel J. Pereira dos. Princípios para Formação de um Regime de Dados Pessoais. In: LUCCA, Newton de, SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.). *Direito e Internet: Aspectos Jurídicos Relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. v. 2. p. 357.

5 Mais precisamente, a referida lei foi originariamente regulamentada pelo Decreto nº 52.026, de 20 de maio de 1963, tendo sido este alterado pelo Decreto nº 97.057, de 10 de novembro de 1988.

6 Decreto nº 97.057/1988 Art. 6º, 23º.

cies de dados, na medida em que o tratamento jurídico de cada uma delas é distinto⁷.

A primeira grande classificação separa os dados referentes a pessoas dos demais.

Assim, são *dados anônimos* os que se relacionam a pessoas consideradas *em abstrato*, como ocorre com as estatísticas. Por não se referirem a sujeitos individualizados, essa espécie de dados não é susceptível, ao menos em tese⁸, de causar dano a direitos subjetivos, razão pela qual não merece proteção jurídica⁹.

Em seguida têm-se os *dados pessoais*¹⁰ que, como o próprio nome sugere, são os que se relacionam a pessoas *individualizadas* ou *individualizáveis*, ainda que indiretamente. Merecem tutela jurídica na medida em que são capazes de causar dano a direitos da personalidade¹¹.

7 Sobre o tema, aprecie-se: VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Direito da Sociedade da Informação: Protecção de dados pessoais e direito à privacidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999. v. I. p. 245.

Vide também: SANTOS, Manoel J. Pereira dos. Princípios para Formação de um Regime de Dados Pessoais. In: LUCCA, Newton de, SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.). *Direito e Internet: Aspectos Jurídicos Relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. v. 2. p. 357-358.

8 Diz-se ao menos em tese porque não seria exagero imaginar uma situação na qual determinada estatística pudesse causar danos ao conjunto de sujeitos nela mencionado, ainda que não individualizáveis, por configurar ofensa a direitos coletivos.

9 Nesse sentido, o Considerando nº 26 da Diretiva nº 95/46 da Comunidade Europeia. Disponível em <http://www.cert.fnmt.es/legsoporte/Directiva%2095_46_CE%20Datos%20CaracterPersonal.pdf>. Consultado em 15/02/2009. "Considerando que los principios de la protección deberán aplicarse a cualquier información relativa a una persona identificada o identificable; que, para determinar si una persona es identificable, hay que considerar el conjunto de los medios que puedan ser razonablemente utilizados por el responsable Del tratamiento o por cualquier otra persona, para identificar a dicha persona; que los principios de la protección no se aplicarán a aquellos datos hechos anónimos de manera tal que ya no sea posible identificar al interesado (...)"

10 Art. 2º, a da Diretiva nº 95/46 da Comunidade Europeia. "A efectos de la presente Directiva, se entenderá por:

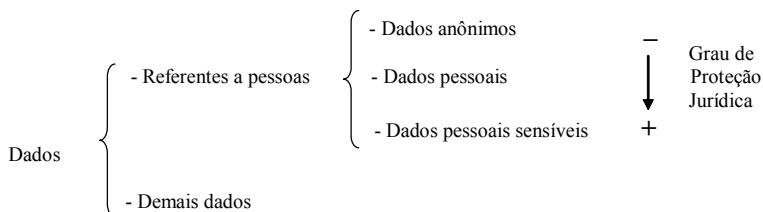
a) 'datos personales': toda información sobre una persona física identificada o identificable (el 'interesado'); se considerará identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un número de identificación o uno o varios elementos específicos, característicos de su identidad física, fisiológica, psíquica, económica, cultural o social;"

11 REALE, Miguel. *Os Direitos da Personalidade*. Disponível em <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/dirpers.htm>>. Consultado em 08.11.2008. "(...) os direitos da personalidade correspondem às pessoas humanas em cada sistema básico de sua situação e atividades sociais (...).

(...) cada direito da personalidade se vincula a um valor fundamental que se revela através do processo histórico, o qual não se desenvolve de maneira linear, mas de modo diversificado e plural, compondo as várias civilizações, nas quais há valores fundantes e valores acessórios, constituindo aqueles a que denomino invariantes axiológicas.

Por fim, há os *dados sensíveis*, uma espécie de dados pessoais que diz respeito aos principais aspectos da personalidade ou do comportamento de um indivíduo. Mesmo que coletados, eles *não poderão sofrer tratamento*, ou seja, serem organizados de forma sistematizada, por meio de cruzamentos com outros dados, a fim de expor os aspectos mais íntimos de um sujeito, como convicções sexuais, religiosas, políticas ou filosóficas¹².

O esquema abaixo ilustra a classificação proposta:



Note-se, ainda, que o sujeito ao qual se referem os dados é chamado de *interessado*, enquanto a pessoa física ou jurídica, pública ou privada, distinta do interessado, que promove a coleta, gestão e armazenamento de seus dados denomina-se *terceiro*¹³.

Feitas essas considerações, passa-se, agora, a abordar a legislação referente ao tratamento de dados pessoais.

4. Legislação correlata.

No Direito estrangeiro, as primeiras preocupações com a

Estas parecem inatas, mas assinalam os momentos temporais de maior duração, cujo conjunto compõe o horizonte de cada ciclo essencial da vida humana."

Aprecie-se também: RODRIGUES, Ivana Bonesi. Responsabilidade civil por danos causados aos Direitos da Personalidade. *Revista de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.º 09, p. 119-141, jan./mar. 2002.

¹² O art. 8º, I da Diretiva nº 95/46 da Comunidade Européia traz uma lista dos dados considerados sensíveis: "Los Estados miembros prohibirán el tratamiento de datos personales que revelen el origen racial o étnico, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, la pertenencia a sindicatos, así como el tratamiento de los datos relativos a la salud o a la sexualidad."

¹³ O artigo 2º, f da Diretiva nº 95/46 da Comunidade Européia define terceiro como sendo: "la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio o cualquier otro organismo distinto del interesado, del responsable del tratamiento, del encargado del tratamiento y de las personas autorizadas para tratar los datos bajo la autoridad directa del responsable del tratamiento o del encargado del tratamiento;"

regulamentação dos dados pessoais remontam à década de 70¹⁴. Todavia, foi somente na década seguinte que surgiu uma iniciativa transnacional sobre o tema, oriunda da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OECD. Trata-se das Diretivas sobre a Proteção da Privacidade e o Fluxo Transfronteiriço de Dados Pessoais, de 23 de setembro de 1980¹⁵.

No âmbito da Comunidade Européia, o tema é atualmente regulado pela Diretiva nº 95/46 do Parlamento Europeu, de 24 de outubro de 1995¹⁶, enquanto nos Estados Unidos da América há apenas uma orientação do Departamento de Comércio, datada de 21 de julho de 2000, denominada *Safe Harbour Privacy Principles*¹⁷, cujo intuito é compatibilizar a atuação das empresas norte-americanas com o regime de tratamento de dados adotado pela Comunidade Européia.

Em ambas se verificam, basicamente, sete princípios¹⁸:

- 1) O *site* que pretende coletar dados deve informar isso ao interessado;
- 2) A partir da informação mencionada acima, o interessado tem o direito de decidir se permite ou não a coleta;
- 3) É necessária a autorização expressa do interessado para que o *site* possa repassar os dados coletados a terceiros;
- 4) Deve haver uma clara política de segurança para que se evite a perda de dados;

14 Conforme: DONEDA, Danilo. *Da Privacidade à Proteção de Dados Pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 206.

Podem ser citados, por exemplo, a lei sueca conhecida como Datalagen, de 11 de maio de 1973, o Privacy Act norte-americano, de 1974, as leis dinamarquesas nº 243 e 244, ambas de 08 de julho de 1978, além da Constituição portuguesa de 1976, que tratava do tema em seu artigo 35.

15 Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data, from Organization for Economic Cooperation and Development – OECD. Disponível em <http://www.oecd.org/document/18/0,3343,en_2649_34255_1815186_1_1_1_1,00.html>. Consultado em 15/02/2009.

16 Diretiva nº 95/46 da Comunidade Européia. Disponível em <http://www.cert.fnmt.es/legsoporte/Directiva%2095_46_CE%20Datos%20CaracterPersonal.pdf>. Consultado em 15/02/2009.

17 Safe Harbour Privacy Principles. Disponível em <<http://www.export.gov/safeHarbor/SHPRINCIPLES-FINAL.htm>>. Consultado em 15/02/2009.

18 ROHRMANN, Carlos Alberto. *Notas acerca do Direito à Privacidade na Internet: A perspectiva comparativa*. Revista da Faculdade de Direito Milton Campos. Belo Horizonte, v. 9, 2002. p. 25.

5) Deve-se assegurar a integridade dos dados coletados, evitando sua adulteração;

6) É garantido o pleno acesso do interessado a seus dados, inclusive com a possibilidade de retificação;

7) Deve haver instrumentos que garantam a efetiva fiscalização e o cumprimento dos seis princípios mencionados acima.

Talvez fosse interessante, *de lege ferenda*, acrescentar outro princípio a essa lista. Trata-se da necessidade de garantir ao usuário pleno acesso a todas as funcionalidades de um *site*, mesmo se ele optar por não fornecer dados pessoais, desabilitando tal opção no seu navegador de *internet*¹⁹. Na prática, o que se verifica é que a navegação completa em grande número de páginas somente é possível mediante a coleta de dados pessoais. Proibida essa coleta, alguns recursos da página se tornam indisponíveis, cerceando seus usuários.

O *leading case* norte-americano acerca da privacidade em matéria de fluxo de dados via *internet* data de 1998. Trata-se de *Federal Trade Commission v. GeoCities*²⁰. Neste caso, a agência norte-americana denominada *Federal Trade Commission* ajuizou uma ação contra a *GeoCities*, sociedade empresária que, na época, mantinha um dos mais populares *web sites* daquele país, com aproximadamente dois milhões de usuários.

Para usufruir dos serviços prestados pela *GeoCities*, os usuários deveriam preencher um formulário eletrônico com dados pessoais tais como nome, *e-mail*, endereço, sexo, estado civil e grau de escolaridade. Sua única opção era escolher se desejavam ou não receber ofertas e informações sobre produtos da *GeoCities*. Não havia qualquer detalhamento acerca da finalidade para a qual os dados seriam utilizados nem sobre a possibilidade de sua transmissão a terceiros.

Restou decidido que a *GeoCities* deveria colocar em seu *web site* um aviso em destaque, redigido de forma clara, alertando para o fato de que dados pessoais seriam coletados, bem como es-

19 Por exemplo, proibindo os *cookies*, como se verá adiante.

20 Disponível em <<http://www.ftc.gov/opa/1998/08/geocities.shtml>>. Consultado em 15/02/2009.

clarecendo a forma como seriam utilizados.

A mesma questão se repetiu, uma década mais tarde, em relação aos dados pessoais coletados pelo *web site Google*²¹.

No Brasil, a Constituição de 1988 foi a primeira a tratar expressamente do direito à intimidade e à vida privada²². Há na doutrina, tanto nacional quanto estrangeira, controvérsia acerca das expressões intimidade e vida privada. De um lado, há quem as considere sinônimas. Outra corrente sustenta que privacidade é gênero que compreende as espécies intimidade e vida privada, sendo esta mais ampla do que aquela. Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco resumem bem a controvérsia:

“Embora a jurisprudência e vários autores não distingam, ordinariamente, entre ambas as postulações – de privacidade e de intimidade –, há os que dizem que o direito à intimidade faria parte do direito à privacidade, que seria mais amplo. O direito à privacidade teria por objeto os comportamentos e acontecimentos atinentes aos relacionamentos pessoais em geral, às relações comerciais e profissionais que o indivíduo não deseja que se espalhem ao conhecimento público. O objeto do direito à intimidade seriam as conversações e os episódios ainda mais íntimos, envolvendo as relações familiares e amizades mais próximas.

(...)

21 Notícia veiculada no site Cadastra. Disponível em <<http://www.cadastra.co.uk/news.php?notice=2974>>. Consultado em 08/04/2009. “O grupo Consumer Watchdog pediu, na sexta-feira (19/12/08), que o Google ofereça a opção ‘opt out’ no seu buscador, para que os usuários possam literalmente optar por não ter seus dados pessoais, como o IP, armazenados pelo Google. ‘Muitos usuários não entendem o tipo de ‘conversas’ não reveladas que ocorrem entre eles e os servidores do Google’, diz o advogado do grupo, John Simpson. ‘Alguns dados recolhidos oferecem serviços úteis aos usuários, mas as pessoas devem saber o que fornecem e se querem ou não fazê-lo.’”

22 Constituição Federal de 1988: “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;”

De modo geral, há consenso em que o direito à privacidade tem por característica básica a pretensão de estar separado de grupos, mantendo-se o indivíduo livre da observação de outras pessoas. Confunde-se com o direito de fruir o anonimato – que será respeitado quando o indivíduo estiver livre de identificação e de fiscalização.

(...)

No Brasil, não parece necessária essa mesma extrapolação do sentido clássico do direito à privacidade, já que a proteção do indivíduo contra interferências que se estimem indevidas por parte do Estado podem ser atalhadas com a invocação do princípio da proporcionalidade, do princípio da liberdade em geral (que não tolera restrições à autonomia da vontade que não sejam necessárias para alguma finalidade de raiz constitucional) e mesmo pelo apelo ao princípio da proteção da dignidade da pessoa humana, que pressupõe o reconhecimento de uma margem de autonomia do indivíduo tão larga quanto possível no quadro dos diversos valores constitucionais.”²³

A doutrina alemã sustenta, ainda, a existência de três esferas de privacidade. Na primeira estaria a *vida íntima*, compreendendo os fatos e gestos que devem ficar absolutamente afastados do conhecimento alheio. Em segundo lugar haveria a *vida privada*, que inclui os acontecimentos que o sujeito partilha com um número limitado de pessoas. Tem-se, por fim, a *vida pública*, na qual se situam os acontecimentos que podem ser conhecidos por qualquer um²⁴. Para ilustrar,

23 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 377-380.

24 MARQUES, Garcia; MARTINS, Lourenço. *Direito da Informática*. Coimbra: Livraria Almedina, 2000. p. 112. “(...) é habitual recorrer-se à chamada *teoria das três esferas*, construída fundamentalmente pela doutrina alemã, e de acordo com a qual, na reserva da vida privada se distinguem: (1º) a *vida íntima*, que compreende os gestos e os factos que devem, em absoluto, ser subtraídos ao conhecimento de outrem; (2º) a *vida privada*, que abrange os acontecimentos que cada indivíduo partilha com um número limitado de pessoas; (3º) e a *vida pública* que, por corresponder a eventos suscetíveis de serem conhecidos por todos, respeita à participação de cada um na vida da coletividade.”

imagine-se a situação de uma pessoa obesa. Seu excesso de peso é óbvio e visível a qualquer um (3ª esfera); porém, esta mesma pessoa está fazendo dieta e academia, mas só gostaria de compartilhar tal informação com seu médico, esposa e amigos (2ª esfera). Por fim, esta pessoa utiliza substâncias químicas ilícitas e possui disfunção sexual, dados que não deseja compartilhar com ninguém (1ª esfera).

