

Responsabilidade Civil no Mundo Digital à Luz da Análise Econômica do Direito

Kércia Tavares da Silva^{a,†}

^aInstituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP), Brazil • [†]Autor correspondente: kerciatavares8@gmail.com

INFORMAÇÕES DO ARTIGO

Palavras-chave:

Responsabilidade civil na Análise Econômica do Direito
Lei geral de proteção de dados
Mundo digital

RESUMO

Este artigo busca analisar a responsabilidade civil para análise econômica do direito como foco no mundo digital e na nova Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). O objetivo geral é trazer uma reflexão a partir de uma lente diferente de investigação. Já o objetivo específico é discorrer acerca de uma solução ótima, entendendo a definição de culpa, bem como a melhor forma de responsabilização de acordo com os incentivos de precaução.

1. Introdução

A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD/lei 13.709/2018) é um ato normativo único e novo no ordenamento jurídico brasileiro, sua celeridade traz ao país uma segurança jurídica no âmbito dos negócios da economia digital. É válido citar que um dos requisitos para o ingresso na Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) é a adoção de uma legislação de tratamento de dados.

Nesse sentido, a partir do art. 42 em diante é abordado na redação legislativa a responsabilidade dos agentes de tratamento e o ressarcimento referente a eventuais danos. Juridicamente, essa seção ainda enfrenta divergências doutrinárias no que diz respeito à modalidade da responsabilização: subjetiva (a culpa precisa ser comprovada) ou objetiva (não é necessária a conduta culposa). Todavia, o presente artigo buscará, por meio de uma nova lente de reflexão, investigar a responsabilização civil à luz da análise econômica do direito inserida no mundo digital, dado a suma importância do novo dispositivo legal (LGPD) para a inovação tecnológica, disputa comercial e digitalização global.

2. Do vazamento de dados

Um dos tópicos que a LGPD se propôs a normatizar é o vazamento de dados, isto é, crime que gera a exposição do usuário a outras empresas e a possíveis estelionatários que utilizam o conhecimento exposto para golpear usuários.

Nesse contexto, podemos citar o caso de repercussão nacional de fevereiro de 2021. De acordo com entrevista exclusiva ao Neo Feed (Samanbra, 2021), Marco de Mello, CEO e fundador da PSafe (*startup* brasileira cibernética) afirma que sua empresa identificou mais de 100 milhões de pessoas expostas, inclusive as informações pertencentes ao Presidente da República — Jair Messias Bolsonaro. Essas poderiam ser compradas em uma base na *dark web* e *deep web*.

A PSafe reitera que há diferentes formas de extração desses dados, seja pela via de *hacker* (invasão), seja pelo vazamento interno intencional.

Diante do exposto, entendemos como premissa da economia comportamental que os agentes econômicos são racionalmente imperfeitos, ou seja, tendem a serem racionais, mas são inconsistentes em determinadas escolhas devido a fatores externos. Assim, os indivíduos reagem aos incentivos apresentados catalisando subsídios negativos e positivos.

Segundo Richard Thaler (*apud* Frabasi, 2017), economista e prêmio Nobel 2017, os *nudges* são justamente os vieses culturais e subjetivos que perpassam sobre o critério de escolha. Logo, o *nudge* positivo procura entender a arquitetura e o contexto de uma escolha para incentivar a melhor resolução. É importante ressaltar que esse instrumento não é utilizado para interferir no livre arbítrio, uma vez que não é coercitivo e sim opcional.

Portanto, esse elemento é relevante para determinarmos a culpa no estudo de caso do vazamento de informações e o melhor desenho da responsabilidade inserido nesse tema. É o que analisaremos nos parágrafos subsequentes.

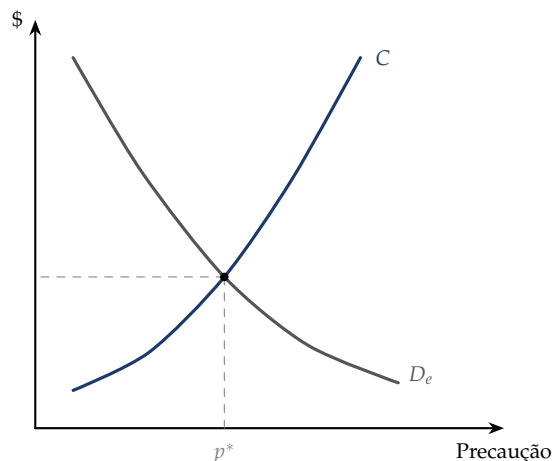
3. Da culpa

A princípio, a precaução é a ação esperada por parte do indivíduo, já que este deve reduzir os riscos referentes ao dano esperado, agindo com cautela, nos limites eficientes de segurança e de acordo com a tipicidade da atividade que irá praticar. Logo, necessita-se buscar um nível ótimo dessa medida. Há uma vantagem metodológica em utilizar os preceitos econômicos, visto que o olhar da precaução é instrumental, avaliando a capacidade de promover eficiência.

É o que aponta Maristrello Porto (2014), no livro “Direito e economia no Brasil”, para o autor, a avaliação econômica escolheria apenas medidas de precaução que evidenciassem benefícios superiores aos custos de adoção, ou seja, o valor usado na redução da probabilidade do malefício.

