

RESPONSABILIDADE CIVIL NO TRATAMENTO DE DADOS: A INTERPRETAÇÃO DA LEI 13.709/2018 À LUZ DA UNIDADE DO ORDENAMENTO JURÍDICO

Carlos Nelson Konder

Doutor e Mestre em direito civil pela UFRJ. Especialista em direito civil pela Universidade de Camerino (Itália). Professor do Departamento de Direito Civil da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e do Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio), Advogado.

1. INTRODUÇÃO: A RELEVÂNCIA PRÁTICA DO TEMA

A promulgação da Lei n. 13.709/2018 – Lei geral de proteção de dados (“LGPD”)¹ trouxe inúmeras possibilidades promissoras, inserindo o Brasil no prestigiado grupo de países que reconhecem a proteção de dados pessoais como direito fundamental e manifestação da dignidade da pessoa humana.² Entretanto, essas possibilidades vieram acompanhadas de número igualmente grande de controvérsias sobre a interpretação e aplicação de seus dispositivos, o que vem sucessivamente adiando o término da *vacatio legis*.²

Entre esses temas desponta a responsabilidade civil por danos oriundos do tratamento de dados. Trata-se de tema que tem gerado verdadeiro cisma na doutrina e que está longe de ser pacificado, em razão dos bons argumentos para os dois lados e sobre os quais o legislador, no mínimo, deixou de dar qualquer ajuda para a solução. Agrava a situação ser um assunto da maior relevância prática, em razão dos diversos casos de danos graves decorrentes do vazamento de dados pessoais que vêm chegando à mídia.

Caillin Mulholland, em estudo sobre os dados sensíveis, relatou, por exemplo, o vazamento de informações sobre comportamento sexual, de milhares de doadores de um banco de sangue australiano (o Red Cross Blood Service); o acesso, pela

1. Sobre o tema, são referências DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. e MENDES, Laura S.beret. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor*. lincas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014.

2. Depois do adiamento da vigência da LGPD pela Lei 13.853/2019, o PL 5.762/19 pretende adiar em mais dois anos a vigência da Lei, sob o fundamento de que uma pequena parcela das instituições brasileiras adotou o processo de adequação às diversas inovações trazidas pela legislação e o próprio Poder Executivo iniciou o processo de insular a ANPD – Autoridade Nacional de Proteção de Dados (BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei 5.762/2019. Deputado Carlos Bezerra. Disponível em <https://www.camara.leg.br/propostas/websfichadeconsultacao/7ldProposicao=2227704>. Acesso em: 13 nov. 2019).

Standard Innovation, dos dados de utilização de um vibrador We-Vibe 4 Plus pelos seus usuários, e o caso da Smart TV Samsung, que podia escutar o que seus telespectadores diziam.³ Aos exemplos citados, pode-se aduzir também o caso do site Ashley Madison, voltado a intermediar adulterios, cujos dados de seus 37 milhões de usuários foram expostos em 2015 por hackers, após uma tentativa infrutífera de chantagem os seus administradores.⁴ Todavia, o caso mais notório e de maior repercussão foi o caso do Facebook com a Cambridge Analytica, quando informações referentes a 50 milhões de pessoas, obtidas por meio de testes de personalidade veiculados em redes sociais, foram utilizadas para a campanha presidencial de Donald Trump, de modo a viabilizar a construção de um perfil psicográfico da população americana.⁵

Apesar da Lei Geral de Proteção de Dados visar evitar esse tipo problema, atuando de forma preventiva, deve-se ter ciência de que escândalos como os citados voltarão a se repetir e somente um regime adequado de responsabilização poderá garantir às vítimas algum alento. Torna-se oportuno, portanto, e mesmo necessário, endereçar a questão referente aos pressupostos para a responsabilização pelos danos gerados e às excluídas que podem afastar o dever de indenizar.

2. AS REGRAS CLARAS DA LGPD SOBRE O TEMA

Algumas regras trazidas pela nova lei sobre o regime de responsabilidade civil são bastante claras, razão pela qual é conveniente começar a abordagem do tema por elas. Por exemplo, no tocante aos sujeitos responsáveis, a Lei prevê dois agentes de tratamento de dados: o controlador e o operador. O controlador é quem toma as decisões referentes ao tratamento de dados, o operador é quem realiza a execução. A distinção é especialmente importante nos casos em que há terceirização – ou seja, quando o controlador contrata outra sociedade para que ela implemente o tratamento de dados – e traz grande relevância normativa, pois implica regime jurídico diverso.