No plano infraconstitucional, o Brasil não possui uma lei destinada, especificamente, a regulamentar a coleta, gestão e armazenamento de dados de outrem. Não obstante, existem diversas normas esparsas de proteção à privacidade. O Código de Defesa do Consumidor, por exemplo, regulamenta os bancos de dados sobre consumidores, assegurando-lhes o direito de retificar dados inexatos ou inverídicos²⁵, em consonância com alguns dos princípios adotados pela legislação estrangeira, como mencionado anteriormente. Já o Código Civil considera a vida privada como direito da personalidade²⁶. À luz dessas disposições, é nula a cláusula contratual – muito utilizada pelas empresas que atuam na *internet* – pela qual o interessado autoriza a empresa a coletar seus dados pessoais e a utilizá-los de modo amplo e irrestrito, inclusive alienando-os a terceiro²⁷.

25 Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990: "Art. 43. (...)

§ 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."

26 Código Civil: "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."

27 Para evitar essa situação, no Direito norte-americano, é comum a existência de cláusulas contratuais específicas para regular a coleta, armazenamento e gestão de dados de terceiro, conforme ilustra a passagem a seguir: DAVIDSON, Stephen J.; HOLLOWAY, Gabriel K. *Software Services and Maintenance Agreements. Presented at the 23rd Annual Institute on Computer Law*. New York City, jan. 2003. Disponível em <<http://www.abdi.org.br>>. Consultado em 30.08.2003. "In all development and outsourcing relationships, vendor personnel will inevitably have access to customer data, either on site or off site. Not only are the data and their confidentiality important for the customer's own strategic business purposes – they may include information that is confidential or proprietary to the customer's customers or to others to whom their confidentiality is important. Their confidential treatment may even be regulated by law, as in the case of health care and financial information.

For these reasons, it is important in all such transactions not only to restrict access to such data to only those of the vendor's personnel who reasonably require access in order for the vendor to perform its duties, but to also provide contractually for how the data will be treated. A typical confidential provision might be as follows:

To the extent that Vendor comes into possession of any non-public data or records or any proprietary or confidential information of Customer, Vendor will not use any such information for any purpose other than performance of this Agreement and will not disclose any such information to any third party without Customer's express consent. This restriction shall not, however, apply to information that: a) is or becomes publicly available other than as the result

Existem, ainda, projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional que objetivam regulamentar a privacidade no trato de dados pessoais e os deveres daqueles que coletam, gerenciam e armazenam esses dados. Assim, por exemplo, o PL nº 3.494/2000, proposto pelo Senador Lúcio Alcântara (PSDB/CE), o PL nº 5.403/2001, de autoria do Senador Luiz Estevão (PMDB/DF), e o PL nº 4.424/2008, apresentado pelo Deputado Nelson Goetten (PR/SC).

Aspecto árduo e deveras relevante é aquele que diz respeito à delimitação do alcance do inciso XII do art. 5º da Constituição Federal:

“Art. 5º. (...)

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

Como se percebe, o dispositivo consagra o sigilo das comunicações em geral, dentre as quais se insere a comunicação de dados. A questão controversa é: os dados são objeto de proteção autônoma, mesmo quando estaticamente considerados, ou apenas a sua comunicação – leia-se coleta, circulação, transferência – é abarcada pelo dispositivo em tela?

Poder-se-ia ponderar, inicialmente, que o texto constitucional somente faz exceção ao sigilo das comunicações telefônicas, em virtude da expressão “salvo, no último caso”. Assim, o sigilo das demais seria indevassável. Contudo, tal entendimento não prospera, uma vez que não existem direitos absolutos²⁸.

of a disclosure by Vendor, (b) becomes available to Vendor on a non-confidential basis from a source other than Customer which is not prohibited by obligation to Customer from disclosing such information to Vendor, (iii) is known by Vendor prior to its receipt from Customer without any obligation of confidentiality with respect thereto, or (iv) is developed by Vendor independently of any disclosures made by Customer to Vendor.”

28 São inúmeras as decisões do Supremo Tribunal Federal nesse sentido. Confira-se, por exemplo: STF, AI (AgR). n.º 655.298/SP. Órgão Julgador: Segunda Turma. Data da decisão: 04/09/2007. Publicação: DJ Data: 28/09/2007. Relator (a) Ministro (a): Eros Grau. Decisão por unanimidade.

“Ementa:

(...) O sigilo bancário, espécie de direito à privacidade protegido pela Constituição de 1988, não é absoluto, pois deve ceder diante dos interesses público, social e da Justiça. Assim, deve ceder também na forma e com observân-

Na Comunidade Européia, por exemplo, encontram-se em curso estudos sobre a tecnologia VoIP²⁹, a fim de elaborar uma Diretiva específica sobre o tema, que permita interceptar tais comunicações, principalmente porque os órgãos comunitários daquele bloco verificaram que a criminalidade está se valendo do VoIP para transmitir conteúdos ilícitos, justamente por ser mais difícil interceptá-lo³⁰.

Partindo, então, da premissa de que é possível a interceptação de comunicações, o Supremo Tribunal Federal enfrentou a questão do sigilo de dados no julgamento do Recurso Extraordinário nº 418.416/SC³¹. Trata-se de situação na qual fora determinada a busca e apreensão de equipamentos de informática na sede de uma sociedade empresária, a fim de que os dados deles constantes fossem periciados, objetivando apurar a prática de crimes contra a ordem tributária. Dentre outros argumentos, a referida sociedade alegou a

cia de procedimento legal e com respeito ao princípio da razoabilidade.”

O mesmo se verifica no plano doutrinário como, por exemplo, em: GRÉGIO, Grécio Nogueira. Suspensão do Sigilo das Comunicações Telefônicas e a Portabilidade. *Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor*. Porto Alegre: Magister, n.º 24, p. 55-62, dez./jan. 2009. p. 57. “A conclusão possível é que o constituinte brasileiro protegeu o sigilo como bastião de um Estado de Direitos, e tal escopo deverá continuar sendo a tônica das posturas judiciais, porém, em situações comprovadamente necessárias, o princípio da proteção ao sigilo deve e merece ser suspenso, a fim de permitir uma atuação dos órgãos de investigação com maior precisão, afetando a esfera de individualidade apenas daqueles que efetivamente mereçam ser atingidos e praticando efetiva Justiça.”

29 SIMÃO FILHO, Adalberto. *Do Contrato de Concessão para Serviços de Telecomunicações à Telefonia IP-VOIP: Reflexos nos Direitos Transindividuais*. In: LUCCA, Newton de, SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.). *Direito e Internet: Aspectos Jurídicos Relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. v. 2. p. 108. “O serviço de telefonia através de protocolos de internet denominados telefonia IP (Internet Protocol) ou VOIP (*voice over internet protocol* – voz sobre protocolo de internet) permite a transmissão de voz e imagens através da rede com a utilização da banda larga e de tecnologia que possibilita uma alternativa econômica nas telecomunicações clássicas com reflexos positivos ao consumidor, principalmente no âmbito financeiro.

Digitalizam-se vozes e imagens que podem trafegar em pequenos pacotes pela auto-estrada informacional através do protocolo IP, possibilitando a acessibilidade e a comunicabilidade próxima e remota tanto para conversações telefônicas como para vídeo-conferências.”

30 L'UE VUOLE CONTROLLARE IL VOIP: EUROJUST AVVIA UN'INDAGINE, *Quaderno Tecnologia, La Repubblica*, 23 fev. 2009. Disponível em <<http://www.repubblica.it/2009/02/sezioni/tecnologia/skype-world/skype-world/skype-world.html>>. Consultado em 23/02/2009. “Una decisione che arriva dopo le richieste della Direzione nazionale antimafia che lo scorso venerdì aveva invitato le autorità competenti, nazionali e comunitarie, a trovare soluzioni per tracciare anche le comunicazioni vocali sul web. A mettere in moto il tutto è stata un'inchiesta di Repubblica, che portava alla luce il nuovo costume dei boss mafiosi: parlarsi con Skype, il software leader della telefonia web, un sistema 'blindatissimo', invulnerabile alle intercettazioni. Dopo la denuncia, il ministro dell'Interno Maroni ha creato una task force per trovare una soluzione. E ora interviene l'Europa.”

31 STF, RE. nº 418.416/SC. Órgão Julgador: Plenário. Data da decisão: 10/05/2006. Publicação: DJ Data: 19/12/2006. Relator (a) Ministro (a): Sepúlveda Pertence. Decisão por maioria.

ilicitude de tais provas, por suposta violação ao sigilo dos dados.

No voto condutor do acórdão, o Ministro Sepúlveda Pertence destacou que *a garantia constante do art. 5º, XII da Constituição Federal abrange apenas a comunicação de dados, e não os dados em si mesmos, armazenados estaticamente*. A norma visa a resguardar a privacidade dos interlocutores, seja qual for a espécie de comunicação (por correspondência, telegráfica, de dados ou telefônica). Eis um trecho do voto do Relator, citando Tércio Sampaio Ferraz Júnior:

“O sigilo, no inciso XII do art. 5º, está referido à comunicação, no interesse da defesa da privacidade. Isto é feito, no texto, em dois blocos: a Constituição fala em sigilo ‘da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas’. Note-se, para a caracterização dos blocos, que a conjunção e tem uma correspondência com telegrafia, segue-se uma vírgula e depois, a conjunção de dados com comunicações telefônicas. Há uma simetria nos dois blocos. Obviamente o que se regula é comunicação por correspondência e telegrafia, comunicação de dados e telefônica. O que fere a liberdade de omitir pensamento é, pois, entrar na comunicação alheia, fazendo com que o que devia ficar entre sujeitos que se comunicam privadamente passe ilegitimamente ao domínio de um terceiro. Se alguém elabora para si um cadastro sobre certas pessoas, com informações marcadas por avaliações negativas, e o torna público, poderá estar cometendo difamação, mas não quebra sigilo de dados. Se estes dados, armazenados eletronicamente, são transmitidos, privadamente, a um parceiro, em relações mercadológicas, para defesa do mercado, também não está havendo quebra de sigilo. Mas se alguém entra nessa transmissão como um terceiro que nada tem a ver com a relação comunicativa, ou por ato próprio ou porque

*uma das partes lhe cede o acesso indevidamente, estará violado o sigilo de dados.*³²

De qualquer modo, a conclusão de que o artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal tem por objeto a *comunicação* – por correspondência, telegráfica, de dados ou telefônica – não significa que os dados em si sejam desprovidos de proteção jurídica. Apenas que o *locus* dessa proteção encontra-se em dispositivo diverso, qual seja, o inciso X do mesmo artigo, desde que inseridos na esfera da privacidade.

Importante notar, também, a existência de circunstâncias peculiares nas quais o âmbito da privacidade é restringido em prol de outros valores. Quanto aos atos da Administração Pública, por exemplo, a regra é a de que a privacidade seja substituída pela ampla publicidade, a fim de facilitar a fiscalização e o controle, como destaca o Ministro Celso de Mello:

“(...) os estatutos do poder, numa República fundada em bases democráticas, não podem privilegiar o mistério.

(...)

A Assembléia Nacional Constituinte, em momento de feliz inspiração, repudiou o compromisso do Estado com o mistério e com o sigilo, que fora tão fortemente realçado sob a égide autoritária do regime político anterior.

Ao dessacralizar o segredo, a Assembléia Constituinte restaurou velho dogma republicano e expôs o Estado, em plenitude, ao princípio democrático da publicidade, convertido, em sua expressão concreta, em fator de legitimação das decisões e dos atos governamentais.

32 STF, RE. nº 418.416/SC. Órgão Julgador: Plenário. Data da decisão: 10/05/2006. Publicação: DJ Data: 19/12/2006. Relator (a) Ministro (a): Sepúlveda Pertence. Decisão por maioria. Trecho do voto do Relator, p. 19-20. Vide também: ACIOLI, Bruno Caiado de. O Princípio do Sigilo de Fonte e as suas Limitações. *Boletim dos Procuradores da República*. Ano VII, n.º 70, p. 13-15, abr. 2006. Disponível em <<http://www.anpr.org.br>>. Consultado em 08.06.2007. p. 13.

(...)

O novo estatuto político brasileiro - que rejeita o poder que oculta e que não tolera o poder que se oculta - consagrou a publicidade dos atos e das atividades estatais como expressivo valor constitucional, incluindo-o, tal a magnitude desse postulado, no rol dos direitos, das garantias e das liberdades fundamentais, como o reconheceu, em julgamento plenário, o Supremo Tribunal Federal (RTJ 139/712-713, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

Impende assinalar, ainda, que o direito de acesso às informações de interesse coletivo ou geral - a que fazem jus os cidadãos e, também, os meios de comunicação social - qualifica-se como instrumento viabilizador do exercício da fiscalização social a que estão sujeitos os atos do poder público.”³³

Pelas mesmas razões, as pessoas que exercem função pública, como os detentores de mandato eletivo, também experimentam uma redução em sua esfera de privacidade³⁴. Neste caso, deve-se

33 STF, Decisão Monocrática, HC (MC). n.º 96.982/DF. Data da decisão: 25/11/2008. Publicação: DJ Data: 28/11/2008. Relator (a) Ministro (a): Celso de Mello. Trecho do voto do Relator, p. 01-03.

34 VILLELA, João Baptista. O Público e o Privado no interior dos Palácios. *Del Rey Jurídica*. Ano IX, n.º 18. p. 88-89, ago./dez. 2007. p. 88-89. “A privacidade que a lei nos assegura é aquela demarcada pelo recolhimento ‘a esfera íntima. ‘Casa’, no sentido da garantia constitucional, não é o edifício qualquer em que estejamos. Não corresponde à idéia singela de uma construção que nos separe da rua ou das praças. É mais e é menos que isso, ao mesmo tempo. É mais porque não basta o isolamento físico para se ter o ambiente da privacidade. É menos porque carregamos nossas franquias pessoais íntimas para onde quer que nos movamos, mesmo que não haja acima de nossas cabeças nada além que um céu sem estrelas ou nossos pés assentem sobre o chão frio das masmorras. Designadamente ‘casa’ não é o ambiente em que se exercem por destinação legal as funções públicas. O estatuto da casa não é, assim, o estatuto dos palácios ou dos edifícios públicos em geral. Naquela somos o ente individuado pelos atributos que fazem de cada um de nós seres únicos, singulares e irrepetíveis. Somos o pai, a mãe, o cônjuge, o filho, o amigo, o vizinho e tudo o mais que nos distingue de quaisquer das múltiplas funcionalizações que podemos assumir nas interações com a esfera pública.

Nos palácios, assim indicados por antonomásia os ambientes em que se exercem as funções do Estado, somos, ao contrário, cives, isto é, cidadãos. Os atributos que então emergem em primeiro plano não são os de nossa individualidade, mas os de nossa socialidade. Somos, como tantos outros, titulares de funções públicas, servidores do Estado ou – vistos de outro lado, mas sob a mesma ótica – contribuintes, eleitores, jurados, etc. Até mesmo infratores. Sim, porque a transgressão às leis e regulamentos nos remete ao círculo da função pública, onde teremos de responder pelas nossas ações ou omissões.

As manifestações que produzimos no teatro das operações públicas não são nem podem ser expressões de priva-

observar um limite, denominado de “mínimo desnudamento”³⁵ por Gilberto Haddad Jabur.

Mesmo no âmbito privado, as pessoas podem experimentar restrições em sua privacidade, decorrentes do tipo de atividade que desempenham. Para ilustrar, veja-se o seguinte caso, julgado pelo Tribunal Superior do Trabalho³⁶. O empregado de uma boate localizada no Estado do Espírito Santo foi fotografado durante o trabalho, em cima do balcão, quando dançava trajando fantasia de super-homem e usando um chapéu com chifres. Esta foto foi posteriormente publicada em jornal de grande circulação. Em virtude disto, o trabalhador sofreu punições na igreja que freqüentava, tendo sido proibido de participar dos trabalhos religiosos, de ler a Bíblia e de receber a Santa Ceia.

