

LIMITES E CONTORNOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DOS AGENTES DE TRATAMENTO DE DADOS: DIÁLOGO ENTRE O CDC E A LGPD

LIMITS AND OUTLINES OF DATA PROCESSING AGENTS CIVIL LIABILITY: DIALOGUE BETWEEN CDC AND LGPD

Adalberto Simão Filho ⁱ

RESUMO: O ensaio apresenta proposta de um sistema interpretativo que leve em conta o diálogo necessário entre o CDC e a LGPD, a partir de seus fundamentos e princípios, complementado pelos princípios da Lei de Liberdade Econômica e de garantias de livre mercado, para melhor fixação dos níveis de responsabilidades que possam ser carreados aos agentes de tratamento de dados, em face de eventos de vazamento de dados que atinja o Consumidor titular destes, enquanto participe de relação de consumo.

ABSTRACT: The essay presents a proposal for an interpretative system that takes into account the necessary dialogue between the CDC and the LGPD, based on its foundations and principles, complemented by the principles of the Economic Freedom Law and free market guarantees, for better fixation the levels of responsibilities that may be assigned to data processing agents, in the face of data leakage events that affect the holder Consumer thereof, while participating in a consumption relationship. Keywords: civil liability, data protection, consumer, economic freedom, citizenship.

Palavras-chave: responsabilidade civil; proteção de dados; consumidor; liberdade econômica; cidadania.

Keywords: civil liability; data protection; consumer, economic freedom, citizenship.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Agentes de Tratamento de dados submetidos aos princípios e fundamentos da LGPD. 3. O Consumidor Titular de Dados pessoais e sua proteção. 4. Níveis de responsabilidades dos agentes de tratamento de dados. 5. Sistema de mitigação da responsabilidade. 6. Uma proposta interpretativa do alcance da responsabilidade civil. 7. Conclusão. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A aplicação da teoria geral da responsabilidade civil para as situações decorrentes da violação de direitos ou geração de danos ainda que exclusivamente moral, ensejando a reparação em

ⁱ Possui graduação em Direito pela Faculdades Metropolitanas Unidas (1981), mestrado em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1991), doutorado em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2002) e Pós-Doutor pela Universidade de Coimbra (2009-2011). Atualmente é docente titular da Universidade de Ribeirão Preto - UNAERP, no Programa de Pós-Graduação em Direitos Coletivos e Cidadania, níveis doutorado e mestrado. Professor do programa de pós graduação em direito comercial da COGEAE/PUC-SP. Diretor do Escritório de Advocacia Simão Filho Advogados. Tem experiência em Direito Empresarial, atuando principalmente nos seguintes temas: Direito tecnológico, inovação e proteção de dados, Direitos coletivos, Consumidor e interesses difusos, soluções éticas de conflito, negociações e autmediação. Membro Fundador do Instituto Brasileiro de Direito Contratual (IBDCont) e do Instituto Avançado de Proteção de Dados (IAPD) em 2019. Recebeu Premiação Menção Honrosa, melhor trabalho apresentado no 1º Congresso Internacional Desafios e perspectivas das Autoridades nacionais de Proteção de Dados pessoais e privacidade da USP/Ribeirão Preto. 2019. E-mail: adalbertosimao@uol.com.br / ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7441-8715>

razão da ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência sob a ótica da responsabilidade subjetiva do agente causador do dano, como prevista nos arts. 186 e art. 975 do Código Civil, demonstrou-se insuficiente para determinadas situações onde haveria o dever indenizatório, mesmo que distante do padrão da culpa do agente.

A previsão excepcionada pelo parágrafo único do art. 927 do Código Civil, da adoção da responsabilidade objetiva para a obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo agente causador do dano implicar em razão de sua natureza, risco para os direitos de outrem, apresenta concretude à teoria objetiva ou teoria do risco calcada no fato do exercício da atividade econômica geradora de um dano a outrem, determinando o dever reparatório, com base em elementos como a comprovação do dano e o nexo de causalidade entre o dano e a ação, independente da prova da culpa.

Independente desta previsão de natureza civilista, a Lei nº 8078/90 - Código de Defesa do Consumidor (CDC), adotou nas relações consumerista, a teoria do risco onde se prescinde da existência de culpa como pressuposto único válido para gerar a obrigação indenizatória. Avalia-se nesta espécie, a existência do dano e o nexo de causalidade entre o consumidor, os produtos e/ou o serviço, sempre considerando-se os elementos de exclusão da responsabilidade previstos neste diploma legal e as exceções à regra geral, como a capitulada no art. 14 parágrafo 4º, relativa à responsabilidade do profissional liberal por falhas na prestação de serviços, cuja apuração obedecerá os elementos lastreados na teoria da culpa.

Com o advento da Lei nº 13.709/2018 (LGPD) que trata da proteção de dados pessoais a partir de um microsistema específico de regras onde se pretende a responsabilização dos agentes de tratamento de dados em face de eventos, incidentes de vazamento ou acidentes que possam de alguma forma refletir nos direitos dos titulares de dados, vislumbra-se a necessidade de se procurar harmonizar as atividades protetivas deste diploma legal, com os ditames do CDC na medida em que, em muitas das hipóteses legais, a coleta e tratamento de dados pessoais e sensíveis, é efetivada em face de Consumidor enquanto titular de dados pessoais, observando-se as premissas do art. 2º desta lei, que ao disciplinar acerca da proteção de dados pessoais, fez previsão expressa no inciso VI, dos fundamentos voltados para a livre iniciativa, livre concorrência e a defesa do consumidor.

