

**REVISTA SEMESTRAL DE
DIREITO EMPRESARIAL**

Nº 23

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho
da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro
Julho / Dezembro de 2018

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Prof. Alexandre Ferreira de Assumpção Alves, Prof. Eduardo Henrique Raymundo Von Adamovich, Prof. Eduardo Takemi Dutra dos Santos Kataoka, Prof. Enzo Baiocchi, Prof. Ivan Garcia, Prof. João Batista Berthier Leite Soares, Prof. José Carlos Vaz e Dias, Prof. José Gabriel Assis de Almeida, Prof. Leonardo da Silva Sant'Anna, Prof. Marcelo Leonardo Tavares, Prof. Mauricio Moreira Menezes, Prof. Rodrigo Lychowski e Prof. Sérgio Campinho).

EDITORES: Sérgio Campinho e Mauricio Moreira Menezes.

CONSELHO EDITORIAL: Alexandre Ferreira de Assumpção Alves (UERJ), António José Avelãs Nunes (Universidade de Coimbra), Carmem Tibúrcio (UERJ), Fábio Ulhoa Coelho (PUC-SP), Jean E. Kalicki (Georgetown University Law School), John H. Rooney Jr. (University of Miami Law School), Jorge Manuel Coutinho de Abreu (Universidade de Coimbra), José de Oliveira Ascensão (Universidade Clássica de Lisboa), Luiz Edson Fachin (UFPR), Marie-Hélène Bon (Université des Sciences Sociales de Toulouse), Paulo Fernando Campos Salles de Toledo (USP), Peter-Christian Müller-Graff (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg) e Werner Ebke (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg).

CONSELHO EXECUTIVO: Carlos Martins Neto, Enzo Baiocchi, Leonardo da Silva Sant'Anna, Mariana Campinho, Mariana Pinto, Nicholas Furlan Di Biase e Viviane Perez.

PARECERISTAS DESTE NÚMERO: Bruno Valladão Guimarães Ferreira (PUC-Rio), Gerson Branco (UFRGS), Fabrício de Souza Oliveira (UFJF), Vinicius Figueiredo Chaves (UFRJ), Maíra Fajardo Linhares Pereira (UFJF), Sergio Negri (UFJF) e Uinie Caminha (UNIFOR).

PATROCINADORES:



ISSN 1983-5264

CIP-Brasil. Catalogação-na-fonte
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

Revista semestral de direito empresarial. — n° 23 (julho/dezembro 2018)
. — Rio de Janeiro: Renovar, 2007-.

v.

UERJ
Campinho Advogados
Moreira Menezes, Martins Advogados

Semestral

1. Direito — Periódicos brasileiros e estrangeiros.

94-1416.

CDU — 236(104)

* Publicado no segundo semestre de 2020.

OS AGENTES DE TRATAMENTO E A RESPONSABILIDADE CIVIL NA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS BRASILEIRA¹

PERSONAL DATA PROCESSING AGENTS AND CIVIL LIABILITY IN THE BRAZILIAN GENERAL DATA PROTECTION LAW

*Leonardo Figueiredo Barbosa
Caroline da Rosa Pinheiro
Alexandre Aguilar Santos*

Resumo: O presente trabalho constitui-se em uma análise crítica do regime de responsabilidade civil instituído pela Lei 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD) para os agentes de tratamento de dados pessoais. O artigo parte de um diagnóstico bibliográfico e apresenta os principais argumentos das teorias objetiva, subjetiva e mista da responsabilidade civil, cotejando suas características elementares com os dispositivos da lei, além de apresentar novas reflexões.

Palavras-chave: Proteção de Dados Pessoais. Responsabilidade Civil. LGPD.

Abstract: This paper is a critical analysis of the civil liability regime established by Law 13.709/2018 (Brazilian General Data Protection Law – LGPD) for personal data processing agents. The article starts from a bibliographic diagnosis and presents the main arguments of the objective, subjective and mixed theories of civil liability, comparing its elementary characteristics with the provisions of the law, besides presenting new reflections.

Keywords: Personal Data Protection. Civil Liability. LGPD.

¹ Artigo recebido em 05.10.2020 e aceito em 13.12.2020.