Nesse sentido, o operador responde se tiver descumprido a lei ou se tiver descumprido as instruções (lícitas) do controlador. Já para os controladores responderem basta estarem diretamente envolvidos no tratamento de dados que gerou o dano. O regime, previsto no artigo 42, § 1º, da LGPD, é praticamente a transcrição do regime previsto pelo art. 82.2 da GDPR – a normativa europeia sobre proteção de dados.

Outra regra clara diz respeito à possibilidade de inversão do ônus da prova, que é garantida quando houver verossimilhança da alegação ou hipossuficiência ou excessiva onerosidade para produzi-la (art. 42, § 2º, da LGPD). A legislação se limita a consolidar as prerrogativas que já eram garantidas nas relações de consumo, pelo art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor (“CDC”), e, de modo geral, no âmbito processual, pelo art. 373, § 3º, II, do Código de Processo Civil (“CPC”). Trata-se, todavia, de pontuação que será relevante no futuro, uma vez que deixa claro que a discussão material sobre os requisitos para a responsabilidade (por exemplo, a exi-

gência ou não de culpa) não interfere com a possibilidade de distribuição adequada do ônus de fazer prova desses requisitos, permitindo inversões a lógica tradicional quando o encargo probatório for pesado demais para uma das partes.

Vale ressaltar ainda que a lei prevê expressamente a possibilidade de demandas coletivas. Nesse sentido, a capilarização do tratamento de dados impõe a necessidade de que a proteção da privacidade não se limite à iniciativa individual, demandando sua viabilização igualmente por meio de instrumentos transindividuais e de autoridades administrativas especialmente constituídas para este fim.⁶ Da mesma forma, a Lei prevê o direito de regresso de quem arcar com a indenização em face dos demais responsáveis (LGPD, art. 42, § 4º). A clareza termina aí.

3. ARGUMENTOS EM TORNO DA GRANDE CONTROVÉRSIA: RESPONSABILIDADE OBJETIVA OU SUBJETIVA?

A controvérsia se coloca quando se trata de responder a uma questão fundamental: a responsabilidade no âmbito do tratamento de dados é subjetiva ou objetiva? Inverendo-se a perspectiva: pode o agente de tratamento se eximir da responsabilidade provando que não teve culpa, ou seja, provando que tomou os cuidados adequados no tratamento dos dados? Essa é a questão que divide a doutrina, gerando terrível insegurança jurídica. A dificuldade é alimentada pela fronteira nebulosa entre os dois regimes e, é tamanha a perplexidade, que se fala até mesmo de um *tertium genus*.⁷ Sobre esse dilema, cumpre examinar os principais argumentos que vêm sendo colocados no debate.

a. O silêncio do legislador

O artigo 42 da LGPD não fala de “ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência”, como o artigo 186 do Código Civil ao prever o ato ilícito como fundamento da responsabilidade subjetiva. Por outro lado, também não usa expressões como “independentemente de culpa”, “ainda que não haja culpa de sua parte” e “independentemente da existência de culpa”, como fazem os artigos 927 e 933 do Código Civil e 14 do CDC, ao tratar da responsabilidade objetiva. Ou seja, o legislador não disse expressamente que é subjetiva, nem que é objetiva. Simplesmente – e, talvez, deliberadamente – ele se omitiu. Abre-se, então, um debate, com argumentos “objetivistas” e argumentos “subjetivistas”.

O primeiro argumento “subjetivista” é, justamente, o silêncio do legislador, uma vez que uma das versões do projeto da LGPD continha a expressa determinação de que a responsabilidade na transferência internacional de dados era objetiva, e esse

6. RODOTÁ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 30.

7. MORAES, Maria Céliana Bodini; QUEIROZ, João Quinelano de. Autodeterminação informática et esportabilização proactiva: novos instrumentos de tutela da pessoa humana na LGPD. *Cadernos Adnetar* XX, 3, Rio de Janeiro, outubro de 2019, p. 126.

trecho foi suprimido durante a tramitação no Congresso.⁸ A interpretação dessa supressão, todavia, é ambígua: de um lado, por que suprimir-se não para afastar a responsabilidade objetiva? De outro lado, se era para afastar a responsabilidade objetiva, por que então não se colocou expressamente a exigência de culpa?