Do ponto de vista da eficiência sistêmica e protetiva de ambas as normas, aliadas aos ditames do Código Civil, este ensaio propõe a efetivação de um sistema interpretativo que leve em conta o diálogo necessário entre os dois diplomas legais protetivos, que será permeado, no que concerne e adequado, pelos princípios advindos da Lei nº 13.874/19 que instituiu a declaração de direitos de Liberdade Econômica e garantias de livre mercado, para melhor fixar a interpretação dos níveis e responsabilidades que possam ser carreados aos agentes geradores do danos relacionados a eventos de vazamento de dados pessoais, buscando a reparabilidade e a proteção.

2. AGENTES DE TRATAMENTO DE DADOS EM CONGRUÊNCIA COM PRINCÍPIOS E FUNDAMENTOS DA LGPD

Segundo a LGPD, são designados e nomeados por agentes de tratamento de dados, o controlador que é a pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais e operador que consiste na pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador.

Ambos devem observância aos fundamentos que disciplinam a proteção de dados consistentes do respeito à privacidade; a autodeterminação informativa; a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião; a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem; o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação; a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor e os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais.

E será no pleno exercício das atividades de tratamento de dados pessoais, que os agentes de tratamento deverão observar a boa-fé e a principiologia estabelecida pelo legislador (art.6º) que é voltada para temas como finalidade, adequação, necessidade, livre acesso, qualidade dos dados, transparência, segurança, prevenção, não discriminação e, finalmente, a responsabilização e prestação de contas.

Estas condutas descritas aos agentes de tratamento de dados, possuem ponto de comunicação com o CDC como se observará mais adiante, na exata dimensão apresentada por Newton De Lucca onde “a responsabilidade dos vários agentes que atuam no âmbito da Internet não há de fugir, em princípio, das características fundamentais do instituto da responsabilidade civil.”¹

E explicitando a posição, De Lucca segue mencionando que não haverá, em suma, um tipo de responsabilidade civil na internet que refuja aos cânones do largo edifício da responsabilidade construído secularmente pelo direito civil. Na sua ótica, haverá, apenas e tão-somente, características especiais na conduta dos atores que precisarão ser cuidadosamente analisadas em confronto com a teoria geral de responsabilidade civil².

Comungamos com esta posição pois, não se faz possível afirmar que nas relações jurídicas decorrentes da utilização da internet como ferramenta característica do ambiente de sociedade

¹ Como se infere do artigo denominado DE LUCCA, Newton. Alguns aspectos da responsabilidade civil no âmbito da internet, In: DINIZ, Maria Helena; LISBOA, Roberto Senise (Org.). *O Direito Civil no Séc. XXI*. São Paulo: Saraiva.2003, p. 431.

² DE LUCCA, Newton. Alguns aspectos da responsabilidade civil no âmbito da internet, In: DINIZ, Maria Helena; LISBOA, Roberto Senise (Org.). *O Direito Civil no Séc. XXI*. São Paulo: Saraiva.2003, p. 431. O Professor Newton De Luca, um dos primeiros autores de destaque a se debruçar sobre temas relativos ao direito do espaço virtual de forma metodológica e evolutiva, sempre respeitando as origens sistêmica, apresentou a resistência natural do meio jurídico ao ambiente digital e lembrou a clássica frase do Professor Fábio Konder Comparato: “a tradição misoneísta dos nossos juristas continua a condenar às trevas exteriores toda e qualquer manifestação jurídica que não se enquadre no seu sistema”.

informativa, se tenha criado ou alicerçado as bases de um sobre direito ou algo que se possa sobrepor ao sistema de responsabilização então vigente.

3. O CONSUMIDOR TITULAR DE DADOS PESSOAIS E SUA PROTEÇÃO

Para a melhor compreensão do alcance da proposta interpretativa que se fará adiante, há que se fixar por primeiro, alguns conceitos trazidos em LGPD cuja aplicação se fará em qualquer operação de tratamento realizada em território nacional, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, independentemente do meio, do país de sua sede ou do país onde estejam localizados os dados.

Para a finalidade deste ensaio, partimos das premissas conceituais estabelecidas em lei onde a expressão dado pessoal, consiste em toda informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável e, por sua vez, dado pessoal sensível consiste em todo o dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural. O titular dos dados, é a pessoa natural a quem se referem os dados pessoais que são objeto de tratamento.

Ao estabelecer a LGPD em seu artigo 3º o alcance da norma de aplicabilidade, acabou por criar em seus incisos, alguns condicionantes que devem ser verificados pois, a partir destes, se procurará efetivar uma classificação decorrente de conexões que possam gerar a relação e a confluência entre os diplomas LGPD e CDC.