Sumário: 1. Notas Introdutórias: “The world’s most valuable resource is no longer oil, but data”. 2. Nuances da Responsabilidade Civil e o Avanço da Tecnologia. 3. Desafios Interpretativos quanto a Natureza da Responsabilidade Civil na LGPD. 3.1. A Tese da Responsabilidade Civil Objetiva. 3.1.I. A Indiscutível Inspiração no Código de Defesa do Consumidor. 3.1.II. O Tratamento de Dados como Atividade de Risco por Natureza. 3.1.III. Estímulo ao Ressarcimento vs. *Standard* de Conduta. 3.2. A Tese da Responsabilidade Civil Subjetiva. 3.2.I. O silêncio da LGPD sobre a Responsabilidade Objetiva. 3.2.II. O Estabelecimento de *Standards* de Conduta pela LGPD. 3.2.III. Diferença entre as Excludentes Previstas no CDC (Art. 12, § 3º e 14, § 3º) e na LGPD (Art. 43). 3.2.IV. A Indicação da Própria LGPD do Regime de Responsabilidade Subjetiva. 3.3. Nem uma coisa nem outra: Responsabilidade Civil Especial e Responsabilidade Civil Proativa. 4. Considerações Finais.

1. Notas introdutórias: “The world’s most valuable resource is no longer oil, but data”.²

A evolução da sociedade, pautada na tecnologia e na velocidade da troca, encurtou distâncias, facilitou significativamente as interações humanas e influenciou a dinâmica da vida social contempo-

2 *The world’s most valuable resource is no longer oil, but data.* The Economist, 6 mai. 2017. Disponível em: «<http://www.economist.com/leaders/2017/05/06/the-worlds-most-valuable-resource-is-no-longer-oil-but-data>». Acesso em: 05 ago. 2019.

rânea. Com apenas um “*click*” indivíduos dialogam entre si e com o mercado e, muitas vezes, utilizam como moeda de troca o fornecimento dos seus dados pessoais.

As informações pessoais decorrentes dessas interações são capazes de individualizar sujeitos, identificando sua origem étnica, opiniões políticas, religião, informações sobre a vida sexual ou saúde, dentre outras características que podem trazer consequências efetivas para a vida do titular de dados.

A manchete do *The Economist*, trazida como título desta introdução, destaca não apenas a importância, como também o valor que o dado pessoal possui, sobretudo para as companhias que conseguem tratá-lo e transformá-lo em informação comercializável.³ Uma das justificativas para a facilidade de acesso das empresas aos dados pessoais é a assimetria informacional da população que fornece gratuitamente, muitas vezes de forma não consciente, e sem questionar seus dados pessoais, seja porque parcela dessa população não é incluída em um debate social e político de como essas tecnologias afetam a realidade, seja porque não há na sociedade brasileira (embora existam sinais de mudança⁴) uma cultura de privacidade e proteção de dados em nossa sociedade.⁵

3 Importante indicar que o dado pessoal não se confunde com o conceito de informação: “O dado é o estado primitivo da informação, pois não é algo *per se* que acresce conhecimento. Dados são simplesmente *atos brutos* que, quando processados e organizados, se convertem em algo inteligível, podendo ser deles extraída uma informação” (BIONI, Bruno. *Proteção de Dados Pessoais: a função e os limites do consentimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 55).

4 Diversos órgãos públicos divulgaram decisões ou normas que têm, dentre outros, o objetivo de implementar ou estimular a valorização da proteção dos dados pessoais. Apenas exemplificativamente, a decisão do STF nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade 6387, 6388, 6389, 6390 e 6393, na qual vários ministros relacionaram, em alguma medida, a proteção de dados pessoais com o conceito de direito fundamental. Outro exemplo mais recente é a Resolução 334 do Conselho Nacional de Justiça, de 21 de setembro deste ano, que tem como um de seus *consideranda* “o direito fundamental à proteção dos dados pessoais de jurisdicionados e demais sujeitos identificados ou identificáveis nos atos processuais” (*grifos nossos*).

5 MAGRANI, Eduardo. *Democracia Conectada: A internet como Ferramenta de Engajamento Político-Democrático*. 1ª Edição. Curitiba: Juruá, 2014, p.107.

Nesse contexto, situações como aquisição de medicamentos seguido de envio de uma foto do rosto do indivíduo⁶, a exigência de biometria para entrada em condomínios, o fornecimento do número do documento de identidade e do CPF em estabelecimentos comerciais (físicos ou virtuais), o direcionamento de propagandas a partir do mapeamento de “likes”, identificação de localização por *smart-phones* e aplicativos e até mesmo o direcionamento dos rumos de eleições⁷ são apenas algumas de inúmeras práticas que se tornaram possíveis a partir do tratamento dos dados pessoais.