O argumento é frágil, pois remete à *voluntas legislatoris*, que, de modo geral, é inexpressável, pois a vontade coletiva de criação de lei é produto de diversas vontades individuais muitas vezes contraditórias entre si e que perdem relevância uma vez que a norma ganha autonomia: “o exageira simula buscar a força ativa primordial, porém, e volta com ares de ler descoberto a verdade, quando apenas se embala e nheido, e volta com ares de ler descoberto a verdade, quando apenas se embala e se perde no mundo da ficção”.⁹ Em especial, no que diz respeito especificamente à LGPD, e especialmente complexo afirmar essa vontade do legislador, pois houve fusão de distintos projetos, cada qual com seus próprios vieses, e, no que tange ao substitutivo – já com a redação atual neste ponto – o relator defendia claramente que a responsabilidade é objetiva.¹⁰

Com efeito, buscar na vontade tácita do legislador a interpretação adequada para o regime de responsabilidade civil imposto pela LGPD não parece ser a melhor estratégia. Em especial considerando que, historicamente, a interpretação do regime de responsabilidade civil por vezes revelou até mesmo a vontade expressa do legislador. Basta recordar a interpretação que o STF deu à responsabilidade indireta no regime do CC/1916, quando a lei previa a necessidade da prova de culpa – “só serão responsáveis ... provando-se que elas concorreram para o dano por culpa” (art. 1.523) – e a jurisprudência expressamente a afastou ao determinar que “é presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto” (STF Súmula 341, 1963). Trata-se, então, de um argumento de menor peso no debate.

b. Responsabilidade pelo descumprimento de deveres

O segundo argumento que vem sendo aduzido a favor do caráter subjetivo da responsabilidade diz respeito à previsão, ao longo da lei, de deveres a serem cumpridos e boas práticas a serem adotadas pelos agentes de tratamento.¹¹ O argumento colacionado a partir desse dado normativo é de que, se a responsabilidade depende de violação de dever de conduta, ela pressupõe culpa. Com efeito, a dificuldade

neste ponto reside na aparente aproximação entre os regimes da responsabilidade subjetiva e objetiva.

Com efeito, a avaliação de culpa vem se transformando significativamente. Por um lado, afasta-se da excessiva abstração e injustiça do arcaico padrão do “homem médio” ou, pior, do “bom pai de família”, que, como ressaltava Pasolini, “é um mosquito pernicioso delinquent, conformista, racista, schiavista, qualunquista”.¹² Por outro lado, não deve resvalar para a arbitrariedade de se palear exclusivamente pela avaliação moral, quase arbitraria, das circunstâncias do caso concreto. Entre a objetividade da abstração e subjetividade da concretização, a culpa tem se encaminhado para certo equilíbrio.¹³ Isso envolve palear-se cada vez mais em padrões de conduta objetivos, mas específicos, muitas vezes guiados por *standards* profissionais de comportamento ou mesmo normas técnicas voltadas para aquele tipo de atividade. Esse processo referido como a “fragmentação dos modelos de conduta”¹⁴ acaba por conduzir à ideia de culpa normativa e, conseqüentemente, para visão mais objetiva do juízo de culpabilidade.

Por outro lado, não é incommum que as hipóteses legais de responsabilidade objetiva dependam, para sua incidência, de algum requisito adicional para sua aplicação. E o caso, por exemplo, das relações de consumo, onde a responsabilidade é objetiva, mas ela pressupõe o defeito.¹⁵ Em síntese, quando o consumidor sofre um dano causado pelo produto ou serviço só haverá responsabilidade se, além do dano e do nexo causal, houver defeito do produto e do serviço. O defeito “caracteriza-se como violação de uma legítima expectativa de segurança a que se alia a capacidade de provocar acidentes”.¹⁶ Assim, se nem a culpa é mais tão subjetiva quanto já foi, a responsabilidade objetiva também não é absoluta.