Portanto, com base no alcance e na observância da norma de aplicabilidade, propomos a seguinte classificação que é verificada a partir das conexões decorrentes da operação de coleta e de tratamento de dados, a primeira a partir do gênero e a segunda, observada a espécie e finalidade da coleta:

- a) **Conexão civil e territorial.** Ocorrerá nas operações de coleta e de tratamento de dados pessoais titularizados por indivíduos internos, realizadas no território nacional. Observar-se-á para fins de estabelecer esta conexão que, sempre que o tratamento de dados for proveniente de fora do território nacional, este só será admitido internamente, se o país de proveniência proporcionar grau de proteção de dados pessoais adequado à LGPD e, ainda, desde que não sejam objeto de comunicação, uso compartilhado de dados com agentes de tratamento brasileiros ou objeto de transferência internacional de dados com outro país que não o de proveniência. (Fundamento: art. 3º, inciso I, alternativa final do inciso II e inciso III c/c. art. 4º inciso IV)
- b) **Conexão consumerista:** Ocorrerá quando nas operações de coleta de dados pessoais e atividades de tratamento decorrentes, se tenha por objetivo a oferta ou o fornecimento de bens ou serviços. (Fundamento: art.3º, inciso II primeira parte)

Para se estabelecer as consequências jurídicas deste sistema classificatório proposto a partir da detecção de que há dois níveis distintos de tratamento e de proteção aos titulares de dados pessoais, onde em um deles o titular terá cedido os seus dados, de forma voluntária ou involuntária, para tratamento por terceiros, por força de uma relação de consumo originária ou em andamento, permitimo-nos efetivar alguma digressão legislativa conceitual para melhor aclarar o raciocínio.

Se há na LGPD a previsão de uma conexão consumerista, como demonstrado, advinda das atividades de tratamento de dados pessoais que tenham por objetivo a oferta de produto ou de serviços, deve-se destacar que estes temas sob a ótica do CDC são assim disciplinados: Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial e Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista(art.3º CDC). Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços (art. 3º). E Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Consumidor por equiparação, consiste na coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo e, ainda, todas as vítimas do evento. (art. 2º c/c. art. 17)

Portanto, quando o art. 3º inciso II da LGPD, efetua a disposição que nos autorizou a apresentar a proposta de classificação a partir da conexão consumerista, considerou-se toda a atividade de tratamento que tenha por objeto a oferta ou o fornecimento de bens ou serviços, e, por via de consequência, a interpretação de que há uma categoria de consumidores que deve ter proteção específica enquanto em ambiente de relação de consumo, aqui denominada como Consumidor titular de dados pessoais.

Interpenetram-se nesta hipótese classificatória, os direitos decorrentes da legislação consumerista com os direitos proveniente da LGPD, relativos aos titulares dos dados, e há que se gerar a harmonização para que se evite interpretação dissonante ou resultados que desprezam outros vetores de natureza econômica, como os decorrentes da lei de Liberdade Econômica.

Assim é que o conjunto de direitos estabelecidos ao titular dos dados pessoais pelo art.17 da LGPD (independente de quaisquer de suas condições ou idade), visa assegurar a titularidade dos dados pessoais a toda pessoa natural, garantindo os direitos fundamentais de liberdade, de intimidade e de privacidade, gerando-lhe o direito de obter do controlador, a qualquer momento a confirmação da existência de tratamento; acesso aos dados; correção de dados incompletos, inexatos ou desatualizados; anonimização, bloqueio ou eliminação de dados desnecessários, excessivos ou tratados em desconformidade com o disposto nesta Lei; revogação de consentimento, portabilidade e eliminação dos dados pessoais na forma prevista em lei, observadas as exceções. (arts. 8º, 16 e 17) e informes sobre compartilhado de dados e sobre consequências negativas do não consentimento do titular.

Já o CDC a partir do art. 6º, elenca entre os direitos básicos do consumido, alguns direitos

que estão intimamente relacionados com os objetivos protetivos da LGPD e serão apresentados para fins de harmonização. Inicia-se com a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivo; a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, acessível também à pessoa com deficiência, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem; a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviço, além da efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos.

Na verificação da responsabilidade civil do agente causador do dano, há que se investigar primariamente, em que situação jurídica o titular dos dados pessoais objeto de evento fatalístico está em face da ocorrência.

Neste ponto, preleciona Aguiar Dias³ que há casos em que a distinção se faz necessária, porque os fatos, materialmente expostos, não foram suficientes para caracterizar a responsabilidade, sendo precioso que se estabeleça a sua natureza. Para o Autor, esta investigação da natureza jurídica deve ocorrer toda vez que, não havendo uma presunção de culpa ou qualquer outra fórmula pela qual sobrevive a doutrina da culpa, a situação exata do problema de responsabilidade civil seja uma exigência indispensável do princípio da prova.

Desta forma, parece ser possível se identificar na LGPD a dupla previsão legal, acerca da natureza e alcance de responsabilidade civil e das exclufências legais aplicáveis ao fato concreto entre outros o decorrente de casos de incidente, acidente ou quaisquer eventos de vazamento que envolva os dados pessoais de um titular.

E neste caso, há que se efetuar a investigação apropriada cuja base objetiva será o caso concreto e os seus desdobramentos, para fins de se determinar a natureza jurídica proveniente ou não de uma relação de consumo, como forma de se bem aplicar o sistema de responsabilidade civil adequado e que possa gerar a necessária proteção ao titular dos dados.