Não obstante, o Tribunal Superior do Trabalho entendeu *não haver violação à intimidade* do rapaz, uma vez o tipo de trabalho por ele desenvolvido, de maneira livre e consciente, implica, por suas próprias características, redução da esfera de privacidade.

É possível citar, ainda, inúmeras exceções à privacidade em

cidade. Não estamos nos palácios como se estes fossem a extensão de nossas casas. Mais próximo das virtudes cívicas seria, ao contrário, aproximá-los da rua, da praça, da água. Se ‘a praça é do povo, como o céu é do condor’ – assim queria Castro Alves – também do povo são os palácios. Tudo que aí fazemos está marcado e comprometido pela nota originária da função pública. A justa percepção de continuidade entre a rua e os espaços palacianos teve-a, de resto, já na origem, Oscar Niemeyer quando projetou o Palácio do Planalto, sede do Governo em Brasília. Quis Niemeyer, segundo consta, que os gabinetes fossem visíveis do lado de fora, justamente para que o povo pudesse saber o que se passava nos seus interiores.

(...)

Certamente há ambientes privados também nos palácios. Claro que os há. Os aposentos íntimos de quem ali reside ou se hospede, por exemplo, tem essa natureza, como a têm as instalações sanitárias postas à disposição das autoridades, servidores, utentes da função pública ou parceiros ocasionais da administração. Em uns e outras, os atos que se pratiquem escapam a controles que não sejam os da própria individualidade.

(...)

Gabinetes de trabalho, auditórios, salas de espera ou de despacho, porém, não são espaços privados. São eminentemente públicos e, como tais, conferem caráter, sentido e valor públicos a tudo que ali se diz e se faz.”

35 JABUR, Gilberto Haddad. *A Dignidade e o Rompimento de Privacidade*. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva, PEREIRA JÚNIOR, Antônio Jorge (Coord.). *Direito à Privacidade*. São Paulo: Idéias e Letras, 2005. p. 99. “É o critério do mínimo desnudamento para a compreensão da notícia de interesse público inequívoco. A revelação dos mínimos aspectos privados da pessoa pública ou notória será lícita se, em atendimento à motivação divulgadora de indispensável interesse público, forem exteriorizados dados da reserva pessoal sem os quais a notícia não oferece a necessária e devida compreensão.”

36 TST, RR (Al). n.º 1241/2003-002-17-40.1. Órgão Julgador: Quarta Turma. Data da decisão: 30/11/2005. Relator (a) Juiz convocado Luiz Antonio Lazarim. Decisão por maioria.

matéria criminal. Contudo, para não se distanciar do escopo deste estudo, convém mencionar apenas uma: a gravação de conversa telefônica feita por um dos interlocutores sem o consentimento do outro e independentemente de ordem judicial, quando destinada à prova de um crime. Neste caso, há que se diferenciar dois contextos fáticos. *Quando o crime é cometido contra o próprio interlocutor que grava a conversa*, o Superior Tribunal de Justiça tem considerado *lícita* a gravação³⁷, pois a privacidade não pode se converter em escudo para a prática de delitos. De modo diverso, em se tratando de gravação na qual um dos interlocutores obtém prova de crime cometido pelo outro, não contra si, mas *contra um terceiro*, o entendimento jurisprudencial é no sentido de que tal prova é *ilícita*³⁸, por violação da privacidade.

Feitas essas considerações, passa-se a analisar o modo como os dados são comumente coletados *via internet*, bem como a atividade das pessoas jurídicas especializadas em geri-los e armazená-los.

5. Coleta, gestão e armazenamento de dados de outrem e os novos contornos da privacidade na sociedade da informação.

Ao se consolidar como importante ferramenta social e profissional, a *internet* ampliou o acesso ao conhecimento e impulsionou o desenvolvimento de outras tecnologias. Porém, como qualquer inovação, trouxe consigo problemas, como violações à privacidade por meio da utilização indevida de dados pessoais.

Com efeito, o simples ato de efetuar uma busca no *Google*³⁹

37 STJ, RMS. n.º 19.785/RO. Órgão Julgador: Quinta Turma. Data da decisão: 10/10/2006. Publicação: DJ Data: 30/10/2006. Relator (a) Ministro (a): Arnaldo Esteves Lima. Decisão por unanimidade.

38 STJ, HC. n.º 57.961/SP. Órgão Julgador: Quinta Turma. Data da decisão: 21/06/2007. Publicação: DJ Data: 12/11/2007. Relator (a) Ministro (a): Felix Fischer. Decisão por unanimidade.

Trata-se de caso no qual a gravação da conversa fora realizada pela amante do réu, por sugestão da polícia, a fim de responsabilizá-lo pelo homicídio perpetrado contra outra pessoa, com a qual a autora da gravação também mantinha relacionamento amoroso.

39 O Google é um renomado mecanismo de busca na internet. Disponível em <<http://www.google.com.br>>. Consultado em 22.02.2009. Note-se que cada país possui um site local para buscas, como o [google.com](http://www.google.com.br) para os Estados Unidos, [google.ar](http://www.google.ar) para a Argentina, [google.it](http://www.google.it) para a Itália, etc.

Sobre os motores de busca na *internet*, confira-se a seguinte conceituação: ROHRMANN, Carlos Alberto. *Curso de Direito Virtual*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 202-203. "Uma forma de facilitar a localização de web sites 'perdidos' na grande quantidade de informação disponível na *Internet* é a utilização dos chamados 'mecanismos de busca' ou 'motores de busca' (expressão que corresponde à tradução do termo usado na língua inglesa, qual seja, 'search engines')."

colabora para a formação de um imenso banco de dados⁴⁰. Ao procurar determinado *site*, a pessoa acaba revelando aspectos de sua personalidade, como preferências políticas, religiosas, desportivas, gastronômicas, etc. Devidamente sistematizadas, tais informações adquirem valor econômico:

*“(...) na chamada new economy, cresce de forma exponencial a importância econômica do conhecimento de dados pessoais dos usuários porque essas informações permitem a empresas atuantes em determinados setores delinear o mercado de determinado produto ou serviço. De fato, as informações que permitem identificar o perfil de um consumidor-usuário viabilizam a criação de oferta de determinado produto ou serviço bastante próxima daquilo que ele está propenso a adquirir ou a fruir. Assim, essas informações assumem valor socioeconômico para as empresas interessadas, que utilizam a tecnologia telemática para o tratamento e a gestão desses dados, promovendo uma divulgação comercial ágil, eficaz e bem mais econômica do que qualquer campanha publicitária realizada nos moldes tradicionais.”*⁴¹

Para se ter uma idéia da dimensão e confiabilidade desse banco de dados *online*, a equipe do Google descobriu que ao monitorar o número de buscas relacionadas ao assunto gripe na *internet*, é possível antecipar a chegada de epidemias dessa doença com até

Cada um dos muitos *web sites* de busca na rede pode ter um programa de computador próprio com um algoritmo específico para a localização de outros *sites* na Internet. Normalmente, a pessoa que quer localizar algum *web site* sobre determinado assunto digita a palavra que se relaciona com o assunto (ou com o produto, caso esteja à procura de um fornecedor). O algoritmo do programa de computador do buscador gera uma lista indexada de *web sites* que se relacionam com a palavra que foi o objeto da busca. A lista gerada pelo buscador costuma colocar em primeiro lugar aquele *web site* que mais relação teria com a palavra que foi objeto da busca.”

40 BATTELLE, John. *A Busca: como o Google e seus competidores reinventaram os negócios e estão transformando nossas vidas*. Tradução: Nivaldo Montingelli Jr. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 02.

41 PASQUINO, Teresa. Serviços da Sociedade de Informação: Tutela dos Dados Pessoais e Regras de Conduta. In: LUCCA, Newton de, SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.). *Direito e Internet: Aspectos Jurídicos Relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. v. 2. p. 699-700.

Note-se que a informação, ou seja, um conjunto de dados inter-relacionados constitui bem jurídico, objeto de tutela jurisdicional, como adverte o jurista italiano Pietro Perlingieri: PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Tradução: Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 237 a 241.

quinze dias de antecedência em relação às fontes oficiais⁴². Por essas e outras razões, diz-se que a sociedade contemporânea pode ser identificada como a *sociedade da informação*⁴³. Neste novo ambiente social mostra-se ainda mais evidente a necessidade de ponderar valores, de modo a evitar que a tutela de um deles acabe por anular os outros, como destaca Stefano Rodotà:

“Internet, portanto, como sabemos todos, não é apenas um modelo, é também um espaço. É um espaço social, um espaço político, um espaço econômico, um espaço altamente simbólico, que permite novas formas de representação do ser, incide sobre a identidade, permite novas formas de expressão e de experiência artística. Não são espaços separados. Não se pode pensar a internet fracionando-a. (...)”

*Devemos encontrar, então, não somente normas específicas para cada um desses espaços, mas normas de compatibilidade, que impeçam, por exemplo, a dinâmica econômica de se fortalecer e se ocultar na rede. Isto não significa anular as potencialidades da internet como grande espaço público de confronto e de discussão.”*⁴⁴

42 GOOGLE USA BUSCAS PARA MONITORAR EPIDEMIAS DE GRIPE NOS EUA. Site IDG NOW!, 12 nov. 2008. Disponível em <<http://idgnow.uol.com.br/internet/2008/11/12/google-usa-buscas-para-monitorar-epidemias-de-gripe-nos-eua/>>. Consultado em 22/02/2009. “O Google descobriu que, ao analisar as buscas relacionadas com gripe feitas em seu site, é possível antecipar possíveis epidemias da doença até duas semanas antes que os sistemas de monitoramento governamentais.

Os resultados da pesquisa foram publicados nesta semana em um hotsite chamado Google Flu Trends, que revelaram uma relação entre as buscas por tópicos sobre gripe e a quantidade de pessoas realmente contaminadas pela doença.

De acordo com a empresa, algumas pesquisas se tornam mais comuns quando as pessoas estão gripadas. A vantagem do Google é que ele consegue filtrar a pesquisas e obter dados automática e instantaneamente, enquanto os sistemas de monitoramento do governo norte-americano levam até duas semanas para obter dados semelhantes.”

43 Sobre o assunto, aprecie-se: CAVALCANTI, Marcos; GOMES, Elisabeth; PEREIRA André. *Gestão de Empresas na Sociedade do Conhecimento*. Rio de Janeiro: Campus, 2001.

44 RODOTÀ, Stefano. Libertà, opportunità, democrazia, informazione. Internet e Privacy: Quale Regole. Atti del Convegno, 1998. Disponível em <<http://www.privacy.it/garantereilrod.html>>. Consultado em 04/07/2009. p.

4. “Internet dunque non è solo un modello, lo sappiamo tutti, è anche uno spazio. E’ uno spazio sociale, uno spazio politico, uno spazio economico, uno spazio altamente simbolico, che permette nuove forme di rappresentazione del sé, incide sulle identità, consente nuove forme di espressione e di esperienza artistica. Non sono spazi separati. Non

Nesse ambiente pluralista, a coleta eletrônica de dados pessoais pode se dar sem o consentimento do interessado – o que é mais comum –, ou de forma consentida. No primeiro caso, sua obtenção é comumente realizada por meio de um arquivo de computador denominado *cookie*⁴⁵. Pesquisa realizada por uma organização norte-americana, denominada Centro de Informações acerca da Privacidade Eletrônica, concluiu que dentre os 100 (cem) sites mais visitados do mundo cerca de 24% utilizavam-se de cookies para captar dados pessoais dos usuários, sem informá-los a respeito⁴⁶.

Além dos *cookies*, existem outros mecanismos subliminares de obtenção de dados pessoais. Um deles é a prática conhecida

si può pensare Internet sezionandola. (...).

Dobbiamo trovare quindi non solo regole specifiche per ciascuno di questi spazi, ma regole di compatibilità, che impediscano ad esempio alla dinamica economica che prende sempre più forza nella rete di oscurare, non voglio dire di cancellare, le potenzialità di Internet come grande spazio pubblico di confronto e di discussione."

45 SAWAYA, Márcia Regina. *Dicionário de Informática e Internet*. 3. ed. São Paulo: Nobel, 1999. p. 101. "Um arquivo é remetido, automaticamente, pelo servidor de rede ao disco rígido do usuário quando este entra em certos sites da WWW (*Word Wide Web*) alojados no servidor. Este arquivo, chamado de cookie, é usado pelos servidores para manter rastros, padrões e preferências dos usuários.

A finalidade desses arquivos é criar uma identificação individual, para quando o usuário acessar o site novamente, ele possa identificar que aquele usuário já o visitou anteriormente, além de saber que tipo de coisa procurou, comprou ou olhou no site, bem como o valor que gastou com algo que tenha adquirido neste site.

Portanto, os 'cookies' funcionam como um banco de dados, onde constam as preferências e disposições do usuário do site (...)."

Definição um pouco mais dilatada de cookie é dada por Newton de Lucca: LUCCA, Newton de. *Aspectos Jurídicos da Contratação Informática e Telemática*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 120. "Consistem os cookies num tipo de programa que monitora todos os procedimentos executados pelo internauta a partir do momento em que ele acessa a internet. Agem como se, na vida real, fossem espíões de todos os nossos passos, registrando-os para futura utilização, de cunho mercadológico."

46 SURFER BEWARE: PERSONAL PRIVACY AND THE INTERNET, *Electronic Privacy Information Center*, jun. 1997. Disponível em <<http://epic.org/reports/surfer-beware.html>>. Consultado em 14/02/2009. "We were interested to see how many of the top 100 web sites enabled the cookies feature. We visited each web site and then checked our cookies file to see if a new line was added. We did not, of course, visit every page or every linked site at each site we visited, so we may have missed some pages that generate cookies.

Of the 100 sites, 24 enable cookies.

(...) none of the sites that enabled cookies told the user that information about the user was being placed on the user's system.

Even though privacy is one of the top concerns among Internet users, few webs sites today actually have privacy policies or provide users with information about privacy practices. This makes it almost impossible for users to make informed decisions about their on-line activities.

(...)

In the absence of meaningful privacy policies, net surfers today also have little assurance that personal information that is provided at a web site might not be misused. Not surprisingly, many users are reluctant to disclose personal information and some provide false information when asked."

como *phishing*⁴⁷. Esta palavra da língua inglesa significa pesca e consiste numa estratégia ardilosa por meio da qual um sujeito, denominado *phisher* (pescador), busca iludir sua vítima, fazendo com que ela lhe forneça dados pessoais, sobretudo senhas bancárias e números de cartão de crédito. Essa espécie de fraude é perpetrada, principalmente, pelo envio de um *e-mail* à vítima, contendo informação falsa, como, por exemplo, a de que a pessoa está sendo processada, sua declaração de imposto de renda foi retida na “malha fina” ou seu nome foi inscrito em cadastro de inadimplentes. Em seguida, o *e-mail* solicita que a vítima clique em determinado *link* para saber mais detalhes. Ao fazer isto, ou instala-se um programa em seu computador capaz de captar dados pessoais (*worm*), ou ela é direcionada a um *site* falso, no qual deve preencher um formulário com tais dados. Com isso, o *phisher* obtém as informações que deseja.