Essa mitigação da fronteira, todavia, não deve resvalar para certos equívocos relativos à compreensão genuína do que caracteriza a responsabilidade objetiva. Talvez pela resistência histórica a essa forma de responsabilização – que é uma responsabilidade desprovida do juízo de reprovabilidade moral que marca a responsabilidade subjetiva – ainda hoje sobrevive certa dificuldade e resistência a reconhecer que a responsabilidade objetiva é, de fato, objetiva. Percebe-se essa relativização entre os juristas que, tomando a responsabilidade por atividade de risco, entendem que a responsabilidade objetiva decorre da violação de um dever de segurança.¹⁷ Ou, em discussão mais antiga, a afirmação de que a responsabilidade do fornecedor por delitos do produto ou do serviço decorreria da violação do dever de não colocar

8. CUEDDES, Gisela Sampaio da Cruz; MEIRELES, Rose Melo Vencelau. Término do varimento de dados pessoais e suas repercussões no direito brasileiro. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 232.

9. MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 21.

10. BRASIL. CÁMARA DOS DEPUTADOS. Parecer do relator Deputado Orlando Silva ao Projeto de Lei nº 1664/2012. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codToc=16642006&filename=PPP+1+PL+406012+%3D%3E+PL+4060/2012. Acesso em: 25 jan. 2019.

11. CUEDDES, Gisela Sampaio da Cruz; MEIRELES, Rose Melo Vencelau. Término do tratamento de dados pessoais e suas repercussões no direito brasileiro. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 232.

12. Em tradução livre, “um homem comum é um monstro, um delinquent português, conformista, racista, escravo, alienado”. A frase está no episódio *La tricotada de lince*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 18.

13. CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A culpa na responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 41.

14. A expressão é de SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 41.

15. TEREPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 282.

16. CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A responsabilidade civil do fornecedor de produtos pelo risco do desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 126.

17. CAVALLIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 185.

no mercado produtos ou serviços defeituosos. Parece haver aqui a confusão entre a existência de requisito (objetivo) para a responsabilização objetiva e suposta avaliação de conduta (subjetiva), própria da culpa.

Nesse sentido, talvez parte dessa controvérsia se funde em uma questão de base: o que caracteriza um regime de responsabilidade como objetivo? A questão não é desnecessária na medida em que se constata a existência de entendimentos nos quais se reputa possível considerar certa responsabilidade como objetiva, ainda que prevendo-se como fundamento o descumprimento de certo dever ou o desvio de um padrão de conduta. Foi o entendimento consagrado inclusive pelas Jornadas de Direito Civil no que tange ao abuso do direito, no seu enunciado 37: “a responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico”. De modo geral, esse tipo de aproximação parece misturar a objetivação da culpa – sua avaliação com base em padrões de conduta específicos – com a avaliação de desvios de conduta dentro do sistema de responsabilização, o que mais condiz com a responsabilidade subjetiva.

Assim, tomado de forma estritamente técnica, a pressuposição da violação de deveres é argumento “subjetivista”, mas não tanto para a doutrina que reputa possível um regime de responsabilidade objetiva que envolva avaliar a reprovação diante do comportamento dos agentes. Assim, a colocação do argumento se fragiliza a LGPD previsse regime de responsabilidade supostamente objetiva, mas fundada no descumprimento de deveres. Ainda que sejam deveres violados à prevenção dos danos, se a responsabilidade pressupõe a violação de tais deveres, aproxima-se mais do regime subjetivo do que do regime objetivo.

c. O regime das excludentes de responsabilidade

Forte argumento a alimentar esse debate está nas excludentes de responsabilidade previstas pela LGPD. O artigo 43 prevê três excludentes de responsabilidade: a prova de que não realizou o tratamento; a prova de que não violou a LGPD e a prova de culpa (*rectus, fato*), exclusivo da vítima ou de terceiro. A semelhança com o artigo 12, § 3º, do CDC é impressionante, que também prevê três excludentes: a prova de que não colocou o produto no mercado; a prova de que o produto não tinha defeito; e a prova de culpa (*rectus, fato*) exclusivo da vítima ou de terceiro.

A semelhança entre as excludentes na LGPD e no CDC é um argumento para os objetivistas: se a responsabilidade no CDC é objetiva e admite essas excludentes, excludentes na LGPD também deveria ser objetiva, pois admite as mesmas tão em outros termos.