4. NÍVEIS DE RESPONSABILIDADES DOS AGENTES DE TRATAMENTO DE DADOS

Há uma expectativa e uma conduta esperada dos agentes de tratamento de dados pessoais, consoante descrita no art. 50 da LGPD, na formulação regras de boas práticas e de governança que estabeleçam as condições de organização, o regime de funcionamento, os procedimentos, incluindo reclamações e petições de titulares, as normas de segurança, os padrões técnicos, as obrigações específicas para os diversos envolvidos no tratamento, as ações educativas, os mecanismos internos de supervisão e de mitigação de riscos e outros aspectos relacionados ao tratamento de dados

³ DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 214.

pessoais.

Em atenção aos princípios gerais de LGPD, quando do estabelecimento das regras de boas práticas por parte dos agentes de tratamento, estes levarão em consideração, a natureza, o escopo, a finalidade e a probabilidade e a gravidade dos riscos e dos benefícios decorrentes de tratamento de dados do titular observando-se a estrutura, a escala e o volume de suas operações, bem como a sensibilidade dos dados tratados e a probabilidade e a gravidade dos danos para os titulares dos dados, cabendo-lhes a faculdade de implementar um programa de governança em privacidade contendo os requisitos mínimos previstos em lei⁴.

Paralelamente, quando se pretende harmonizar os diplomas legislativos mencionados, não se pode deixar de considerar também, as aparentes contradições geradas com algumas disposições da Lei nº 12.965/2014 – Marco Civil da Internet. Como mencionam Ana Frazão e Ana Rafaela Medeiros⁵, um dos maiores problemas da insuficiência do art. 19 da Lei nº 12.965/2014 é que ele acaba por privilegiar a liberdade de expressão em detrimento de outras garantias constitucionais, em afronta ao art. 5º, X, da CF, que reconhece a inviolabilidade dos direitos à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas e assegura, expressamente, a reparação integral pelo dano material ou moral decorrentes de sua violação. Aliás, a inconstitucionalidade do art. 19 do Marco Civil é objeto de discussão no RE nº 1.037.396, pendente de julgamento no STF.

Os sistemas utilizados para o tratamento de dados pessoais objetivando a proteção dos titulares, devem ser estruturados de forma a atender aos requisitos de segurança, aos padrões de boas práticas e de governança e aos princípios gerais da LGPD. Todavia, há também que se atentar para a boa interpretação em harmonia com a Constituição Federal e diplomas concernentes que é a proposta deste ensaio.

Como já ponderava Alvino Lima⁶, os problemas da responsabilidade são tão somente os da

⁴ Nos termos do inciso I do Art. 50, o programa de governança em privacidade deverá minimamente conter a demonstração e o comprometimento do controlador em adotar processos e políticas internas que assegurem o cumprimento, de forma abrangente, de normas e boas práticas relativas à proteção de dados pessoais; aplicável a todo o conjunto de dados pessoais que estejam sob seu controle, adaptado à estrutura, à escala e ao volume de suas operações, bem como à sensibilidade dos dados tratados, com o estabelecimento de políticas e salvaguardas adequadas com base em processo de avaliação sistemática de impactos e riscos à privacidade, que tenha o objetivo de estabelecer relação de confiança com o titular, por meio de atuação transparente e que assegure mecanismos de participação do titular, esteja integrado a sua estrutura geral de governança e estabeleça e aplique mecanismos de supervisão internos e externos, contando com planos de resposta a incidentes e remediação, atualizado e monitorado constantemente, de forma tal que possa demonstrar a sua efetividade em especial, a pedido da autoridade nacional ou de outra entidade responsável por promover o cumprimento de boas práticas ou códigos de conduta, os quais, de forma independente, promovam o cumprimento desta Lei.

⁵ A partir do instigante artigo denominado “Responsabilidade civil dos provedores de internet: a liberdade de expressão e o art. 19 do Marco Civil”. o Marco Civil da Internet não pode, portanto, ser interpretado como uma espécie de “blindagem” das plataformas ao Código Civil, ao Código do Consumidor e à própria Constituição Federal, para restringir a tutela dos danos injustos causados a seus usuários por conteúdos de terceiros. Se o art. 19 já sofre críticas desde a sua edição, com maior razão é justificável sustentar que a sua premissa de aplicação irrestrita é a neutralidade da plataforma em relação aos conteúdos. FRAZÃO, Ana; MEDEIROS, Ana Rafaela. Responsabilidade civil dos provedores de internet: a liberdade de expressão e o art. 19 do Marco Civil. *Migalhas de Responsabilidade Civil*, 23 fev. 2021. Disponível em: <https://s.migalhas.com.br/S/D2516C> Acesso em: 19 ago. 2021.

⁶ LIMA, Alvino. *Culpa e Risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1960, p. 176

reparação das perdas. Na sua ótica, os danos e a reparação não poderiam ser aferidos pela medida da culpabilidade, mas devem emergir do fato causador da lesão de um bem jurídico, a fim de se manterem incólumes aos interesses em jogo, cujo desequilíbrio é manifesto, observados os limites da responsabilidade subjetiva.

A matéria de responsabilidade civil e ressarcimento de danos em LGPD, se tipifica a partir do art. 42 quando disciplina que o controlador ou o operador que, em razão do exercício de atividade de tratamento de dados pessoais, causar a outrem dano patrimonial, moral, individual ou coletivo, em violação à legislação de proteção de dados pessoais, é obrigado a repará-lo

A questão que nos parece mais instigante, é se estabelecer a natureza jurídica das regras dos arts. 42 a 45 da LGPD para a adoção da responsabilidade padrão prevista no Código Civil de forma subjetiva, cabendo a aferição do ato ilícito nos termos dos arts. 186 e 187 do Código Civil ou, se adotará a sistemática objetiva excepcionada no parágrafo único do art. 927.