Segundo Daniel J. Solove⁸, as pessoas disponibilizam informações pessoais sem maiores reflexões, portanto, abdicando da privacidade em função de uma sensação (que pode ser ilusória) de segurança, caracterizando a chamada sociedade de vigilância.⁹ Stefano Rodotà¹⁰ já escrevia sobre o conceito de capitalismo de vigilância, indicando que com o armazenamento de ‘zilhões’ de informações que os usuários da rede fornecem gratuitamente, transformam-se os dados em produto extremamente lucrativo.

Os agentes econômicos, em sua atuação como agentes de tratamento de dados pessoais¹¹, extraem e refinam as informações cole-

6 E quando te pedem informações pessoais em uma compra? Produção de INTERNETLAB pesquisa em direito e tecnologia. Apoio: mozilla, 2018. Disponível em: «https://www.youtube.com/watch?v=uHZs3ADb6RQ&ab_channel=InternetLab». Acesso em: 05 ago. 2020.

7 BENKLER, Yochai; FARIS, Robert; ROBERTS, Hal. *Network Propaganda. Manipulation, Disinformation and Radicalization in American Politics*. New York: Oxford University Press, 2018, p. 381-383.

8 SOLOVE, Daniel J. *Understanding Privacy*. Cambridge: Harvard University Press, 2008, p. 5.

9 LÔBO, Paulo. Direito à privacidade e sua autolimitação. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; LOBO, Fabíola Albuquerque (Coord.). *Privacidade e sua compreensão no direito brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 27.

10 RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade boje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.111-139.

11 Conceito que será tratado com maior profundidade no item 3.

tadas. O resultado desse trabalho pode gerar o chamado *profiling* que auxilia na predição do comportamento dos indivíduos e na utilização dessa informação como instrumento de vantagem competitiva.¹²

Nesse sentido, tendo em vista o impacto do tratamento dos dados para o mercado, os *players* aumentam ainda mais seu poder econômico ao agirem com certa independência em relação aos dados pessoais.¹³ O poder econômico passa a transcender os espectros das relações privadas para conceber caráter de interesse público, de forma análoga, como afirma Ana Frazão sobre o período pré consolidação dos direitos da concorrência no cenário de economia globalizada.¹⁴ Sendo assim, a matéria dos dados pessoais suplanta sua importância para além do interesse individual, devendo ser observados valores e princípios da ordem econômica constitucional para descentralização do poder nessa relação.

Soma-se a tudo isso a possibilidade de decisões automatizadas que podem afetar substancialmente milhões de pessoas em nosso país, sem que a imensa maioria delas sequer tenha conhecimento de que questões relevantes de suas vidas estão sendo decididas por algoritmos.¹⁵ Nesses casos, as decisões baseadas em dados pessoais podem, eventualmente, acarretar violações a direitos fundamentais

12 É possível apontar a importância dos dados nas métricas que computam os rendimentos empresariais (*non-gaap metrics*) e seria plausível o cálculo dos dados como parâmetro a ser levado em consideração nas fusões e aquisições de empresas. Todavia, essas métricas não são consideradas pelo GAPP (*generally accepted accounting principles*) que é o sistema de compatibilidade padrão dos EUA.

13 FRAZÃO, Ana. A necessária constitucionalização do Direito da Concorrência. In: *Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, v. 1, p. 141.

14 Ibidem. p. 140.

15 Algoritmos são “sequências pré-definidas de comandos automatizados que, com base em dados pessoais e não pessoais, chegam a conclusões que podem sujeitar alguém a uma determinada ação, a qual pode ou não ter impacto significativo na sua vida” (MONTEIRO, Renato Leite. *Existe um direito à explicação na Lei Geral de Proteção de Dados no Brasil?* Instituto Igarapé, 2018, artigo estratégico nº. 39, p. 2-3).

nas mais diferentes áreas como saúde, educação, emprego e trabalho, informação, cidadania, dentre outros.¹⁶

Nesse contexto, a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) – tal como sua norma de maior inspiração, qual seja a *General Data Protection Regulation* europeia¹⁷ – constitui instrumento necessário para impor limites à utilização inadequada dos dados pessoais, estabelecendo parâmetros e diretrizes que buscam preservar os direitos e garantias dos titulares de dados pessoais, sem olvidar a necessária busca do desenvolvimento econômico, tecnológico e da inovação. A norma, portanto, representa a resposta do ordenamento jurídico brasileiro no sentido de buscar harmonizar valores fundamentais para o crescimento do país em uma economia digital, mas reconhecimento que o indivíduo tem direito a sua autodeterminação informativa (art. 2º, LGPD).