Gisela Guedes e Rose Meireles apontam que há uma distinção fundamental no meio: enquanto no CDC a excludente é a prova de ausência de defeito, algo que

seja efetivamente objetivo, na LGPD a excludente é a prova de ausência de violação própria LGPD, o que retomaria a ideia de descumprimento dos deveres legais e, portanto, de culpa.¹⁸ As professoras aduzem ainda que, logo na sequência, o legislador impõe regras de segurança e de boas práticas, corroborando a ideia de que é uma responsabilidade fundada na violação de deveres de comportamento e, portanto, aculda quando provado o comportamento adequado.¹⁹

Traça-se de argumento de peso pela responsabilidade subjetiva. Entretanto, novamente, o legislador coloca obstáculos à sua interpretação. Ao definir o que é tratamento irregular de dados, no artigo 44, o legislador fala da violação à lei e da falta de segurança, estabelecendo como parâmetros “a segurança que o titular pode esperar”, “as circunstâncias relevantes”, “o modo pelo qual é realizado”, “o resultado e os riscos”, e a “época em que foi realizado”. É possível ver grande semelhança com a norma como o CDC definiu o defeito do serviço, no § 1º, do seu art. 14, seguindo os mesmos parâmetros, ao cominar responsabilidade que é objetiva.

Junta-se a isso o fato de, ao tratar do citado dever de segurança e das boas práticas, a LGPD começa o art. 46 dizendo que “os agentes de tratamento devem adotar medidas de segurança... aptas a proteger os dados pessoais...”. O dispositivo não se refere a medidas adequadas, proporcionais, cabíveis, mas sim, categoricamente, que as medidas têm que ser aptas a proteger os dados, o que pode conduzir à interpretação de que, se os dados não foram protegidos, as medidas então não eram aptas. A redação sugere interpretação bastante objetiva, similar ao que se costuma reputar uma obrigação de garantia, isto é, “a eliminação de um risco que pesa sobre o credor”²⁰. Entretanto, como já observado, ao se referir à violação de deveres – ainda que deveres para a prevenção de danos – o regime parece envolver avaliação de culpa.

Constata-se, assim, que mesmo o dispositivo relativo às excludentes, assim como os subsequentes, quando imiscuidos com a nebulosidade da fronteira entre responsabilidade subjetiva e objetiva – e as confusões conceituais também aí imbricadas – podem contribuir para as duas interpretações, especialmente em vista desse entendimento difuso de que é possível responsabilidade objetiva combinada com quebra de deveres.

d. Atividade de risco?

18. GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; MEIRELES, Rose Mela Veneciano. Tratado do tratamento de dados. In: TEPELINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 234.

19. GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; MEIRELES, Rose Mela Veneciano. Tratado do tratamento de dados. In: TEPELINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 231-232.

20. Pessoas e suas responsabilidades no direito brasileiro. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 231-232. A definição é de COMPARATO, Fábio Konder. Estudos e pareceres de direito empresarial. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 537.

Os objetivistas argumentam ainda com base na diminuição dos riscos envolvidos com o tratamento de dados.²¹ Em primeiro lugar, ainda que essa atividade, naturalmente, gere riscos de danos, é questionável que o tratamento de dados configure atividade de risco para fins de justificar a imposição de responsabilidade objetiva em termos similares ao previsto no parágrafo único do artigo 927 do Código Civil. O dispositivo não incide em “uma atividade normalmente inócua que se torna perigosa em razão da conduta dolosa, imprudente, negligente ou imperita de quem a desenvolve”.²²

Parte da doutrina defende que que o tratamento de dados seria atividade de risco – e a responsabilidade seria objetiva – quando os titulares dos dados sejam vulneráveis ou os dados sejam sensíveis.²³ Entretanto, observa-se que o dispositivo vale em conta a natureza da atividade para determinar as chances de produção de danos, não os sujeitos envolvidos, nem a gravidade dos danos eventualmente gerados, razão pela qual não parece possível entender que, em qualquer caso, a responsabilidade por tratamento de dados seja objetiva em razão de se tratar de atividade de risco. Deve-se, além disso, ter cautela com a recorrente associação entre responsabilidade objetiva e responsabilidade por atividade de risco.²⁴ Embora o risco seja o objetivo fundamental histórico e o mais comum entre os regimes de responsabilidade atualmente existentes, ele não é o único. Por exemplo, embora seja objetiva a responsabilidade por danos causados em estado de perigo, bem como as responsabilidades por fato de outrem (país pelos atos dos filhos, dos tutores e curadores seus tutelados e curatelados, dos empregadores por empregados...) não são regimes de responsabilidade fundamentados em atividade de risco.