Um tratamento de dados pessoais será considerado irregular quando deixar de observar a legislação ou quando não fornecer a segurança que o titular dele pode esperar, consideradas certas circunstâncias relevantes, como o modo pelo qual é realizado; o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam; as técnicas de tratamento de dados pessoais disponíveis à época em que foi realizado.

Caberá aos agentes de tratamento, num conceito conhecido por “*privacy by design*” adotar desde a fase de concepção do produto⁷ ou do serviço até a sua execução, medidas de segurança, técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou qualquer forma de tratamento inadequado ou ilícito.

A Responsabilidade pelos danos decorrentes da violação da segurança dos dados será do controlador ou do operador que der causa ao dano ao deixar de adotar as medidas de segurança necessárias.

Visando assegurar a efetiva indenização ao titular dos dados, a LGPD disciplina que os controladores que estiverem diretamente envolvidos no tratamento do qual decorreram danos ao titular dos dados respondem solidariamente, e o operador responde solidariamente pelos danos causados pelo tratamento quando descumprir as obrigações da legislação de proteção de dados ou quando não tiver seguido as instruções lícitas do controlador, hipótese em que o operador equipara-se ao

⁷ “Art. 46. Os agentes de tratamento devem adotar medidas de segurança, técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou qualquer forma de tratamento inadequado ou ilícito. § 1º A autoridade nacional poderá dispor sobre padrões técnicos mínimos para tornar aplicável o disposto no caput deste artigo, considerados a natureza das informações tratadas, as características específicas do tratamento e o estado atual da tecnologia, especialmente no caso de dados pessoais sensíveis, assim como os princípios previstos no caput do art. 6º desta Lei. § 2º As medidas de que trata o caput deste artigo deverão ser observadas desde a fase de concepção do produto ou do serviço até a sua execução.”

controlador, salvo nos casos de exclusão previstos no art. 43 para os agentes de tratamento de dados⁸.

Neste ponto, observa-se que disciplina o art.14 do CDC encontra-se em sintonia com a exclusão da regra prevista no art 43 da LGPD ao dispor que o fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste; a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Há que se reconhecer, à luz do art. 4º do CDC a vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo, quando se relaciona à proteção de seus dados pessoais coletados por força deste nível de relação de forma tal que as políticas governamentais devem ser assertivas a ponto de possibilitar ao consumidor titular de dados pessoais, que os fornecedores efetivem a garantia de que produtos e serviços ofertados possam ter padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho.

Cabe assim, o diálogo entre a principiologia estabelecida na Lei nº 13.874/19 que instituiu a Declaração de direitos de liberdade econômica, estabelecendo garantias de livre mercado; as premissas do CDC e os fundamentos econômicos da LGPD.

Ao se instituir a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, que estabelece normas de proteção à livre iniciativa e ao livre exercício de atividade econômica e disposições sobre a atuação do Estado como agente normativo e regulador, assinalou-se que interpretam-se em favor da liberdade econômica, da boa-fé e do respeito aos contratos, aos investimentos e à propriedade, todas as normas de ordenação pública sobre atividades econômicas privada.

A outro lado, ao se colocar como princípio maior a liberdade como uma garantia no exercício de atividades econômicas e a boa-fé do particular perante o poder público e, ainda, ao se apresentar um conjunto de direitos atinentes às pessoas, naturais ou jurídicas, essenciais para o desenvolvimento e o crescimento econômicos do País, observado o disposto no parágrafo único do art. 170 da Constituição Federal, a lei em questão visa também o fomento da atividade econômica, a partir de certas premissas lógicas.

E o CDC busca entre outros, a harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor, sem se descuidar da necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica, sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores.

A LGPD cria normas gerais de interesse nacional, que devem ser observadas pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios objetivando a partir da proteção primária dos titulares de dados pessoais, o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação, além da livre iniciativa, a livre

⁸ “Art. 43. Os agentes de tratamento só não serão responsabilizados quando provarem: I - que não realizaram o tratamento de dados pessoais que lhes é atribuído; II - que, embora tenham realizado o tratamento de dados pessoais que lhes é atribuído, não houve violação à legislação de proteção de dados; ou III - que o dano é decorrente de culpa exclusiva do titular dos dados ou de terceiro.”

concorrência e a defesa do consumidor.

Portanto, esta será a ambiência legislativa que demandará do exercício interpretativo em face do caso concreto, para se sopesar a atribuição de responsabilidade civil em casos específicos e concretos decorrentes de incidentes com os dados pessoais, levando-se também em conta os ditames da ANPD-Autoridade Nacional de Proteção de Dados sobre a matéria e o seu poder sancionador.

6. UMA PROPOSTA INTERPRETATIVA DO ALCANCE DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Parafraseamos Alvino Lima⁹ que com a sua preditividade já vaticinava que a vida aí está, com todo o espetáculo das suas realizações criadoras de novas situações jurídicas a desafiar e a exigir soluções sem dismantelo da harmonia social pois vivemos em uma sociedade cada vez mais complexa e que exige desenvolvimento de ação humana onde as relações obrigatórias são funções das relações econômicas e sociais em que a intensificação de umas significa o desenvolvimento de outras, onde a vontade e sua autonomia deve ceder terreno aos princípios que impõem a segurança jurídica nas relações de qualquer natureza. Desta forma se transformam os velhos conceitos dogmáticos e se adaptam na medida em que, novas concepções surgem para a solução dos problemas impostos pela vida.