Existem vários outros mecanismos para coleta ilícita de dados pessoais. Porém, nos limites deste estudo, bastam as referências feitas acima. O importante é destacar que, seja em virtude dos *cookies*, seja por meio de *phishing*, o titular dos dados não tem ciência de sua coleta nem, tampouco, da maneira como serão utilizados. Esta utilização pode ir desde a formação de um simples cadastro até a comercialização dos dados, ou mesmo sua utilização para a prática de fraudes bancárias, acarretando a subtração de valores.

Ao lado da obtenção clandestina, existem também hipóteses nas quais é o próprio interessado quem fornece dados pessoais a um terceiro. Algumas sociedades empresárias, inclusive, têm por objeto precipuamente coletar, gerir e armazenar esses dados. É o caso, por exemplo, da *Recall*, sociedade que atua no Brasil e em mais de 20 países, com cerca de 80.000 clientes. Sua atividade empresarial consiste em gerenciar os dados de seus clientes durante todo o processo, desde o armazenamento e recuperação de documentos, até a conversão digital, proteção e destruição segura⁴⁸.

47 Sobre as diversas fraudes perpetradas via internet, dentre elas o phishing, consulte-se: FINKELSTEIN, Maria Eugênia. Fraude Eletrônica. In: LUCCA, Newton de, SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.). *Direito e Internet: Aspectos Jurídicos Relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. v. 2. p. 418.

48 Informações detalhadas disponíveis em <<http://www.recall.com/recall/br/pt/home>>. Consultado em 23/02/2009.

No Brasil, a *Recall* atua, por exemplo, gerenciando o arquivo processual dos Tribunais de Justiça dos Estados de São Paulo, Minas Gerais, Rio de Janeiro e Porto Alegre, tanto em relação aos processos em papel quanto àqueles mantidos integralmente em meio eletrônico.

Estando devidamente contextualizada a coleta, gestão e armazenamento de dados, os tópicos seguintes dedicam-se ao objeto central deste estudo, a responsabilidade civil inerente a essas atividades.

6. Noções fundamentais de responsabilidade civil.

A responsabilidade constitui um dos mais complexos e relevantes temas da convivência humana, não se restringido à esfera jurídica. Nesse sentido, destaca José de Aguiar Dias:

“Toda manifestação da atividade humana traz em si o problema da responsabilidade. Isto talvez dificulte o problema de fixar o seu conceito, que varia tanto como os aspectos que pode abranger, conforme as teorias filosófico-jurídicas.

(...)

Digamos, então, que responsável, responsabilidade, assim como, enfim, todos os vocábulos cognatos, exprimem idéia de equivalência de contraprestação, de correspondência. É possível, diante disso, fixar uma noção, sem dúvida ainda imperfeita, de responsabilidade, no sentido de repercussão obrigacional (não interessa investigar a repercussão inócua) da atividade do homem. Como esta varia até o infinito, é lógico concluir que são também inúmeras as espécies de responsabilidade, conforme o campo em que se apresenta o problema: na moral, nas relações jurídicas, de direito público ou privado.

*A responsabilidade não é fenômeno exclusivo da vida jurídica, antes se liga a todos os domínios da vida social.*⁴⁹

Ao presente estudo interessam apenas as feições jurídicas da responsabilidade, sobretudo em Direito Privado, ainda que se aborde, acessoriamente, a teoria do risco no Direito Público⁵⁰, como fundamento da responsabilidade objetiva.

Nesse contexto exclusivamente jurídico, Ronaldo Brêtas traz uma definição bastante didática de responsabilidade civil:

*“Em sentido amplo, responsabilidade civil é a obrigação imposta a qualquer pessoa de reparar o dano causado a outrem em decorrência de seus atos, ou pela atividade de pessoas ou coisas dela dependentes.”*⁵¹

Ainda que não se pretenda percorrer as diversas classificações e meandros da responsabilidade civil, faz-se necessário, ao menos, mencionar alguns aspectos fundamentais.

Primeiro, a importante evolução ocorrida nesse instituto a partir de *Lex Aquilia*⁵², que o aproximou da feição atual, pois a execução deixou de recair sobre o corpo do devedor⁵³, passando a alcançar apenas o seu patrimônio⁵⁴.

49 DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. Atualização: Rui Berford Dias. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 3-4.

No mesmo sentido: STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 120-122.

50 A clássica divisão do Direito entre Público e Privado tem sido cada vez mais criticada. Para um aprofundamento nessa temática, recomenda-se a leitura de: NETTO, Felipe Peixoto Braga. Os Sistemas Duais e sua Crise: o fim das grandes certezas. Disponível em <http://www.prmg.mpf.gov.br/index_prod.htm>. Consultado em 18.11.2008.

51 DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. A Responsabilidade Civil do Estado no Direito Brasileiro. *Boletim Técnico*. Belo Horizonte: Escola Superior de Advocacia da OAB/MG, n.º 01. p. 11-38, jan./jun. 2004. p. 11.

52 DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. Atualização: Rui Berford Dias. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 26-30.

53 MARKY, Thomas. *Curso Elementar de Direito Romano*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 133. Neste ponto, sugere-se a leitura do clássico “O Mercador de Veneza”, de William Shakespeare. A obra descreve a astúcia jurídica empregada para evitar que um comerciante fosse coagido a pagar o valor de determinado título de crédito com a extração de parte do próprio corpo.

54 Ressalvada, evidentemente, a prisão civil pelo inadimplemento voluntário e inescusável de prestação alimentar.

Em seguida, deve-se fazer referência à regra básica, segundo a qual cada indivíduo responde apenas pelos danos que causar (responsabilidade própria, pessoal ou direta). Excepcionalmente, no entanto, há casos em que um sujeito pode ser responsabilizado pelos danos causados por outra pessoa, ou por objetos e animais. Esta exceção, denominada de *responsabilidade civil pelo fato de outrem*, foi magistralmente tratada por Alvino Lima, ex-professor catedrático de Direito Civil da USP⁵⁵. São exemplos de responsabilidade civil pelo fato de outrem: a dos pais em relação aos filhos menores, que estejam sob seu pátrio poder e em sua companhia, e a do empresário em relação aos atos cometidos por seus prepostos⁵⁶.

Sobre a responsabilidade pelo fato de outrem, no Direito italiano, leciona Alberto Trabucchi:

“Ao lado da situação normal na qual o dano é diretamente um produto do sujeito, são particularmente reguladas algumas hipóteses nas quais o evento danoso é obra direta ou de outras pessoas, ou de coisas, ou de animais. Nestes casos, como resultará do quanto temos exposto em todo o parágrafo, a doutrina moderna tende a afirmar com decisão que a obrigação de ressarcimento prescinde da consideração dos normais pressupostos de um ilícito.”⁵⁷

Constituição Federal: “Art. 5º. (...)

LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel;”

Sobre a inconstitucionalidade da prisão civil do depositário infiel, quer se trate de depósito contratual - como na alienação fiduciária - quer se trate de depósito judicial, confira-se a decisão paradigmática do Supremo Tribunal Federal: STF, HC. n.º 87.585/TO. Órgão Julgador: Plenário. Data da decisão: 03/12/2008. Publicação: DJ Data: 12/12/2008. Relator (a) Ministro (a): Marco Aurélio. Decisão por unanimidade.

55 LIMA, Alvino. *A Responsabilidade Civil pelo Fato de Outrem*. Atualização: Nelson Nery Júnior. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 34. “Em seu sentido amplo, a responsabilidade civil pelo fato de outrem se verifica todas as vezes que alguém responde pelas consequências jurídicas de um ato material de outrem, ocasionando ilegalmente um dano a terceiros. Em matéria de responsabilidade pelo fato de outrem, a reparação do dano cabe a uma pessoa que é materialmente estranha a sua realização.”

56 *Código Civil* artigo 932.

57 TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di Diritto Civile*. 42. ed. Padova: CEDAM, 2005. p. 932. “Accanto al caso normale in cui il danno è direttamente prodotto dal soggetto, sono particolarmente regolate alcune ipotesi nelle quali l'evento dannoso è opera diretta o di altre persone, o di cose, o di animali. In questi casi, come risulterà da quanto verremo esponendo in tutto il paragrafo, la dottrina moderna tende ad affermare con decisione che l'obbligo del risarcimento prescinde dalla considerazione dei normali presupposti di un illecito.”

Conquanto encontre divergências na doutrina, outra classificação relevante é a que distingue a responsabilidade civil de origem contratual daquela extracontratual:

“Não constitui opinião pacífica a sustentação da doutrina clássica da existência de duas responsabilidades distintas – a contratual e a extracontratual.

(...)

A teoria clássica da distinção entre a responsabilidade contratual e a extracontratual sustenta a existência de uma verdadeira diferença de natureza, separando-as.

(...)

A responsabilidade contratual é, consequentemente, um efeito do contrato não executado, o qual não desaparece, mas toma forma distinta de uma obrigação de reparação dos danos decorrentes do inadimplemento.

Daí a razão por que certos autores estudam a responsabilidade contratual como um dos efeitos da obrigação, ao passo que a responsabilidade extracontratual é estudada como uma das fontes das obrigações.

(...)

Em sentido oposto, a teoria da unidade das responsabilidades nega a existência de duas responsabilidades distintas: uma contratual e outra extracontratual. Para essa doutrina, ambas as responsabilidades decorrem da culpa, existindo absoluta similitude entre as mesmas. Tanto na responsabilidade contratual como na delitual, o devedor responde pelos danos decorrentes de sua culpa, não se distinguindo a culpa contratual da culpa delitual, visto não existir diferença entre as naturezas dessas culpas. O ato pelo qual o devedor não executa sua obrigação

contratual constitui uma culpa, sendo anormal sua conduta, tal como a inexecução de uma obrigação extracontratual.

(...)

Afastando-se do extremismo das duas teorias, autores existem que sustentam que, na sua essência, as duas responsabilidades se confundem, não se justificando, substancialmente, a dualidade de responsabilidades.

Não existe diferença fundamental entre as referidas responsabilidades, mas apenas diferenças acessórias, de sorte que não há uma similitude perfeita entre elas.

Examinando os elementos constitutivos da responsabilidade, verificamos, quer no domínio contratual, como no delitual, que as soluções são idênticas.

Três condições são necessárias em ambos os casos: um dano, uma culpa, e o laço de causalidade entre a culpa e o dano.

Verifica-se, portanto, que as duas responsabilidades são institutos da mesma natureza com destinos paralelos.

Todavia, essa similitude não importa em concluir que não existam diferenças acessórias incontestáveis, que nos levam à obrigação de aplicar regras particulares nos casos de responsabilidade contratual, diferentes das que regem a responsabilidade delitual.”⁵⁸

58

LIMA, Alvino. *A Responsabilidade Civil pelo Fato de Outrem*. Atualização: Nelson Nery Júnior. 2. ed.

São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 217-221.

Aclarando melhor o conceito, veja-se: CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 37. “Quem infringe dever jurídico lato sensu, já vimos, de que resulte dano a outrem fica obrigado a indenizar. Esse dever, passível de violação, pode ter como fonte uma relação jurídica obrigacional preexistente, isto é, um dever oriundo de contrato, ou, por outro lado, pode ter por causa geradora uma obrigação

Uma das consequências práticas da distinção entre responsabilidade contratual e extracontratual é que, nesta, o ônus da prova quanto aos elementos caracterizadores do dever de ressarcir incumbe ao autor da ação, enquanto naquela cumpre ao réu demonstrar o adimplemento do contrato.

Feitas essas considerações, resta tratar de um derradeiro aspecto: *ato ilícito não é sinônimo de responsabilidade civil*⁵⁹. Ainda que a regra, na esmagadora maioria dos casos, seja que o ato ilícito cause um dano, incidindo a responsabilidade civil, não se pode desprezar o fato de que existem certos atos ilícitos que não causam dano indenizável. Ou o inverso: atos que, não obstante lícitos, acarretam a responsabilidade civil⁶⁰. Explique-se.

Há certas espécies de ato ilícito cujo resultado não é a produção de um dano indenizável. Seu efeito pode se restringir, por exemplo, à perda de um direito. Assim ocorre com o herdeiro que sonegar bens, omitindo-os da colação, pois perde o direito que sobre eles poderia ter⁶¹. Outros ilícitos, ainda, têm como consequência uma autorização para que determinado sujeito pratique um ato. É o que se verifica quanto à ingratidão do donatário, cujo efeito é a faculdade, conferida ao doador, de revogar a doação⁶².

De outra sorte, *até mesmo um ato lícito, em circunstâncias excepcionais, pode acarretar a responsabilidade civil*. É o que se passa com os atos praticados em estado de necessidade⁶³ que, de algum

imposta por preceito geral de Direito, ou pela própria lei.

É com base nessa dicotomia que a doutrina divide a responsabilidade civil em contratual e extracontratual, isto é, de acordo com a qualidade da violação. Se preexiste um vínculo obrigacional, e o dever de indenizar é consequência do inadimplemento, temos a responsabilidade contratual, também chamada de ilícito contratual ou relativo; se esse dever surge em virtude da lesão a direito subjetivo, sem que entre o defensor e a vítima preexistisse qualquer relação jurídica que o possibilite, temos a responsabilidade extracontratual, também chamada de ilícito aquiliano ou absoluto."

59 NETTO, Felipe Peixoto Braga. *Teoria dos Ilícitos Civis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 14-15.

60 CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p.

40. "Pode haver ilicitude sem dano (conduta culposa e até dolosa que não chega a causar prejuízo a outrem) e dano sem ilicitude (...)."

61 *Código Civil* artigo 1.992.

62 *Código Civil* artigo 557.

63 *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."

modo, causem danos a outrem⁶⁴. Exemplificando, o indivíduo que colide seu veículo com automóvel alheio, a fim de se livrar de um seqüestro, não comete ato ilícito, em virtude do estado de necessidade. Porém, ainda assim é obrigado a ressarcir os prejuízos que causou ao proprietário do veículo danificado.

Percebendo essas sutilezas, Felipe Peixoto Braga Netto, valendo-se das lições de Pontes de Miranda, formulou uma classificação dos ilícitos civis, na qual apenas uma de suas espécies, denominada *ilícito indenizante*, acarreta a incidência da responsabilidade civil. Nas demais, a consequência do ato não é a obrigação de reparar um dano⁶⁵.

7. Responsabilidade Objetiva e Teoria do Risco.

Dentre os sistemas configuradores da responsabilidade civil, destacam-se os da responsabilidade subjetiva e objetiva. O primeiro caracteriza-se pela presença *concomitante* de três requisitos: conduta antijurídica, dano e nexo de causalidade entre os dois primeiros:

“Em princípio, a responsabilidade civil pode ser definida como a obrigação de reparar o dano, imposta a todo aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar dano a outrem (Código Civil art. 159) [equivalente ao art. 927 do Código Civil de 2002]. Deste conceito extraem-se os seus requisitos essenciais: a) em primeiro lugar, a verificação de uma conduta antijurídica, que abrange comportamento contrário a direito, seja por comissão ou omissão, sem necessidade de indagar se houve ou não o propósito de malfazer; b) em segundo lugar, a existência de um dano, tomada

64 Código Civil: “Art. 929. Se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, assistir-lhes-á direito à indenização do prejuízo que sofreram.”