Maria Célia Bodin de Moraes defende que nem toda responsabilidade objetiva se funda no risco, massim em um imperativo de solidariedade social: o agente assume a responsabilidade por danos que estão fora de seu controle.²⁵ Deve-se, portanto, colocar a questão em termos diversos: justifica-se impor ao agente de tratamento de dados esse regime de responsabilidade objetiva, para que ele assumia o risco dos danos para si, diluindo-o nos seus custos, em atendimento ao princípio da solidariedade? Para responder a essa indagação, deve-se examinar o argumento final sobre a con-

gruência: quem são esses agentes que se submeterão ao regime de responsabilidade civil previsto pela LGPD.

e. Âmbito de incidência da LGPD

Em decorrimento das definições gerais dos dispositivos iniciais da LGPD, que lhe dá grande âmbito de aplicação, no que tange ao regime de responsabilidade civil por ela imposto, incide regra específica que lhe restringe significativamente o alcance: trata-se do artigo 45 da LGPD, que preconiza que “as hipóteses de violação do direito do titular no âmbito das relações de consumo permanecem sujeitas às regras de responsabilidade previstas na legislação pertinente”. O dispositivo, na prática, implica que todo tratamento de dados no âmbito de relação de consumo continuará ser submetido ao regime de responsabilidade do CDC.

Dessa forma, todos os exemplos referidos inicialmente, que escandalizaram a comunidade internacional sobre os riscos no tratamento de dados, não seriam, na verdade, regidos pela LGPD. O banco de sangue australiano que divulgou a vida sexual dos doadores, o vibrador que difundia os hábitos de seus usuários, a Smart TV Samsung que escutava seus telespectadores, o site Ashley Madison que expôs os 37 milhões de adúlteros, o caso do Facebook com a Cambridge Analytica, todos eles continuariam a ser regidos pelo CDC, isto é, responsabilidade objetiva fundada na prova de dolo do serviço ou do produto, dano e nexo de causalidade.

Restariam abarcados pelo regime de responsabilidade civil da LGPD somente aqueles agentes que tratam dados de pessoas naturais com fins econômicos sem caracterizar relação de consumo. O primeiro exemplo que pode ser aduzido, em que pese certa controvérsia sobre o tema,²⁶ seriam os escritórios de advocacia. O advogado, cujo computador é invadido por um hacker que captura dados de seus clientes pessoas físicas é um exemplo de pessoa jurídica que trata dados pessoais de pessoas naturais e, ainda que com fins econômicos, não se submeteria ao CDC.

Outro exemplo que pode ser aduzido são as associações, que são pessoas jurídicas que fazem tratamento de dados pessoais e não se submetem ao CDC na relação com seus associados. Assim, seria o caso de instituto de pesquisa ou de associação de moradores que causa dano a algum dos associados no que tange aos dados pessoais, por conta disso, se submeteria ao regime de responsabilidade civil previsto na LGPD.

Terceto exemplo seria o condomínio que não tenha administradora profissional, terceirizada. Se, por exemplo, os dados pessoais dos condôminos são utilizados para fins diversos do previsto em sua coleta, a responsabilização seguirá o regime da LGPD. Enfim, todos os três são pessoas que ou bem não exercem atividade empre-

21. GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Término do tratamento de dados pessoais e suas repercussões no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 230.

22. SALLÉS, Raquel Bellini. *Aldasenta gerida de responsabilidade civil objetiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 181.

23. Nesse sentido, FERREIRA, Diogo Ramos. Responsabilidade civil dos agentes de tratamento de dados subjetiva ou objetiva? *Jota*, 20 nov 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/responsabilidade-civil-dos-agentes-de-tratamento-de-dados-subjetiva-ou-objetiva-20112019>. Acesso em: 21 nov 2019.

24. CAVALLETTI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 179.

25. MORAES, Maria Célia Bodin. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. *Revista dos Indivíduos*, v. 874, p. 26. Rio de Janeiro: dez 2006.

26. Sobre a controvérsia, v. MARQUES, Cláudia Lima et al. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2006. p. 131.

sarial ou estabelecem relações em que não há, em princípio, vulnerabilidade,²⁷ São esses os agentes de tratamento que serão submetidos ao regime de responsabilidade civil da LGPD.

Consequentemente, se o regime de responsabilidade da LGPD, aplicável a essas pessoas, é o objetivo, a elas se importaria regime tão gravoso quanto o das relações de consumo, ou talvez até pior, pois nas relações de consumo a responsabilidade é objetiva, mas ela pressupõe o defeito, como observado. Na LGPD não há menção a defeito do tratamento, então, se entendido que a responsabilidade é objetiva, bastaria o dano e o nexo de causalidade com a conduta de tratamento dos dados. Esse argumento parece colocar em xeque a pretensão de impor a tais agentes, que não exercem atividade empresarial no mercado de consumo, esse regime agravado.