Sob esse prisma, Learned Hand (*apud* Maristrello Porto, 2014), jurista, juiz estadunidense e *judicial philosopher*, usa a álgebra para criar uma fórmula que estabelecesse critérios de culpabilidade, ou seja, um parâmetro norteador à análise dos juízes. Assim, “o potencial causador A de um dano terá agido com culpa se não houver adotado determinada medida de precaução cujos custos marginais de adoção sejam menores que a consequente redução do dano marginal esperado” (Maristrello Porto, 2014, p. 183). Nessa parte do artigo, o diagnóstico se distancia da concepção clássica (jurídica), não a abandonando, mas considerando o benefício marginal eficiente. Desse modo, a título de exemplo, segue o gráfico da fórmula de Hand:

Figura 1. Gráfico da fórmula de Hand.



Notas: C = custo marginal de precaução; D_e = dano esperado marginal = pd ; p = probabilidade marginal de ocorrência de dano; d = dano marginal.

4. Do estudo de caso

Tendo em mente o que é uma conduta culposa para a análise econômica do direito, podemos observar como ela incide sobre o tema escolhido. Para tanto, utilizaremos o julgado no processo sob n.º 0418456-71.2013.8.19.0001 referente a uma Ação Cível proposta pelo Ministério Público em face de Smarty Solutions, BV Financeira, Bracom e Grupo Líder. A Apelação, interposta pelas empresas, foi rejeitada por unanimidade pelos Desembargadores da 1ª Câmara Cível do Rio de Janeiro e essas foram condenadas à indenização de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) por dano moral coletivo e R\$ 1.000 (um mil reais) por danos materiais e morais aos usuários, individualmente considerados.

De acordo com fatos narrados nos autos, a Bracom, integrante do Grupo Líder, possuía os dados dos consumidores da BV Financeira, já que a prestadora utiliza os serviços da financeira. Assim, delegou a Smarty Solutions a manutenção do banco de dados, os quais foram vazados e ficaram disponíveis na internet por três meses. Bastava uma simples busca para encontrá-los. Destaca-se que, uma vez expostos os dados de uma pessoa, a proteção inicial torna-se praticamente impossível, por isso, apenas o vazamento já configura o dano propriamente dito.

Segundo a fundamentação levantada pelo Relator, se subsumi do caso responsabilidade objetiva, isto é, mesmo que o sistema tenha sido invadido por *hackers*, possibilitando o vazamento, a empresa não adotou mecanismos suficientes de proteção.

Vejamos:

[...] como também pela culpa *in vigilando*, pois o descaso como dever de cuidado sobre as funções delegadas a SMARTY, é de tal ordem que a empresa BV só tomou conhecimento do vazamento do seu banco de dados meses depois, quando da instauração do Inquérito Civil nº 920/2012. (Rio de Janeiro, 2021)

O que podemos retirar dessa decisão é que o melhor caminho para determinar a culpa e, portanto, a responsabilização de agente de tratamento é se orientar pelos parâmetros da fórmula de Hand. Nesse sentido, nos casos de vazamento de dados, deve-se considerar a precaução adotada pelos agentes de tratamento diante do dano esperado, e ainda, se o marginal de adoção foi inferior à redução do dano.

5. Da responsabilidade

Nesse sentido, visando a eficiência econômica dos recursos, entendemos que a melhor forma de responsabilização seja aquela que fornece os incentivos adequados para os agentes de tratamento adotarem um nível ótimo de precaução, de acordo com a singularidade da atividade digital. Assim, é necessário levar em consideração também a dimensão do agente de tratamento de dados, ou seja, se estamos falando de empresas com pequeno porte ou com grande estrutura, já que a medida de precaução precisa ser proporcional.

No Brasil, já possuímos uma legislação voltada para o mundo digital — a LGPD. Todavia, cabe aos tribunais a formulação de uma jurisprudência consistente que incentive, por meio de *nudges*, a cautela e o investimento em ações de proteção dos consumidores, sempre ponderando a precaução adotada pelo potencial ofensor diante do dano esperado.

Referências

- Branco, M. (2021). Vazamento de dados gera direito a indenização por danos morais. JOTA. Acesso em: 16 nov. 2021.
- Brasil (2018). Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (marco civil da internet). Acesso em: 23 nov. 2021.
- Frabasil, D. (2017). Entenda a teoria que deu a richard thaler o nobel de economia. Época Negócios. Acesso em: 26 nov. 2021.
- Maristrello Porto, A. (2014). *Direito e Economia no Brasil*. Grupo GEN, 2 edition. Org. Luciano Benetti Timm. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522480555/>. Acesso em: 21 nov. 2021.
- Rio de Janeiro (2021). Primeira câmara cível do tjrj. apelação nº 0418456-71.2013.8.19.0001. relator: Fábio Dutra. 13 fev. 2021. Acesso em: 23 nov. 2021.
- Samanbra, C. (2021). Exclusivo: Novo vazamento expõe mais de 100 milhões de contas de celular. NEO FEED. Acesso em: 18 nov. 2021.
- Wikipedia contributors (2021). Learned hand. Wikipedia, The Free Encyclopedia. Acesso em: 21 nov. 2021.