Já na década de setenta, o Supremo Tribunal Federal enfrentou o tema, tendo o Ministro Moreira Alves advertido, expressamente, que o estado de necessidade não exime o autor do dano do dever de indenizá-lo, desde que a vítima não seja culpada pelo perigo: STF, RE. n.º 82.894/RJ. Órgão Julgador: Segunda Turma. Data da decisão: 18/11/1975. Publicação: DJ Data: 26/04/1976. Relator (a) Ministro (a): Thompson Flores. Decisão por unanimidade.

65 NETTO, Felipe Peixoto Braga. *Teoria dos Ilícitos Civis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 89-123.

*a expressão no sentido de lesão a bem jurídico, seja este de ordem material ou imaterial, de natureza patrimonial ou não-patrimonial; c) e, em terceiro lugar, o estabelecimento de um nexo de causalidade entre uma e outro, de forma a precisar-se que o dano decorre da conduta antijurídica (...)*⁶⁶

Já a responsabilidade civil *objetiva* recebe esta denominação pelo fato de que a ela não interessa o elemento subjetivo, ou seja, a ação ou omissão voluntária, negligência, imperícia ou imprudência. Bastam a demonstração do dano e o nexo de causalidade entre ele e o sujeito causador, desde que inexista qualquer causa excludente, como a culpa exclusiva da vítima:

*“A obrigação de indenizar é imposta em lei a algumas pessoas, independentemente da prática de ato ilícito. Pressupõe este uma ação, ou omissão, voluntária, negligência ou imprudência. Por isso, quando o dano à integridade física ou patrimonial de alguém é causado sem culpa do agente, não se pode afirmar que cometeu delito civil. Se, nesses casos, a obrigação de reparar civilmente o dano não tem sua causa geradora no ato ilícito, não se deveria falar em responsabilidade, que é uma idéia moral, inseparável da imputabilidade. Contudo, usa-se o vocábulo para significar a obrigação de ressarcimento do dano causado sem culpa, acrescentando-se que é objetiva, para distingui-la da responsabilidade própria, que é necessariamente subjetiva. Na verdade, porém, o dever de indenizar o dano produzido sem culpa é antes uma garantia do que propriamente responsabilidade.”*⁶⁷

66 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1961, v. 1. p. 461.

No mesmo sentido: NETTO, Felipe Peixoto Braga. *Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 79. “A responsabilidade civil, na perspectiva clássica, depende, para existir, da presença simultânea de quatro elementos fundamentais: a) ação ou omissão; b) dano; c) nexo causal; d) culpa.

É a responsabilidade civil tradicional, de índole subjetiva. Nela, alguém, agindo ou se omitindo culposamente, causa danos a terceiros, que serão indenizáveis se houver um nexo causal entre o dano e a conduta culposa.”

67 GOMES, Orlando. *Obrigações*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 307.

Sobre os fundamentos da responsabilidade objetiva, aprecie-se a seguinte decisão: STF, Decisão Monocrática, AI. n.º 455.846/RJ. Data da decisão: 11/10/2004. Publicação: DJ Data: 21/10/2004. Relator (a) Ministro (a): Celso de Mello.

Como destacado por Orlando Gomes, na passagem anterior, a responsabilidade civil objetiva tem uma *função garantista*, pois visa a evitar que um dano deixe de ser ressarcido em virtude da dificuldade de se provar o dolo ou a culpa de quem o causou. Em regra, o *fundamento* dessa garantia é o fato de que algumas atividades, por sua própria natureza, geram um risco de lesão aos direitos de outrem. Assim, quem exerce tais atividades deve assumir os danos dela decorrentes, ainda que não atue com dolo ou culpa. A isto se denomina *teoria do risco*⁶⁸.

No âmbito do Direito Público⁶⁹, o Supremo Tribunal Federal já se pronunciou reiteradas vezes, afirmando que o artigo 37, §6º da Constituição Federal⁷⁰ consagra a responsabilidade objetiva do Estado, baseada na teoria do risco administrativo. Para ilustrar, destaca-se a seguinte decisão monocrática do Ministro Celso de Mello:

“Como se sabe, a teoria do risco administrativo, consagrada em sucessivos documentos constitucionais brasileiros, desde a Carta Política de 1946, revela-se fundamento de ordem doutrinária subjacente à norma de direito positivo que instituiu, em nosso sistema jurídico, a responsabilidade civil objetiva do Poder Público, pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros (CF, art. 37, § 6º).

Essa concepção teórica, que informa o princípio constitucional da responsabilidade civil objetiva do Poder Público, faz emergir, da mera ocorrência de

68 Sobre as origens da teoria do risco: DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. Atualização: Rui Berford Dias. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 71-72. “Aceitando-se embora a primazia reclamada por Marton para a doutrina germânica, o certo é que foram os franceses os divulgadores da teoria objetiva, devendo-se ao seu trabalho de sistematização o impulso tomado pela teoria. Saleilles e Josserand, vultos dos mais expressivos da ciência jurídica, foram os precursores da teoria do risco, nome com que se assentou na literatura francesa a ordem de idéias afins das defendidas pelos autores alemães.”

Ao presente estudo não interessam as subdivisões da teoria do risco, como a que diferencia o risco integral do administrativo. Para um aprofundamento no tema, recomenda-se a leitura do capítulo XVIII de: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

69 Reitere-se, aqui, a crítica à clássica divisão do Direito em público e privado, já mencionada anteriormente.

70 Constituição Federal: “Art. 37. (...)”

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

ato lesivo causado à vítima pelo Estado, o dever de indenizá-la pelos danos sofridos, independentemente de caracterização de culpa dos agentes estatais (...).

(...)

É certo, no entanto, que o princípio da responsabilidade objetiva não se reveste de caráter absoluto, eis que admite o abrandamento e, até mesmo, a exclusão da própria responsabilidade civil do Estado, nas hipóteses excepcionais configuradoras de situações liberatórias - como o caso fortuito e a força maior - ou evidenciadoras de ocorrência de culpa atribuível à própria vítima (RDA 137/233 – RTJ 55/50 - RTJ 163/1107-1109, v.g.).

Impõe-se destacar, neste ponto, na linha da jurisprudência prevalecente no Supremo Tribunal Federal (RTJ 163/1107-1109, Rel. Min. CELSO DE MELLO), que os elementos que compõem a estrutura e delineiam o perfil da responsabilidade civil objetiva do Poder Público compreendem (a) a alteridade do dano, (b) a causalidade material entre o ‘eventus damni’ e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público, (c) a oficialidade da atividade causal e lesiva imputável a agente do Poder Público, que, nessa condição funcional, tenha incidido, como na espécie, em conduta comissiva, independentemente da licitude, ou não, do seu comportamento funcional (RTJ 140/636) e (d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal (...).⁷¹

A doutrina diverge acerca do tipo de comportamento suscetível de caracterizar a responsabilidade objetiva no âmbito do Direito Público. Há quem sustente que ela decorre de qualquer ato dos agentes públicos, de sorte que a responsabilidade do Estado seria sempre

71 STF, Decisão Monocrática, AI. n.º 455.846/RJ. Data da decisão: 11/10/2004. Publicação: DJ Data: 21/10/2004. Relator (a) Ministro (a): Celso de Mello.

objetiva⁷². Outros, por sua vez, consideram que somente as condutas comissivas acarretam a responsabilidade objetiva, de sorte que nas omissões do Poder Público faz-se necessário considerar também a culpa⁷³.

Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal predomina este segundo entendimento, conforme se verifica da seguinte ementa:

“Tratando-se de ato omissivo do poder público, a responsabilidade civil por tal ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, esta numa de suas três vertentes, a negligência, a imperícia ou a imprudência, não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica, a falta do serviço.

A falta do serviço - faute du service dos franceses - não dispensa o requisito da causalidade, vale dizer, do nexo de causalidade entre a ação omissiva atribuída ao poder público e o dano causado a terceiro.”⁷⁴

Em matéria criminal, por exemplo, considera-se que o Poder Público responde pelos danos causados por criminosos que se evadiram de estabelecimento prisional, *quando evidente a deficiência*

72 Nesse sentido: BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Administrativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 190; e MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 430.

73 Por exemplo: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007; e FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

74 STF, RE. n.º 369.820/RS. Órgão Julgador: Segunda Turma. Data da decisão: 04/11/2003. Publicação: DJ Data: 27/02/2004. Relator (a) Ministro (a): Carlos Velloso. Decisão por unanimidade.

Em prol desse entendimento pode-se acrescentar o fato de que o artigo 21, XXIII, d da Constituição Federal, alterado pela Emenda Constitucional nº 49/2006, dispõe que a responsabilidade da União por danos nucleares independe de culpa. Ora, se a responsabilidade do Estado fosse sempre objetiva, simplesmente por força do artigo 37, § 6º, não faria sentido que o artigo 21, XXIII, c repetisse a regra. Daí se conclui que existem, sim, casos de responsabilidade subjetiva do Estado.

em sua fiscalização⁷⁵. A *contrario sensu*, não havendo prova cabal dessa falha inexistiu o dever de indenizar⁷⁶.

Encerra-se essa breve incursão no Direito Público mencionando a decisão do Conselho de Estado da França, que reconheceu a responsabilidade desse Estado por ato omissivo, determinando que indenizasse os trabalhadores que desenvolveram moléstias em decorrência da exposição ao amianto. Referido órgão baseou-se no fato de que diversos estudos científicos já demonstravam o potencial lesivo do amianto. Não obstante, foi somente em 1977 que a França adotou a primeira medida concreta visando a proteger a saúde das pessoas que laboravam em contato com essa substância⁷⁷.

No âmbito do Direito Privado brasileiro, assim dispõe o artigo 927 do Código Civil:

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

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

Enquanto o *caput* consagra, como regra geral, a respon-

75 STF, RE. n.º 409.203/RS. Órgão Julgador: Segunda Turma. Data da decisão: 07/03/2006. Publicação: DJ Data: 20/04/2007. Relator (a) Originário Ministro (a): Carlos Velloso, Relator (a) para o acórdão Ministro (a) Joaquim Barbosa. Decisão por maioria.

Trata-se de crime de estupro praticado por foragidos do sistema penitenciário estadual, tendo sido reconhecida a omissão do Estado na fiscalização do cumprimento da pena, uma vez que os condenados já haviam fugido sete vezes e, mesmo assim, não havia sido determinada a regressão de regime. Considerou-se, destarte, que a simples aplicação da Lei de Execuções Penais seria suficiente para obstar a ocorrência do fato.

76 STJ, REsp. n.º 858.511/DF. Órgão Julgador: Primeira Turma. Data da decisão: 19/08/2008. Publicação: DJ Data: 15/09/2008. Relator (a) Originário Ministro (a): Luiz Fux, Relator (a) para o acórdão Ministro (a) Teori Albino Zavascki. Decisão por maioria.

Trata-se de pessoa morta em virtude de “bala perdida”, disparada, durante tiroteio, por menor que se encontrava foragido de estabelecimento destinado ao cumprimento de medida sócio-educativa de semiliberdade. Neste contexto, o Superior Tribunal de Justiça considerou não haver nexo de causalidade, pois a ocorrência do tiroteio não foi consequência direta de uma falha no serviço prestado pelo Estado.

77 VILLELA, João Baptista. *Por uma responsabilidade civil eminente do Estado*. Quorum. Ano I, n.º 01. p. 12-13, abr. 2004. p. 12.

sabilidade subjetiva, o parágrafo único do mencionado artigo prevê hipóteses excepcionais em que a responsabilização independe de culpa.

Quanto ao parágrafo único, percebe-se que a responsabilidade objetiva ali prevista apresenta *fundamentos diversos*. Em primeiro lugar, tem-se a responsabilidade decorrente de *previsão legal*, que poderá incidir sobre qualquer atividade, independentemente de sua natureza, pois guiada por argumentos de política legislativa⁷⁸. Já a parte final do dispositivo, valendo-se de conceito jurídico indeterminado⁷⁹, trata da *responsabilidade objetiva baseada na teoria do risco*⁸⁰.

Note-se que o citado artigo 927 não é o único dispositivo do Código Civil que trata da responsabilidade objetiva. Existem outros, como os artigos 931 e 932, que assim dispõem:

78 NETTO, Felipe Peixoto Braga. *Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 80-81. "Na responsabilidade objetiva prevista na primeira parte do dispositivo citado [refere-se ao artigo 927, parágrafo único, do Código Civil de 2002] ('Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei'), o dever de reparar prescinde de culpa; está previsto em lei, e não depende, para existir, sequer da teoria do risco.

A responsabilidade objetiva *ex lege*, portanto, tem autonomia conceitual em relação à responsabilidade – também objetiva – resultante da teoria do risco.

Nessa, para que a obrigação de reparar tenha lugar, é preciso que a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implique, por sua natureza, riscos para os direitos alheios. Naquela ('Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei'), o risco não é necessário, embora possa, no caso concreto, existir."

79 Segundo a estrutura clássica, a norma jurídica descreve fatos e lhes comina efeitos jurídicos, podendo também estabelecer uma sanção.

As normas com conceitos indeterminados têm estrutura distinta. Elas não descrevem fatos. Simplesmente fixam *diretivas de conteúdo axiológico* que permitem identificar se uma conduta é ou não conforme à norma. Se, por um lado, apresentam a vantagem de permitir a adaptação do Direito às evoluções sociais sem necessidade de alteração do texto legal, por outro, exigem redobrado esforço interpretativo para evitar exageros em sua aplicação. Sobre o tema, consulte-se: THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O Contrato e sua Função Social*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 115-128.

Sobre a interpretação de normas com conceitos indeterminados, aprecie-se também: GOMES, José Jairo. *Direito Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 27-28.

80 LIMA, Alvino. *A Responsabilidade Civil pelo Fato de Outrem*. Atualização: Nelson Nery Júnior. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 346. "A teoria da atividade perigosa é, portanto, um aspecto ou modalidade da teoria do risco e, como tal, aplicam-se-lhe os mesmos princípios que fundamentam ou justificam esta teoria. O autor do dano decorrente da atividade perigosa age, em via de regra, para tirar proveito de sua atividade. É justo que a ele caiba e não à vítima, os riscos de sua atividade, que, em virtude de sua própria natureza ou dos meios empregados, cria ou aumenta o perigo, contra terceiros – *ubi emolumentum ibi onus* –, quem guarda os benefícios que o acaso de sua atividade lhe proporciona, deve inversamente, suportar os males decorrentes da sua própria atuação."

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

“Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

(...)

III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;”

Mesmo fora do Código Civil são muitos os regimes jurídicos específicos nos quais se aplica a responsabilidade objetiva. As relações de consumo são um bom exemplo⁸¹. Porém, não é o escopo deste estudo detalhar tais regimes, sendo suficientes as linhas gerais delineadas até aqui. Por isso, passa-se, agora, a enfocar resumidamente as causas suscetíveis de afastar a responsabilidade civil.

8. As excludentes de responsabilidade civil.

Como já dito, a responsabilidade civil objetiva caracteriza-se pela presença concomitante de *três requisitos*: um dano indenizável, uma conduta comissiva ou omissiva e o nexo de causalidade entre eles, *dispensada a prova do elemento subjetivo (dolo ou culpa), uma vez que o dever de ressarcir decorre de disposição legal expressa ou do risco inerente à própria atividade*. Presentes esses requisitos, apenas em hipóteses excepcionais pode ser afastada a responsabilidade, como adverte Alvíno Lima:

“Se a responsabilidade é determinada ‘independentemente de culpa’, é óbvio que não se tem em conta a culpabilidade do autor do ato danoso, e, conseqüentemente, estamos em face de uma res-

81

O Código de Defesa do Consumidor cuida da responsabilidade objetiva em seus artigos 12 a 18.