Este desafio entre o novo – as mudanças e o porvir, será o grande dilema interpretativo e vetor no que concerne aos temas de LGPD relacionados à responsabilidade civil em ambiente de sociedade da informação que sofre severo impacto das tecnologias e da utilização de plataforma de comunicação e de transmissão de dados no modelo Big Data¹⁰, objetivando a necessária resposta legal para temas de proteção de titulares de dados pessoais.

A necessidade de se interpretar os eventos relacionados a incidentes de vazamento de dados enquanto caracterizado o Titular dos dados pessoais como consumidor, encontra-se regulada pelo art. 45 da LGPD que expressa o sentido de que as hipóteses de violação do direito do titular no âmbito das relações de consumo permanecem sujeitas às regras de responsabilidade previstas na legislação pertinente.

A forma possível de interpretação das regras contidas nos arts. 43 a 45 da LGPD a partir das conexões apresentadas neste ensaio, classificadas como conexão civil e territorial e Conexão consumerista, do ponto de vista pragmático leva a afirmação de que a coleta de dados pessoais pode ser resultante de inúmeras relações a jurídicas, além da coleta decorrente de relação de consumo entre o fornecedor de produtos e de serviços e o consumidor titular dos dados pessoais.

A título de exemplo, tem-se as coletas de dados pessoais advindas de atividades

⁹ LIMA, Alvino. *Culpa e Risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1960, p. 344-349.

¹⁰ A propósito das questões relacionadas ao Big Data, efeitos e parâmetros, veja SIMÃO FILHO, Adalberto; SCHWARTZ, Germano André Doederlein. Big Data em tempos de internet das coisas. In: PARENTONI, Leonardo (Coord.). *Direito, Tecnologia e Inovação*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, v. 1.

empresariais como coleta dos dados de colaboradores, funcionários, prestadores de qualquer natureza, parceiros comerciais e estratégicos, bem como de dados de terceiros que possam ter interesse em adentrar ao ambiente empresarial (físico ou virtual) para o exercício de qualquer atividade que não seja a decorrente de relação de consumo.

Portanto, na interpretação provável, há que se verificar objetivamente o caso concreto para que se possa gerar o diálogo legislativo que possibilite a real proteção a ser dada ao consumidor titular dos dados pessoais violados em relação de consumo, no que concerne aos seus direitos, de forma individual ou coletiva, para que a plenitude dos mesmos possa ser preservada.

Neste sistema interpretativo proposto, deve-se considerar que a coleta e tratamento de dados pessoais pode ter sido feita à luz dos permissivos contido em uma das bases legais¹¹ do art. 7º da LGPD onde, o consentimento manifestado é apenas uma delas e onde contratos e legítimo interesse também as compõem.

Desta forma, não será incomum que por alguma conformidade específica relacionada a episódio de vazamento de dados pessoais, se tenha que efetivar a interpretação de negócios jurídicos, onde houve a coleta e tratamento de dados pessoais de consumidores, em razão de sua natureza e das especificidades.

Observe-se aqui uma peculiaridade decorrente do sistema classificatório proposto. Em ambas as conexões civis e territoriais e consumeristas, as previsões legais relacionadas às excludências de responsabilidade previstas na LGPD e no CDC, são aplicáveis. Todavia, há que se observar que eventuais pactos excludentes de responsabilidade efetivados com titulares de dados, podem ter o seu valor reduzido ou comprometido, a depender da forma classificatória da operação.

Explicamo-nos. Como preleciona Jaime Santos Briz¹² a responsabilidade se exclui não somente quando ocorrerem causas legais que suprimam a antijuridicidade ou a culpabilidade, como também em certos casos, por meio de acordo de vontades expresso ou tácito, onde por meio de estipulação expressa, se tenha excluído de antemão ou de forma antecipada, a responsabilidade decorrente de ações ou omissões lastreadas em condutas culposas ou dolosas, como as provenientes da teoria do risco.

Em se tratando de evento que envolve consumidor titular de dados quando participante de relação de consumo, a interpretação de um pacto de excludência de responsabilidade, deve ser restritiva haja vista o sistema de cláusulas abusivas previsto no CDC.

O art. 6º do CDC prevê como direito do consumidor, a possibilidade de modificação de

¹¹ As bases legais para o tratamento dos dados pessoais, em síntese são: consentimento pelo titular; para o cumprimento de obrigação legal ou regulatória; pela administração pública na execução de políticas públicas; para a realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais; quando necessário para a execução de contrato ou de procedimentos preliminares relacionados a contrato do qual seja parte o titular, a pedido do titular dos dados; para o exercício regular de direitos em processos de qualquer natureza; para a proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro; para a tutela da saúde; interesses legítimos do controlador ou de terceiro;- para a proteção do crédito.

¹² BRIZ, Jaime Santos. *La Responsabilidad Civil*. 4. ed. Madrid: Editorial Montecorvo, 1986, p. 36.

cláusulas contratuais, sempre que for necessário o restabelecimento do equilíbrio das relações entre os consumidores e os fornecedores. A sua vez, no artigo 51, da Lei nº 8.078/90, apresenta a lista exemplificativa de cláusulas abusivas que podem gerar um desequilíbrio entre os direitos e obrigações das partes, em detrimento do consumidor.