4. INTERPRETAÇÃO À LUZ DA UNIDADE DO ORDENAMENTO: A LGPD NÃO DEVE SER TRATADA COMO UM "MICROSSISTEMA"

Nesse momento inicial de interpretação da LGPD, deve-se tomar cuidado para não incidir no erro que se difundiu quanto ao CDC, no sentido de começar a tratar o novel diploma como um microssistema isolado do restante do ordenamento. A expressão "microssistema" deita raízes na concepção defendida por Natalino Irt, segundo a qual a perda de centralidade do Código Civil faria com que se multiplicassem as legislações setoriais, cada uma com lógicas e parâmetros interpretativos próprios, dando origem a um "polissistema" sem unidade central.²⁸

Entretanto, em que pese à proliferação dos chamados "estatutos", que operam cortes transversais nos ramos tradicionais do direito para implementar políticas públicas de intervenção, deve-se reconhecer a manutenção da unidade do sistema, não mais focada no Código Civil, mas na Constituição: a legislação especial deve ser entendida como um mecanismo de eletivação da sistemática constitucional sobre um tipo de relação concretamente diferenciado.²⁹ O ordenamento jurídico é uno e sistemático, ou então não é ordenamento, e sua unidade decorre da superioridade normativa do texto constitucional, que dá validade e sentido aos demais enunciados normativos.³⁰

Assim, sob a premissa da unidade e coerência do sistema, não parece possível entender que o regime de responsabilidade civil na LGPD seja tão ou mais rigoroso quanto o regime de responsabilidade civil no CDC. Diante disso, a interpretação dos dispositivos, ambíguos e omissos, da LGPD deve ocorrer no sentido de uma responsabilidade subjetiva, ou seja, permitindo-se aos agentes de tratamento se examina-

27. MARQUES, Cláudia Lima et al. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2006, p. 83.

28. IRTI, Natalino. *Letra da lei e decodificação*. *Revista de Direito Civil, Imobiliaria, Agrário e Empresarial*, v. 3, n. 10. São Paulo: out./dez. de 1979, p. 15-33.

29. TEPEDEINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 12-13.

30. PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 200-201.

da responsabilidade provando que tomaram as medidas adequadas de segurança e de cumprimento dos deveres legais. Essa avaliação, todavia, deve pausar-se por *standards* objetivos de conduta, padrões específicos de zelo e segurança, de modo a observar não a responsabilidade, mas avaliação da culpa. Além disso, como destacado, a distribuição do ônus da prova deve ser compatível com a capacidade das partes litigantes de se desincumbir desse encargo.

5. CONCLUSÃO

A controvérsia acerca do regime de responsabilidade civil aplicável aos danos decorrentes de tratamento de dados, submetidos ao regime da LGPD, é significativa e existem pertinentes argumentos tanto a favor da responsabilidade subjetiva como da responsabilidade objetiva. Produzida pela omissão do legislador, é disputa que se alimenta da nebulosidade natural à fronteira entre os dois regimes e, também, de certa confusão conceitual acerca dos elementos característicos de cada uma dessas categorias.

Parece, todavia, que à luz da visão unitária que se deve ter sobre o ordenamento jurídico como um todo e, tendo em vista que, segundo a própria LGPD, os litígios envolvendo relações de consumo continuarão a se submeter à normativa do CDC, seria incoerente impor o regime de responsabilização objetiva às entidades submetidas à LGPD, colocando-as em situação igual ou mais gravosa do que aqueles que atuam no mercado de consumo.

Dessa forma, no âmbito da LGPD, os agentes de tratamento poderão se liberar da responsabilidade provando que tomaram medidas adequadas de segurança no tratamento de dados, bem como atenderam a todos os deveres impostos pela legislação. Entretanto, deve-se observar que essa avaliação se pauta por padrões objetivos de comportamento, reputados condizentes com a tutela exigida para os dados objeto de tratamento. Ademais, como reconhece a própria legislação, o ônus probatório do desatendimento a esses *standards* de comportamento deve ser distribuído de forma compatível com a capacidade das partes para desincumbir-se desse encargo.