Décadas antes do Código de Defesa do Consumidor, no entanto, já havia normas tratando da responsabilidade objetiva em situações peculiares. Apenas para ilustrar, veja-se o artigo 26 do Decreto do Poder Legislativo nº 2.681, de 07 de dezembro de 1912, que dispunha sobre a responsabilidade objetiva das empresas exploradoras de ferrovias pelos danos que sua atividade causasse às propriedades situadas às margens das estradas de ferro.

ponsabilidade objetiva. Pouco importa que o autor do dano tenha ou não empregado 'medidas preventivas tecnicamente adequadas' para evitar o dano, ou seja, pouco importa que ele tenha sido rigorosamente diligente, extremamente cauteloso. A lei impondo-lhe objetivamente a responsabilidade, não lhe permite a prova em contrário de sua diligência ou mesmo ultra-diligência. Só a força maior, o caso fortuito, a culpa da própria vítima ou de terceiro poderão eximi-lo da responsabilidade."⁸²

No trecho citado estão elencadas as chamadas *causas excludentes da responsabilidade civil*: caso fortuito, força maior, culpa exclusiva da vítima e culpa exclusiva de terceiro.

Caso fortuito e força maior consubstanciam tema que está longe de ser pacífico na doutrina. Ainda que a generalidade dos autores esteja de acordo quanto à distinção entre esses conceitos, há forte divergência acerca da definição de cada um⁸³. Ora eles são extremados pelo fato de que o caso fortuito relaciona-se a comportamentos humanos, como a guerra ou a greve, enquanto a força maior decorreria de acontecimentos da natureza, como terremoto, enchente, etc., ora se entende que a distinção residiria na imprevisibilidade do caso fortuito, ao passo que a força maior, ainda que previsível, seria inevitável.

Felizmente, não é preciso ater-se à bizantina discussão

82 LIMA, Alvino. *A Responsabilidade Civil pelo Fato de Outrem*. Atualização: Nelson Nery Júnior. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 342-345.

83 Veja-se, por todos, o esclarecimento de Orlando Gomes: GOMES, Orlando. *Obrigações*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 148-149. "Duas teorias contrapõem-se: a *objetiva ou positiva* e a *subjetiva ou negativa*. Pela primeira, o caso fortuito caracteriza-se pela *imprevisibilidade ou irresistibilidade* do evento determinante da impossibilidade de cumprir a obrigação. Define-se, portanto, pela natureza do acontecimento. Pela segunda, considera-se a *ausência de culpa*, quaisquer que sejam os elementos intrínsecos do acontecimento.

(...)

À raiz dessa divergência prosperou a distinção entre *caso fortuito* e *força maior*. O primeiro se caracteriza pela imprevisibilidade do acontecimento e o segundo por sua irresistibilidade. Força maior seria: '*vis cui resisti non potes*'. Caso fortuito, '*cui praevideri non potes*'. Outros critérios distintivos foram sugeridos, mas todo o esforço da doutrina para bifurcar o acaso resultou numa confusão, que hoje se procura evitar, ou mesmo contornar, eliminando-a pura e simplesmente, atenta a circunstância de que é igual o efeito atribuído pela lei. Inútil, com efeito, sob o ponto de vista prático, a distinção."

doutrinária, uma vez que o Código Civil⁸⁴ lhes atribui a mesma consequência prática: exclusão da responsabilidade civil quando o dano decorrer, exclusivamente, de caso fortuito ou força maior⁸⁵. O Superior Tribunal de Justiça também não costuma fazer distinção entre esses conceitos⁸⁶.

Prosseguindo, a segunda causa excludente da responsabilidade civil é a *culpa exclusiva da vítima*, que, como o próprio nome sugere, consiste na circunstância de o dano ter sido causado, unicamente, por uma conduta comissiva ou omissiva da vítima. Neste caso, também não há que se falar em responsabilidade civil, pois exigir a reparação de um dano causado por si mesmo constituiria comportamento contraditório⁸⁷, além de violar a boa-fé⁸⁸.

Por fim, a última causa excludente é a *culpa exclusiva de terceiro*. Logicamente, quando se busca a reparação de um dano contra pessoa que em nada contribuiu para que ele ocorresse, não se afigura presente o nexo de causalidade, pressuposto da responsabilidade civil.

Perceba-se, então, que *as excludentes arroladas acima afastam o próprio nexo de causalidade*. Tal conclusão é partilhada

84 *Código Civil*: "Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir."

85 GOMES, Orlando. *Obrigações*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 149. "Todo fato alheio à vontade do devedor, que o impossibilite de cumprir a obrigação, considera-se caso fortuito, para o efeito de exonerá-lo de responsabilidade. Tanto faz que seja um evento natural, externo, como que diga respeito à própria pessoa do devedor."

86 Por exemplo: STJ, REsp. n.º 738.833/RJ. Órgão Julgador: Primeira Turma. Data da decisão: 08/08/2006. Publicação: DJ Data: 28/08/2006. Relator (a) Ministro (a): Luiz Fux. Decisão por unanimidade.

87 Sobre a vedação do comportamento contraditório (*venire contra factum proprio*), recomenda-se a leitura da obra: SCHREIBER, Anderson. *A Proibição do Comportamento Contraditório*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

88 JÚNIOR, Humberto Theodoro. *O Contrato e sua Função Social*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 29. "Não se presta a teoria da boa-fé objetiva para credenciar o juiz a alterar a substância do contrato, ainda que pactuado de má-fé, por uma das partes, visto que o acordo de vontades continua sendo o fundamento desse tipo de negócio bilateral. O juiz pode interpretá-lo e suprir-lhe lacunas, segundo os usos e costumes. Pode decotar-lhe cláusulas ou condições ilícitas ou imorais. Não lhe cabe, porém, a pretexto de apoiar-se na boa-fé, recriar o conteúdo do contrato, em moldes diferentes daqueles fixados pelo acordo bilateral de vontades que lhe deu origem."

pela generalidade dos autores⁸⁹, mesmo por aqueles que pretendem conferir máxima extensão à responsabilidade objetiva⁹⁰.

O que se discute, portanto, não é a existência de tais excludentes, mas sim os *limites de sua aplicação*, sobretudo em face da responsabilidade objetiva que, como já alertado, constitui mais uma *garantia da vítima* do que propriamente uma responsabilidade. Sua

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

90 Nelson Nery Júnior, por exemplo, entende que a responsabilidade do Estado, prevista no art. 37, § 6º da Constituição Federal, é *sempre objetiva*, quer se trate de ato comissivo ou omissivo. Mesmo adotando essa interpretação extensiva da responsabilidade do Estado - contrária à jurisprudência dominante do STF, como já se demonstrou - ainda assim o referido autor concorda com o fato de que as excludentes de responsabilidade civil afastam o nexo de causalidade: LIMA, Alvino. *A Responsabilidade Civil pelo Fato de Outrem*. Atualização: Nelson Nery Júnior. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 205-212. "Com a devida *venia*, entendemos que a CF 37, § 6º consagra, sim, a responsabilidade objetiva da administração pública, pela *teoria do risco*, quer se trate de conduta comissiva ou omissiva dos agentes ou servidores do poder público. Os requisitos constitucionais para que a administração pública tenha o dever de indenizar, bem como o administrado o direito de receber a indenização, são apenas dois: a) a existência do dano, patrimonial e/ou moral; b) o nexo de causalidade entre a conduta (omissiva ou comissiva) da administração e o dano.

(...)

O fundamento dessa responsabilidade objetiva é o *risco administrativo*, ou seja, o *risco da atividade* do Estado, que foi criado para servir a comunidade e não para causar-lhe problemas. Caso a atividade estatal crie problemas e cause danos ao particular, este tem direito de ver-se ressarcido pelos prejuízos que sofreu e de ser indenizado pelo dano moral quando isto se verificar. Da mesma forma, outro ângulo do mesmo fenômeno, quer dizer, o dever de a administração indenizar é também fundado no princípio da boa-fé objetiva, pois o administrado crê, com boa-fé objetiva, que o Estado tem de exercer os seus misteres para o benefício da população, sendo certo que não foi idealizado para provocar e causar danos.

(...)

Mesmo pela teoria do risco há situações que desobrigam a administração do dever de indenizar. A doutrina e jurisprudência denominam de causas de exclusão da responsabilidade civil determinadas circunstâncias que, se presentes e comprovadas, excluiriam o dever de o poder público indenizar. A administração pública não será responsável pela indenização quando houver culpa exclusiva da vítima. A doutrina e jurisprudência dominantes costumam incluir, além da culpa exclusiva da vítima, a força maior como causa de exclusão da responsabilidade civil da administração pública.

(...)

Do ponto de vista técnico, essas denominadas causas de exclusão da responsabilidade civil são acontecimentos que excluem, na verdade, o *nexo de causalidade* entre conduta e dano. Se a culpa pelo acidente foi exclusiva da vítima foi porque a conduta da administração, comissiva ou omissiva, não deu causa ao dano; se o dano se verificou pelo só acontecimento invencível da natureza (força maior), é porque não há relação entre a conduta da administração e o mesmo dano."

função, repita-se, é evitar que um dano deixe de ser ressarcido em virtude da dificuldade de se provar o dolo ou a culpa de quem o causou.

*Assim, em relação à responsabilidade objetiva, as excludentes devem ser aplicadas com parcimônia, sob pena de subverterem a própria finalidade desse regime especial*⁹¹.

Na prática, entretanto, não é isto o que se verifica. Quando se trata de responsabilizar o Estado ou suas concessionárias de serviço público, a jurisprudência é pródiga na aplicação das excludentes. Dentre os muitos exemplos, mencione-se o reconhecimento de caso fortuito ou força maior, exonerando as concessionárias de transporte público quando passageiros de ônibus⁹² ou usuários do metrô⁹³ são assaltados nesses locais. O argumento é que a incidência da responsabilidade objetiva nessas situações converteria o Estado e suas concessionárias em seguradores universais, já que não foram os causadores imediatos do dano⁹⁴.

Prova inequívoca dessa tendência foi dada pelo leading case que restringiu a aplicação da responsabilidade objetiva dos prestadores de serviço público apenas aos danos sofridos *pelos usuários desse serviço*, de sorte que às demais vítimas competiria provar a falha (*faute du service*), sob pena de não serem ressarcidas. Nas palavras do Relator, Ministro Carlos Velloso:

91 NETTO, Felipe Peixoto Braga. *Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 89. "As excludentes de caso fortuito ou força maior devem ser encaradas com temperamento nas hipóteses de responsabilidade objetiva, só podendo ser aceitas em hipóteses altamente excepcionais, uma vez que o risco é do empreendedor, não do consumidor."

Exemplo dessa aplicação restritiva das excludentes encontra-se na súmula 187 do Supremo Tribunal Federal: "A responsabilidade contratual do transportador, pelo acidente com o passageiro, não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva."

92 STJ, REsp. n.º 331.801/RJ. Órgão Julgador: Quarta Turma. Data da decisão: 05/10/2004. Publicação: DJ Data: 22/11/2004. Relator (a) Ministro (a): Fernando Gonçalves. Decisão por unanimidade.

93 STJ, REsp. n.º 402.708/SP. Órgão Julgador: Segunda Turma. Data da decisão: 24/08/2004. Publicação: DJ Data: 28/02/2005. Relator (a) Ministro (a): Eliana Calmon. Decisão por unanimidade.

94 Veja-se a crítica do professor João Baptista Villela a esse raciocínio: VILLELA, João Baptista. Por uma responsabilidade civil eminente do Estado. *Quorum*. Ano I, n.º 01. p. 12-13, abr. 2004. p. 13. "É inexplicável e escandaloso o silêncio em que o estamento jurídico brasileiro se mantém quanto à responsabilidade civil do Estado por falha na repressão da criminalidade. Que seja de meu conhecimento, jamais houve no Brasil uma única ação na qual se tivesse condenado o Estado a reparar prejuízos por morte, lesão corporal ou perdas econômicas em decorrência de conduta criminosa de terceiros. Alguém dirá: admitida, como regra, a solução de reparar, o Estado irá à ruína. É um argumento ad terrorem. Como a Constituição da República não prevê a ruína ou a autodissolução do Estado, haveria que encontrar outro caminho. Que só poderia ser o da segurança para todos, este sim, bem expresso na letra e no espírito da Constituição."

“Não se discute, no caso, a responsabilidade objetiva da concessionária de serviço público — serviço de transporte coletivo. O que se discute é se a responsabilidade objetiva dos concessionários se estende aos não-usuários do serviço.

(...)

A responsabilidade objetiva das pessoas privadas prestadoras de serviço público ocorre em relação ao usuário do serviço e não relativamente a pessoas não integrantes dessa relação.

(...)

Essa me parece, na verdade, a melhor interpretação do dispositivo constitucional, no concernente às pessoas privadas prestadoras de serviço público: o usuário do serviço público que sofreu um dano, causado pelo prestador do serviço, não precisa comprovar a culpa deste. Ao prestador do serviço é que compete, para o fim de mitigar ou elidir a sua responsabilidade, provar que o usuário procedeu com culpa, culpa em sentido largo. É que, conforme lição de Romeu Bacellar, ‘é o usuário detentor do direito subjetivo de receber um serviço público ideal’. A ratio do dispositivo constitucional que estamos interpretando parece-me mesmo esta: porque o ‘usuário é detentor do direito subjetivo de receber um serviço público ideal’, não se deve exigir que, tendo sofrido dano em razão do serviço, tivesse de provar a culpa do prestador desse serviço.

Fora daí, vale dizer, estender a não-usuários do serviço público prestado pela concessionária ou permissionária a responsabilidade objetiva — CF, art. 37, § 6º — seria ir além da ratio legis.”⁹⁵

No âmbito privado, porém, as excludentes de responsabi-

lidade civil têm alcance mais restrito. A jurisprudência consolidou-se no sentido de que algumas atividades, por sua própria natureza, são suscetíveis de causar dano aos direitos de outrem. Por isso, *nessas atividades, a responsabilização faz parte do risco natural do negócio, sendo até previsível*, razão pela qual a incidência das excludentes se restringe a casos absolutamente excepcionais.

As atividades bancárias são um bom exemplo. A ocorrência de furtos e roubos no interior das agências⁹⁶ ou do estacionamento do banco⁹⁷, a entrega indevida de cartões⁹⁸, bem como a vulnerabilidade de seus sistemas eletrônicos⁹⁹, acarretam a responsabilidade objetiva da instituição financeira, sendo inaplicáveis as excludentes

96 STJ, REsp. n.º 787.124/RS. Órgão Julgador: Primeira Turma. Data da decisão: 20/04/2006. Publicação: DJ Data: 22/05/2006. Relator (a) Ministro (a): José Delgado. Decisão por unanimidade.

"Ementa:

(...) Restando incontroverso nos autos a ocorrência de assalto em agência bancária, que resultou na morte do genitor dos autores da ação indenizatória (...).

Descabido, ainda, o argumento de que houve força maior a ensejar a exclusão da responsabilidade do recorrente. Em diversos precedentes deste Pretório, restou assentada a orientação de que, em razão da previsibilidade, o roubo não caracteriza hipótese de força maior, capaz de elidir o nexo de causalidade, indispensável à configuração do dever indenizatório."

97 STJ, REsp. n.º 1.045.775/ES. Órgão Julgador: Terceira Turma. Data da decisão: 23/04/2009. Relator (a) Ministro (a): Massami Uyeda. Decisão por unanimidade.