Destarte, um pacto visando a exclusão de responsabilidade do fornecedor, acaba por refletir na disposição do inciso I do art. 51, na medida em que poderá implicar em renúncia de direitos, mormente se impossibilitar, exonerar ou atenuar a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços.

O pacto de exclusão de responsabilidade neste caso, poderá ser presumido como uma vantagem exagerada, ofendendo os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence, restringindo direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual.

E neste ponto, em muitos dos casos a serem levados ao Poder Judiciário, entidades arbitrais e/ou a ANPD, dadas as questões excludentes apresentadas ou mitigadoras de responsabilidade, haverá que se interpretar os fatos ocorridos, considerando-se também as modificações geradas pela lei de Liberdade Econômica, entre as quais aquela relacionada ao sistema interpretativo do art. 113 do Código Civil, considerando-se que a interpretação do negócio jurídico deve lhe atribuir o sentido que for confirmado pelo comportamento das partes posterior à celebração do negócio; corresponder aos usos, costumes e práticas do mercado relativas ao tipo de negócio; corresponder à boa-fé; for mais benéfica à parte que não redigiu o dispositivo e corresponder a qual seria a razoável negociação das partes sobre a questão discutida, inferida das demais disposições do negócio e da racionalidade econômica das partes, consideradas as informações disponíveis no momento de sua celebração.

Todavia, em razão do sistema protetivo da LGPD em consonância com as disposições já citadas do CDC, pode-se subsumir que sejam quais forem os parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas contratuais de negócio jurídico interempresarial que, na sua execução possa ter redundado de forma direta ou indireta num acidente com os dados pessoais, mesmo que estas partes tenham livremente pactuado as regras de interpretação, de preenchimento de lacunas e de integração do negócios jurídico, de forma diversa daquelas previstas em leis específicas de cunho protetivo, decerto o nível de interpretação que a autoridade judicante, administrativa ou regulatória fará com vistas à proteção e defesa do consumidor titular de dados pessoais sujeito a evento nocivo sem a sua concorrência direta ou indireta, possivelmente será o de prestigiar as normas protetivas que melhor possam atender a este titular de dado quando se relaciona ao caso concreto.

Para tanto e para que possa também gerar a comunicabilidade dos dois diplomas específicos consistentes do CDC e da LGPD com os ditames do Código Civil, do Marco Civil de Internet e da Lei de Liberdade Econômica, há que se observar os direitos de contrapeso existentes nestes diplomas e as condutas excludentes e mitigadoras de responsabilidade, sem se descuidar do objetivo protetivo da norma, à luz dos arts. 5º e 170 da Constituição Federal, por meio de métodos que reflitam uma ciência interpretativa de sopesamento a toda prova, sempre na busca do resultado útil e sintonizado com os

demais parâmetros relacionados aos princípios constitucionais, para se obter a pacificação social.

7. CONCLUSÃO

Com o estabelecimento da cultura protetiva de dados pessoais no país, por força das políticas públicas assertivas e do regramento equitativo e pontual advindo da ANPD-Autoridade Nacional de Proteção de Dados, aliado às aspirações pertinentes e precisas decorrentes da implantação dos princípios e fundamentos da Lei de Liberdade Econômica, de forma a produzir a segurança necessária aos negócios e relações comerciais ou institucionais e qualquer natureza, há também que se possibilitar padrões de interpretação que possam conduzir ao fortalecimento das estruturas de controle e de fiscalização das atividades relacionadas a coleta e utilização de dados pessoais, em ambiente onde prepondera o uso de tecnologia e o pleno acesso aos meios digitais de comunicabilidade e de tráfego de dados, para que os princípios e fundamentos da LGPD possam ser efetivos e eficientes.

E será neste cenário onde prepondera a distopia e a transformação e onde os dados circulam na velocidade da luz ou do pensamento, que se instaura o grande desafio de gerar a concretização da política protetiva dos titulares de dados pessoais.

Adotou-se neste breve ensaio, uma classificação para melhor se possibilitar a aplicabilidade das normas e conceitos resultantes da responsabilidade civil por eventos de vazamento de dados pessoais. A proposta se fez a partir do reconhecimento de que as disposições de LGPD autorizam a verificação da existência de uma conexão civil e territorial toda vez em que a operação de coleta e tratamento de dados pessoais de indivíduos internos, for realizada no território nacional e uma conexão consumerista que ocorre quando a atividade de tratamento tenha por objetivo a oferta ou o fornecimento de bens ou serviços, haja vista que o art. 45 da LGPD expressa que as hipóteses de violação do direito do titular no âmbito das relações de consumo, permanecem sujeitas às regras de responsabilidade previstas na legislação pertinente.

Nesta ótica proposta, a análise da responsabilidade civil, seu alcance, limites, excludentes e formas, perpassará primeiramente, pela investigação da natureza jurídica da relação que gerou a coleta e o tratamento de dados pessoais, inclusive no que tange ao seu sentido finalista. Desta forma, as disposições do CDC poderão ser utilizadas no âmbito deste microssistema, sempre que se detectar que estão presentes no negócio jurídico concreto, os elementos próprios da relação de consumo e a pessoa do fornecedor de produtos ou de serviços, além da pessoa do consumidor como titular de dados pessoais, observadas as causas legais de excludência de responsabilidade e, ainda, dando-se interpretação aos eventuais pactos de não responsabilização, observada a base objetiva do negócio em relação à sua natureza jurídica, em conjugação com o disposto no art. 51 do CDC.

A busca da harmonização dos diplomas legais mencionados e uma clara vocação e aspiração para a proteção dos titulares de dados pessoais a partir de um ambiente previamente gerado e implantado onde prepondera a necessidade de prevenção e de mitigação do dano e de seus efeitos,

mormente em face de consumidores como titulares de dados pessoais, contribuirá para a eficiência no fortalecimento da cultura protetiva no país aliada aos preceitos da liberdade econômica, resultando na boa aplicabilidade das normas voltadas para a responsabilização e afastando-se dos indesejáveis excessos de qualquer natureza.

REFERÊNCIAS

- BAUMAN, Zygmunt. *Vigilância Líquida*. Diálogos com David Lyon. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.
- BERGÉ, Jean-Sylvestre. Direito e circulação de dados na Internet: Apelo por uma Dupla inovação das abordagens. In: SIMÃO FILHO, Adalberto; DE LUCCA, Newton; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de; MACIEL, Renata Mota (Coord.). *Direito & Internet IV: sistema de proteção de dados pessoais*. São Paulo: Quartier Latin, 2019.
- BRIZ, Jaime Santos. *La Responsabilidad Civil*. 4. ed. Madrid: Editorial Montecorvo, 1986.
- CAPITÁN, Eva R. Jordà; FERNÁNDEZ, Verónica de Priego. *La protección y seguridad de La persona em internet*. Aspectos sociales y jurídicos, Madrid: Editorial Reus.2014.
- CASTELLS, Manuel. *Fim de milênio*. A era da informação: economia, sociedade e cultura. São Paulo: Paz e Terra, 2012, v. 3.
- CASTELLS, Manuel. *A Sociedade em rede*. A era da informação: economia, sociedade e cultura. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2010, v. 1.
- DE LUCCA, Newton. *Direito do Consumidor*. São Paulo: Quartier Latin, 2003.
- DE LUCCA, Newton. Alguns aspectos da responsabilidade civil no âmbito da internet, In: DINIZ, Maria Helena; LISBOA, Roberto Senise (Org.). *O Direito Civil no Séc. XXI*. São Paulo: Saraiva.2003
- DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2021, v. 7.
- DONEDA, Danilo. Princípios da proteção de dados pessoais. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Coords.). *Direito & Internet III: Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014)*. São Paulo: Quartier Latin, 2015, t. 1.
- DONEDA, Danilo. Rumo à Autoridade Nacional de Proteção de Dados. In: SIMÃO FILHO, Adalberto; DE LUCCA, Newton; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de; MACIEL, Renata Mota (Coord.). *Direito & Internet IV: sistema de proteção de dados pessoais*. São Paulo: Quartier Latin, 2019.
- FRAZÃO, Ana; MEDEIROS, Ana Rafaela. Responsabilidade civil dos provedores de internet: a liberdade de expressão e o art. 19 do Marco Civil. *Migalhas de Responsabilidade Civil*, 23 fev. 2021. Disponível em: <https://s.migalhas.com.br/S/D2516C> Acesso em: 19 ago. 2021.
- LIMA, Alvino. *Culpa e Risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais,1960.
- LIMA, Cíntia Rosa Pereira de; PEROLI, Kelvin. Desafios para a atuação independente da Autoridade Nacional de Proteção de Dados. In: SIMÃO FILHO, Adalberto; DE LUCCA, Newton; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de; MACIEL, Renata Mota (Coord.). *Direito & Internet IV: sistema de proteção de dados pessoais*. São Paulo: Quartier Latin, 2019.
- LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. A imprescindibilidade de uma entidade de garantia para a efetiva proteção dos dados pessoais no cenário futuro do Brasil. Tese (Livre Docência) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2015.

NIGER, Sergio. *Le nuove dimensioni della privacy: dal diritto alla riservatezza alla protezione dei dati personali*. Padova: Cedam, 2006.

PARENTONI, Leonardo; LIMA, Henrique Cunha Souza. Proteção de dados pessoais no Brasil: Antinomias internas e aspectos internacionais. In: SIMÃO FILHO, Adalberto; DE LUCCA, Newton; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de; MACIEL, Renata Mota (Coord.). *Direito & Internet IV: sistema de proteção de dados pessoais*. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

RIFKIN, Jeremy. *La sociedad de coste marginal cero*. El internet de las cosas El procomum colaborativo y el eclipse del capitalismo. Barcelona: Paidós, 2014.

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

SIMÃO FILHO, Adalberto; SCHWARTZ, Germano André Doederlein. Big Data em tempos de internet das coisas. In: PARENTONI, Leonardo (Coord.). *Direito, Tecnologia e Inovação*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, v. 1.

Recebido: 19.08.2021

Aprovado: 21.09.2021

Como citar: SIMÃO FILHO, Adalberto; Limites e contornos da responsabilidade civil dos agentes de tratamento de dados: diálogo entre o CDC e a LGPD. **Revista IBERC**, Belo Horizonte, v. 4, n. 3, p. 38-52, set./dez. 2021.