98 STJ, REsp. n.º 703.129/SP. Órgão Julgador: Terceira Turma. Data da decisão: 21/08/2007. Publicação: DJ Data: 06/11/2007. Relator (a) Ministro (a): Carlos Alberto Menezes Direito. Decisão por unanimidade.

"Ementa:

(...) Não é possível identificar a excludente de culpa exclusiva de terceiro sob a égide do Código de Defesa do Consumidor quando o banco entrega cartão de crédito a terceira pessoa que não o titular da conta, considerando que direta ou indiretamente participa da operação por meio de seus sistemas de controle em operações da espécie."

99 STJ, REsp. n.º 557.030/RJ. Órgão Julgador: Terceira Turma. Data da decisão: 16/12/2004. Publicação: DJ Data: 01/02/2005. Relator (a) Ministro (a): Nancy Andrighi. Decisão por unanimidade.

"Ementa:

(...) Reconhecida a possibilidade de violação do sistema eletrônico e, tratando-se de sistema próprio das instituições financeiras, ocorrendo retirada de numerário da conta corrente do cliente, não reconhecida por este, impõe-se o reconhecimento da responsabilidade objetiva do fornecedor do serviço, somente passível de ser ilidida nas hipóteses do § 3º do art. 14 do CDC."

No mesmo sentido o entendimento doutrinário: LUCCA, Newton de. Aspectos Atuais da Proteção aos Consumidores no Âmbito dos Contratos Informáticos e Telemáticos. In: LUCCA, Newton de, SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.). *Direito e Internet: Aspectos Jurídicos Relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. v. 2. p. 66-71. "(...) ocorrendo a invasão por um *hacker* ou por um *cracker* no sistema telemático do banco, com prejuízo aos seus correntistas, poderia ser invocada a exclusão de responsabilidade dos bancos com base no art. 12, § 3º, inciso III, do nosso CDC?"

(...)

Parece não haver dúvida, assim, no que se refere aos problemas apontados – falhas no equipamento eletrônico ou nos programas de computador e erros no processamento de dados –, de que a responsabilidade civil dos estabelecimentos bancários desponta indeclinável, como já ficou dito anteriormente, quer ela derive da teoria do risco

de caso fortuito e força maior, porque essas situações são previsíveis e constituem risco inerente à própria atividade, também chamado de *risco interno do negócio*.

Diversamente, a *culpa exclusiva da vítima* é motivo idôneo para afastar a responsabilidade civil, porque a utilização indevida do produto ou serviço, por quem foi devidamente informado a respeito de suas características, não se insere no risco natural do negócio (risco interno). Ao contrário, consubstancia *fator externo e absolutamente imponderável*, pelo qual o empresário não pode ser responsabilizado, por não haver nexo de causalidade entre sua conduta e o dano. Do contrário, haveria enriquecimento ilícito da vítima, em decorrência de um comportamento contraditório¹⁰⁰ (pleitear de outrem o ressarcimento de um dano causado por si mesmo).

Por fim, a *culpa exclusiva de terceiro* insere-se numa *posição intermediária*. Não é peremptoriamente afastada – como o caso fortuito ou a força maior – nem, tampouco, elimina automaticamente o nexo de causalidade – tal como ocorre com a culpa exclusiva da vítima.

A questão deve ser analisada caso a caso, pois a culpa exclusiva de terceiro somente é idônea para afastar a responsabilidade civil objetiva quando decorrer de evento absolutamente imprevisível e inevitável, corporificando um *risco externo ao negócio*. Atendo-se ao exemplo dos serviços bancários, a ocorrência de furto ou roubo de talões de cheque, durante o transporte por empresa terceirizada, não afasta a responsabilidade da instituição financeira, visto que se trata de risco previsível e inerente a essa atividade. Ou seja, *a culpa exclusiva de terceiro, nas hipóteses de responsabilidade objetiva, pressupõe a perfeita execução das atividades a cargo do devedor,*

empresarial, num dos caminhos possíveis de raciocínio, quer ela decorra do regime de responsabilidade de nosso Código de Defesa do Consumidor, segundo outro ângulo de análise. Assinale-se que a teoria do risco empresarial – direta ou indiretamente – vem sendo progressivamente acolhida pela jurisprudência pátria, especialmente pelo nosso Superior Tribunal de Justiça (...).”

100 Sobre a vedação do comportamento contraditório (*venire contra factum proprio*), recomenda-se a leitura da obra: SCHREIBER, Anderson. *A Proibição do Comportamento Contraditório*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

*aplicando-se apenas quando decorrente de ato absolutamente imprevisível e inevitável de um terceiro*¹⁰¹.

Em suma, nas “atividades de risco”, segundo o conceito jurídico indeterminado do artigo 927, parágrafo único, do Código Civil, não se aplicam as excludentes de responsabilidade, salvo a culpa exclusiva da vítima e a culpa exclusiva de terceiro (esta última apenas em caso de risco externo ao negócio).

Note-se, por derradeiro, que as excludentes de responsabilidade civil, ora examinadas, não se confundem com as excludentes de ilicitude do ato jurídico, com esclarece Felipe Peixoto Braga Netto:

“Não se deve confundir excludentes de ilicitude (estado de necessidade, legítima defesa, e exercício regular de direito) com as excludentes de responsabilidade civil (caso fortuito, força maior e culpa exclusiva da vítima).

As excludentes de ilicitude retiram a contrariedade ao direito da conduta, mas não isentam, de modo absoluto, o responsável pela reparação dos danos (no estado de necessidade o ato, apesar de lícito, é indenizável; na legítima defesa com erro na execução, embora lícita, gera o dever de indenizar os terceiros atingidos). Já as excludentes de responsa-

101 STJ, REsp. n.º 759.791/RO. Órgão Julgador: Terceira Turma. Data da decisão: 03/04/2008. Publicação: DJ Data: 15/04/2008. Relator (a) Ministro (a): Sidnei Beneti. Decisão por unanimidade.

“Ementa:

II - A exclusão da responsabilidade do fornecedor por ato de terceiro pressupõe a inexistência de defeito no serviço prestado. Recurso especial conhecido e provido.”

Igualmente relevante:

STJ, REsp. n.º 685.662/RJ. Órgão Julgador: Terceira Turma. Data da decisão: 10/11/2005. Publicação: DJ Data: 05/12/2005. Relator (a) Ministro (a): Nancy Andrighi. Decisão por unanimidade.

“Ementa:

(...) Segundo a doutrina e a jurisprudência do STJ, o fato de terceiro só atua como excludente da responsabilidade quando tal fato for inevitável e imprevisível.

O roubo do talonário de cheques durante o transporte por empresa contratada pelo banco não constituiu causa excludente da sua responsabilidade, pois trata-se de caso fortuito interno.

Se o banco envia talões de cheques para seus clientes, por intermédio de empresa terceirizada, deve assumir todos os riscos com tal atividade.

O ônus da prova das excludentes da responsabilidade do fornecedor de serviços, previstas no art. 14, § 3º, do CDC, é do fornecedor, por força do art. 12, § 3º, também do CDC.”

bilidade civil, por romperem o nexo de causalidade, afastam o próprio dever de reparar os danos."¹⁰²

Situadas as balizas fundamentais do tema, antecedente necessário das considerações específicas, passa-se, agora, à análise da responsabilidade civil pela coleta, gestão e armazenamento de dados de terceiro.

9. Responsabilidade civil pela coleta, gestão e armazenamento de dados de outrem.

É possível que o leitor esteja se perguntando por qual razão não se cuidou, desde o início, da responsabilidade civil pela coleta, gestão e armazenamento de dados de outrem, tendo-se optado por percorrer diversos assuntos.

A resposta reside no fato de que os conceitos abordados anteriormente são conexos ao tema central e absolutamente indispensáveis a sua fundamentação técnica. Não se poderia expor uma conclusão válida sem, antes, contextualizar o tema e demonstrar sua importância prática. Por isso a adoção de tópicos preliminares.

Com efeito, é justamente a fundamentação preliminar que permite imprimir a este tópico um caráter conciso e opinativo, sem que tais opiniões possam ser acoimadas de mero devaneio.

Feita essa necessária ressalva, passa-se, agora, a cuidar especificamente da responsabilidade civil pela coleta, gestão e armazenamento de dados de outrem.

De início, convém diferenciar a circunstância na qual os dados são voluntariamente transferidos pelo titular a um terceiro, daquela em que eles são subliminarmente coletados, sem o consentimento do titular.

Como já afirmado, a *transferência voluntária* de dados é comum no ambiente eletrônico, havendo, inclusive, sociedades empresárias que se dedicam especificamente a essa atividade, como a já mencionada *Recall*. Neste caso, o mais comum é que as partes celebrem um *contrato de adesão* disciplinando a coleta, gestão e

armazenamento dos dados. Conseqüentemente, apenas a conduta em desconformidade com o pactuado poderia ser apenada, incidindo a *responsabilidade contratual*, caso em que compete à sociedade contratada o ônus de provar a inexistência do dano¹⁰³, excetuada a hipótese de nulidade de alguma cláusula do contrato ou mesmo do negócio jurídico como um todo.

Diversamente, a coleta subliminar de dados, *sem o consentimento de seu titular*, configura ato ilícito, atraindo a *responsabilidade extracontratual*. Nesta hipótese, o dano seria presumido, por ofensa à privacidade, mormente no caso de dados pessoais sensíveis, os quais se referem à esfera mais íntima do indivíduo¹⁰⁴. Nesse sentido, o sólido posicionamento jurisprudencial:

“Quando uma pessoa celebra contrato especificamente com uma empresa e fornece dados cadastrais, a idade, o salário, endereço. É evidente que o faz a fim de atender às exigências do contratante. Contrata-se voluntariamente. Ninguém é compelido, é obrigado a ter aparelho telefônico tradicional ou celular. Entretanto, aquelas informações são reservadas, e aquilo que parece ou aparentemente é algo meramente formal pode ter conseqüências seríssimas; digamos, uma pessoa, um homem, resolva presentear uma moça com linha telefônica que esteja no seu nome. Não deseja, principalmente se for casado, que isto venha a público. Daí, é o próprio sistema da telefonia tradicional, quando a pessoa celebra contrato, estabelece, como regra, que o seu nome, seu endereço e o número constarão no catálogo; entretanto, se disser que não o deseja, a companhia não pode, de modo algum, fornecer tais dados. Da mesma maneira, temos cadastro nos bancos, entretanto, de uso confidencial para aquela insti-

103 Fala-se em prova da inexistência de dano ao invés de prova da inexistência de culpa pois, como se demonstrará adiante, trata-se de responsabilidade objetiva, cuja configuração independe do elemento culpa.

104 Recorde-se que a legislação européia é clara ao proibir o tratamento de dados pessoais sensíveis, ou seja, aqueles que dizem respeito, por exemplo, a convicções sexuais, religiosas, filosóficas ou políticas.

tuição, e não para ser levado a conhecimento de terceiros.”¹⁰⁵

“No sistema jurídico atual, não se cogita da prova acerca da existência de dano decorrente da violação aos direitos da personalidade, dentre eles a intimidade, imagem, honra e reputação, já que, na espécie, o dano é presumido pela simples violação ao bem jurídico tutelado.”¹⁰⁶

Ademais, a coleta, gestão e armazenamento de dados sujeitam-se à *responsabilidade objetiva*, variando, conforme a situação concreta, apenas o dispositivo legal em que deve se fundamentar a pretensão.

Nesse sentido, caso se esteja diante de uma *relação de consumo* entre o titular e o terceiro que capta os dados, a responsabilidade objetiva desponta nítida, por força do Código de Defesa do Consumidor, eis que há prestação de serviço¹⁰⁷. Não importa que se trate de transferência contratual ou clandestina de dados.

Nas demais *relações privadas* (empresariais ou civis *stricto sensu*), a responsabilidade objetiva encontra fundamento na teoria do risco. A atividade de coleta, gestão e armazenamento de dados de outrem, por sua própria natureza, é suscetível de gerar risco para direitos alheios, o chamado risco interno do negócio, que consistiria, justamente, na perda, adulteração ou divulgação não autorizada desses dados, por parte de quem tem o dever de preservá-los. Aplica-se, assim, a segunda parte do artigo 927, parágrafo único, do Código Civil¹⁰⁸.

105 STJ, HC. n.º 8.493/SP. Órgão Julgador: Sexta Turma. Data da decisão: 20/05/1999. Publicação: DJ Data: 02/08/1999. Relator (a) Ministro (a): Luiz Vicente Cernicchiaro. Decisão por unanimidade. Trecho da Ementa.

106 STJ, REsp. n.º 506.437/SP. Órgão Julgador: Quarta Turma. Data da decisão: 16/09/2003. Publicação: DJ Data: 06/10/2003. Relator (a) Ministro (a): Fernando Gonçalves. Decisão por unanimidade. Trecho da Ementa.

107 Código de Defesa do Consumidor: “Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos”.

108 Código Civil: “Art. 927. (...)

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

Percebe-se, então, que a vítima é dispensada de provar o elemento subjetivo – é dizer, dolo ou culpa – do causador do dano. Conseqüentemente, na hipótese de responsabilidade decorrente de vínculo contratual, incumbe à contratada provar a inexistência do dano, enquanto que na responsabilidade extracontratual este é presumido, conforme já se demonstrou.

A fim de eliminar dúvidas, seria de bom alvitre que fosse editada *lei específica sobre o assunto*, da qual constasse, de modo claro, a responsabilidade objetiva inerente à atividade de coleta, gerenciamento e armazenamento dados de outrem.

Feitas essas considerações, há ainda um aspecto que merece enfoque crítico. Imagine-se a situação em que uma sociedade empresária é contratada para gerenciar os dados de determinado Tribunal de Justiça, incluindo seu arquivo de processos eletrônicos. Caso um dos funcionários dessa sociedade, por conta própria, forneça dados sigilosos a terceiro, de forma não consentida, a pessoa jurídica pode ser responsabilizada?

No mesmo contexto, imagine-se que os processos eletrônicos sejam mantidos numa mídia principal e também em *backup*, situado em local e mídia diversos. Caso o referido funcionário destrua tanto a mídia principal quanto o *backup*, a sociedade será responsabilizada? Ou poderá se escusar alegando que tomou todos os cuidados razoáveis para preservar os dados, tendo sua destruição sido consequência de uma conduta isolada, imprevisível e sabotadora¹⁰⁹?

109 Destaque-se que a hipótese não é tão fantasiosa como possa parecer, à primeira vista. Inclusive, há relatos de situação semelhante, em que teriam desaparecido, em circunstâncias absolutamente suspeitas, quase mil processos do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Disponível em <<http://www.irtdpjbrasil.com.br/EspacoVital.htm>>. Consultado em 08.04.2009. “Os 966 processos - acondicionados em 170 caixas de papelão (no total 1.200 autos processuais, contados os apensos) - foram levados por ‘Jonathan’ em 28 de outubro de 2005. Ele escreveu ‘Resebi’, assinou seu suposto prenome e não forneceu - nem lhe foi pedido - mais nenhum dado sobre sua pessoa.

(...)

Oficialmente, o sumiço foi comunicado em 12 de dezembro de 2005 pelo escrivão Plauto José Scapin, ao juiz Roberto Carvalho Fraga, titular de um dos dois juizados da 10ª Vara Cível. Fraga deu ciência dos fatos, no mesmo dia, ao então diretor do Foro, juiz Almir Porto da Rocha Filho.

Em 13 de dezembro de 2005 foi determinada a ‘manifestação do Arquivo Centralizado’, sendo-lhe fixado o prazo de 48 horas. A empresa Recall do Brasil Ltda. silenciou, sendo em 21 de dezembro de 2005 determinada a sua intimação, por mandado a ser cumprido em 24 horas, ‘com prazo igual para esclarecimentos’.

Por fim, se a destruição dos arquivos não decorrer de sabotagem, mas de um incêndio, ainda assim a sociedade poderá ser responsabilizada?

Todas essas indagações dizem respeito à possibilidade de se aplicar as excludentes de responsabilidade civil à atividade de coleta, gestão e armazenamento de dados de terceiro.

Como já se disse, com espreque em Orlando Gomes¹¹⁰, a responsabilidade objetiva é mais uma *garantia da vítima* do que propriamente um regime de responsabilização. Sob essa ótica deve o instituto deve ser sempre analisado.

Sendo assim, desponta nítido que a aplicação das excludentes de responsabilidade civil ao regime objetivo deve ser feita *com muita parcimônia e em casos absolutamente restritos*, sob pena de subverter a finalidade desse regime. Evidentemente, sendo a coleta, gestão e armazenamento de dados de outrem submetida à responsabilidade objetiva, tal raciocínio se lhe aplica plenamente.

Com efeito, nos exemplos citados, a possibilidade de perda, adulteração ou divulgação não autorizada de dados faz parte do risco interno do negócio. *É justamente para gerenciar esse risco que a sociedade foi contratada*. Por isso, em nada lhe acude alegar que o dano foi fruto de desígnio autônomo de um funcionário, pois o Código Civil não admite tal espécie de escusa¹¹¹. Tampouco lhe socorre afirmar que adotou toda a diligência possível para evitá-lo, tendo inclusive mantido backup, sendo a perda decorrente de caso fortuito ou força maior. Ao celebrar o contrato, o titular dos dados transferiu um risco para a sociedade, mediante remuneração proporcional, de

A Recall do Brasil - que admite ser 'a empresa responsável pela prestação dos serviços de busca e guarda, bem como gerenciamento do acervo documental junto ao Arquivo Judicial Centralizado do Estado do RS' respondeu - então, através de correspondência que veio de sua sede (que fica em Jundiaí, SP) - que a coleta na 10ª Vara Cível tinha sido programada para o dia 3 de novembro. Nessa data, ao tentar fazer o recolhimento, tomou conhecimento de que as 170 caixas com processos já haviam sido levadas no dia 28 de outubro por 'Jonathan' - pessoa que lhe é desconhecida."

110 GOMES, Orlando. *Obrigações*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 307.

111 *Código Civil*: "Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

(...)

III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;"

modo que ela responde por esse risco, independentemente de culpa.

Ou seja, as excludentes de caso fortuito e força maior não se aplicam à atividade de coleta, gestão e armazenamento de dados de outrem, por se inserirem no risco natural do negócio, sua própria razão de ser.

Já a culpa exclusiva da vítima ou de terceiro devem ser analisadas com as ressalvas do tópico anterior¹¹².

Ou seja, a *culpa exclusiva da vítima* é suficiente para afastar a responsabilidade civil uma vez que não se concebe possa ela ser ressarcida por dano do qual foi a única causadora. Admitir o contrário seria privilegiar um comportamento contraditório, propiciando o enriquecimento ilícito da vítima. Assim, prosseguindo no exemplo anterior, se um Tribunal de Justiça determinar à sociedade empresária por ele contratada para gerenciar seu arquivo processual - por meio da pessoa competente e de acordo com contrato - que elimine completamente determinado processo, não poderá a sociedade ser responsabilizada, ainda que se verifique, posteriormente, que a ordem foi dada por engano.

Por fim, a exclusão da responsabilidade civil objetiva com base na *culpa exclusiva de terceiro* tem lugar apenas quando o dano decorre de conduta absolutamente inevitável e imprevisível, corporifi-

112 O Código de Defesa do Consumidor parece acolher o raciocínio aqui desenvolvido, na medida em que admite textualmente apenas a prova da inexistência do evento danoso (incisos I e II do art. 12, § 3º e inciso I do 14, § 3º) além da culpa exclusiva de terceiro ou da vítima como causas excludentes da responsabilidade civil:

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

(...)

§ 3º O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar:

I - que não colocou o produto no mercado;

II - que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste;

III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro."

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

(...)

§ 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;

II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro."

cando risco externo ao negócio. Sua aplicação à atividade de coleta, gestão e armazenamento de dados de outrem é bastante improvável, pois, como deveras frisado, a possibilidade de perda, adulteração ou divulgação não autorizada de dados faz parte do risco interno desse negócio, sua própria razão de ser.

Essas, em suma, as principais considerações acerca da responsabilidade civil pela coleta, gestão e armazenamento de dados de outrem.

10. Conclusão.

Com a consolidação das novas tecnologias, intensificaram-se os debates acerca de sua utilização e dos problemas daí advindos. No plano jurídico, uma das facetas dessa discussão diz respeito à privacidade na *internet* e, mais especificamente, à responsabilidade pela utilização de dados alheios. Com efeito, é cada vez maior o número de dados que trafegam diariamente na *internet* e nas redes privadas, além dos sistemas de transmissão de arquivos ponto a ponto. Devidamente organizadas, tais informações adquirem relevante valor econômico. Por isso, são cada vez maiores e mais elaborados os expedientes clandestinos que visam a captar dados alheios, como endereços de correio eletrônico, senhas bancárias, perfil de consumo, etc.

Ao lado dessas práticas ilegais, a valorização econômica das informações que circulam no meio eletrônico fez surgir também um novo segmento de mercado, composto justamente por sociedades empresárias que se dedicam, de forma lícita, a prover a necessária segurança na coleta, transmissão e armazenamento desses dados.

Não obstante a importância da matéria, ainda são escassos os estudos científicos que se debruçam sobre ela. Os que foram consultados focavam-se, em sua maioria, na captação ilícita de dados, negligenciando o fato de que também a atividade lícita, desempenhada por empresas especializadas, merece criteriosa análise.

Nesse contexto, o presente estudo pretendeu tecer considerações fundamentadas sobre o tema, tendo como ponto de partida as noções clássicas de responsabilidade civil, notadamente a responsabilidade objetiva. A conclusão a que se chegou foi a de que a or-

denação¹¹³ jurídica brasileira, ainda que não apresente lei específica regulamentando o assunto - tal como sucede nos Estados Unidos e na Comunidade Européia - está munido de instrumentos capazes de conferir proteção jurídica a quem se sentir lesado ou ameaçado de sofrer lesão em virtude do uso indevido de seus dados.

REFERÊNCIAS:

ACIOLI, Bruno Caiado de. O Princípio do Sigilo de Fonte e as suas Limitações. *Boletim dos Procuradores da República*. Ano VII, n.º 70, p. 13-15, abr. 2006. Disponível em <<http://www.anpr.org.br>>. Consultado em 08.06.2007.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Administrativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BATTELLE, John. *A Busca: como o Google e seus competidores reinventaram os negócios e estão transformando nossas vidas*. Tradução: Nivaldo Montingelli Jr. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

CAVALCANTI, Marcos; GOMES, Elisabeth; PEREIRA André. *Gestão de Empresas na Sociedade do Conhecimento*. Rio de Janeiro: Campus, 2001.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. Reflexões sobre o Direito Virtual. Palestra proferida na Faculdade de Direito da UFMG, no Seminário Direito Passo a Passo com o Futuro, em 2000. Disponível em <<http://www.obcl.com.br/>>. Consultado em 08.11.2008.

113 Com efeito, não é usual nem recomendável inserir notas de rodapé na conclusão, visto que tal espaço se destina às opiniões pessoais do autor e não à citação de outras fontes. Contudo, ousou flexibilizar essa regra para fornecer ao leitor uma justificativa acerca da preferência pelo termo “ordenação” ao invés de “ordenamento”, somente utilizado na conclusão. E o faço com base nas palavras do professor Newton de Lucca, constantes da nota de rodapé nº 675, página 309, de sua Tese de Concurso para Professor Titular de Direito Comercial da Faculdade de Direito da USP, ainda não publicada. In *verbis*:

“Contra a quase unanimidade da doutrina nacional, venho me utilizando, invariavelmente, da palavra *ordenação* jurídica, de todo preferível, a meu ver, à palavra ordenamento jurídico. Com efeito, ela parece mais consentânea com o idioma português, não havendo razão para o emprego do italianismo, conforme já destacado pela autorizada voz do gramático Napoleão Mendes de Almeida. Afinal de contas, nós tivemos as ordenações afonsinas, manuelinas e filipinas e não ordenamentos afonsinos, manuelinos e filipinos...”

DAVIDSON, Stephen J.; HOLLOWAY, Gabriel K. Software Services and Maintenance Agreements. *Presented at the 23rd Annual Institute on Computer Law*. New York City, jan. 2003. Disponível em <<http://www.abdi.org.br>>. Consultado em 30.08.2003.

DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. Atualização: Rui Berford Dias. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. A Responsabilidade Civil do Estado no Direito Brasileiro. *Boletim Técnico*. Belo Horizonte: Escola Superior de Advocacia da OAB/MG, n.º 01. p. 11-38, jan./jun. 2004.

DIRETIVA Nº 95/46 DA COMUNIDADE EUROPÉIA. Disponível em <http://www.cert.fnmt.es/legsoporte/Directiva%2095_46_CE%20Datos%20CaracterPersonal.pdf>. Consultado em 15/02/2009.

DONEDA, Danilo. *Da Privacidade à Proteção de Dados Pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

FINKELSTEIN, Maria Eugênia. Fraude Eletrônica. In: LUCCA, Newton de, SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.). *Direito e Internet: Aspectos Jurídicos Relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. v. 2.

GOOGLE USA BUSCAS PARA MONITORAR EPIDEMIAS DE GRIPE NOS EUA. Site IDG NOW!, 12 nov. 2008. Disponível em <<http://idg-now.uol.com.br/internet/2008/11/12/google-usa-buscas-para-monitorar-epidemias-de-gripe-nos-eua/>>. Consultado em 22/02/2009.

GOMES, José Jairo. *Direito Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GOMES, Orlando. *Obrigações*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GRÉGIO, Grécio Nogueira. Suspensão do Sigilo das Comunicações Telefônicas e a Portabilidade. *Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor*. Porto Alegre: Magister, n.º 24, p. 55-62, dez./jan. 2009.

GUIDELINES ON THE PROTECTION OF PRIVACY AND TRANS-BORDER FLOWS OF PERSONAL DATA, from Organization for Economic Cooperation and Development – OECD. Disponível em <http://www.oecd.org/document/18/0,3343,en_2649_34255_1815186_1_1_1_1,00.html>. Consultado em 15/02/2009.

JABUR, Gilberto Haddad. A Dignidade e o Rompimento de Privacidade. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva, PEREIRA JÚNIOR, Antônio Jorge (Coord.). *Direito à Privacidade*. São Paulo: Idéias e Letras, 2005.

LIMA, Alvino. *A Responsabilidade Civil pelo Fato de Outrem*. Atualização: Nelson Nery Júnior. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

LUCCA, Newton de. Aspectos Atuais da Proteção aos Consumidores no Âmbito dos Contratos Informáticos e Telemáticos. In: LUCCA, Newton de, SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.). *Direito e Internet: Aspectos Jurídicos Relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. v. 2.

_____. *Aspectos Jurídicos da Contratação Informática e Telemática*. São Paulo: Saraiva, 2003.

L'UE VUOLE CONTROLLARE IL VOIP: EUROJUST AVVIA UN'INDAGINE, *Quaderno Tecnologia, La Repubblica*, 23 fev. 2009. Disponível em <<http://www.repubblica.it/2009/02/sezioni/tecnologia/skype-world/skype-world/skype-world.html>>. Consultado em 23/02/2009.

MARKY, Thomas. *Curso Elementar de Direito Romano*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

MARQUES, Garcia; MARTINS, Lourenço. *Direito da Informática*. Coimbra: Livraria Almedina, 2000.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

NETTO, Felipe Peixoto Braga. *Os Sistemas Duais e sua Crise: o fim das grandes certezas*. Disponível em <http://www.prmg.mpf.gov.br/index_prod.htm>. Consultado em 18.11.2008.

_____. *Teoria dos Ilícitos Civis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. *Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva, 2008.

PASQUINO, Teresa. Serviços da Sociedade de Informação: Tutela dos Dados Pessoais e Regras de Conduta. In: LUCCA, Newton de, SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.). *Direito e Internet: Aspectos Jurídicos Relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. v. 2.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1961, v. 1.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito*

Civil Constitucional. Tradução: Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

REALE, Miguel. *Os Direitos da Personalidade*. Disponível em <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/dirpers.htm>>. Consultado em 08.11.2008.

RODOTÀ, Stefano. Libertà, opportunità, democrazia, informazione. *Internet e Privacy: Quale Regole*. Atti del Convegno, 1998. Disponível em <<http://www.privacy.it/garanterelrod.html>>. Consultado em 04/07/2009.

RODRIGUES, Ivana Bonesi. Responsabilidade civil por danos causados aos Direitos da Personalidade. *Revista de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.º 09, p. 119-141, jan./mar. 2002.

ROHRMANN, Carlos Alberto. *Curso de Direito Virtual*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

_____. Notas acerca do Direito à Privacidade na Internet: A perspectiva comparativa. *Revista da Faculdade de Direito Milton Campos*. Belo Horizonte, v. 9, 2002.

ROSA, Mário. *A Reputação na Velocidade do Pensamento: Imagem e Ética na Era Digital*. São Paulo: Geração Editorial, 2006.

SAFE HARBOUR PRIVACY PRINCIPLES. Disponível em <<http://www.export.gov/safeHarbor/SHPRINCIPLESFINAL.htm>>. Consultado em 15/02/2009.

SANTOS, Manoel J. Pereira dos. Princípios para Formação de um Regime de Dados Pessoais. In: LUCCA, Newton de, SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.). *Direito e Internet: Aspectos Jurídicos Relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. v. 2.

SAWAYA, Márcia Regina. *Dicionário de Informática e Internet*. 3. ed. São Paulo: Nobel, 1999.

SCHREIBER, Anderson. *A Proibição do Comportamento Contraditório*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SIMÃO FILHO, Adalberto. Do Contrato de Concessão para Serviços de Telecomunicações à Telefonia IP-VOIP: Reflexos nos Direitos Transindividuais. In: LUCCA, Newton de, SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.). *Direito e Internet: Aspectos Jurídicos Relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. v. 2.

STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SURFER BEWARE: PERSONAL PRIVACY AND THE INTERNET,

Electronic Privacy Information Center, jun. 1997. Disponível em <<http://epic.org/reports/surfer-beware.html>>. Consultado em 14/02/2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O Contrato e sua Função Social*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di Diritto Civile*. 42. ed. Padova: CEDAM, 2005.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Direito da Sociedade da Informação: Protecção de dados pessoais e direito à privacidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999. v. I.

VILLELA, João Baptista. O Público e o Privado no interior dos Palácios. *Del Rey Jurídica*. Ano IX, n.º 18. p. 88-89, ago./dez. 2007.

_____. *Por uma responsabilidade civil eminente do Estado*. Quorum. Ano I, n.º 01. p. 12-13, abr. 2004.