É bem verdade, que no ordenamento jurídico brasileiro já existiam leis setoriais que resguardavam os dados pessoais, como o próprio Código de Defesa do Consumidor quando dispõe sobre banco de dados dos consumidores¹⁸, o Marco Civil da Internet, a Lei de

16 Alguns exemplos que o autor explicita é a influência do dado no (i) Direito à saúde: cruzamento de dados genéticos e dados comportamentais das pessoas estabelecem o valor que será pago, por exemplo em um plano de saúde; (ii) Direito à educação: Os dados na matrícula na escola em que, dependendo da nota, lugar onde a criança vive, essa criança será colocada em grupos iguais entre si com a intenção de potencializar a educação. No entanto, isso provoca uma pasteurização do ambiente educacional, não deixando com que as crianças conheçam outras realidades que não as suas. (iii) Direito ao pleno emprego: sistemas como o LinkedIn se utilizam de triagens dos candidatos com base em critérios pré-definidos pela plataforma; (iv) Direito à informação: dados pessoais que são cruzados e determinam o que o usuário verá no seu feed de notícias e modo como formar sua visão de mundo sobre determinados assuntos, influenciando, dessa forma, em seu comportamento; (v) Direito à liberdade: dados usados para estipular o cálculo da pena com base nos dados públicos) (MONTEIRO, Renato Leite. *Ibidem*. p. 3-4).

17 Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation).

18 BRASIL. Lei nº. 8.078 de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe

Acesso à Informação, a Lei do Cadastro Positivo¹⁹, dentre outras. Mas a LGPD surge em tempo hábil para unificar o regime jurídico da proteção de dados e servir de referencial normativo. Portanto, – embora muitas vezes tratada equivocadamente por alguns segmentos sociais como mais uma burocracia a dificultar o desenvolvimento tecnológico e econômico – a norma busca compatibilizar valores fundamentais²⁰ trazendo maior segurança jurídica tanto para os titulares de dados pessoais quanto para os agentes de tratamento.

É óbvio que essa missão hercúlea, de harmonização de valores passíveis de conflitos em situações concretas, não seria levada a cabo

sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Brasília, 12/09/1990 (CDC), art. 43. O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes. § 1º Os cadastros e dados de consumidores devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão, não podendo conter informações negativas referentes a período superior a cinco anos. § 2º A abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo deverá ser comunicada por escrito ao consumidor, quando não solicitada por ele. § 3º O consumidor, sempre que encontrar inexatidão nos seus dados e cadastros, poderá exigir sua imediata correção, devendo o arquivista, no prazo de cinco dias úteis, comunicar a alteração aos eventuais destinatários das informações incorretas.

19 BRASIL. Lei nº. 12.414 de 9 de junho de 2011. Disciplina a formação e consulta a bancos de dados com informações de adimplemento, de pessoas naturais ou de pessoas jurídicas, para formação de histórico de crédito. *Diário Oficial da União*. Brasília, 10/06/2011 (Lei do Cadastro Positivo), art. 5º. São direitos do cadastrado: [...] IV - conhecer os principais elementos e critérios considerados para a análise de risco, resguardado o segredo empresarial; V - ser informado previamente sobre a identidade do gestor e sobre o armazenamento e o objetivo do tratamento dos dados pessoais; VI - solicitar ao consultante a revisão de decisão realizada exclusivamente por meios automatizados; e VII - ter os seus dados pessoais utilizados somente de acordo com a finalidade para a qual eles foram coletados;

20 BRASIL. 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). *Diário Oficial da União*. Brasília, 15/08/2018 (LGPD), art. 2º. Conforme o art. 2º, a LGPD tem como fundamentos: (I) o respeito à privacidade; (II) a autodeterminação informativa; (III) a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião; (IV) a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem; (V) o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação; (VI) a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e (VII) os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais.

sem divergências. Nas lições de Danilo Doneda²¹, a busca por uma resposta negocial não seria suficiente à temática da proteção de dados, visto que o debate permeia direitos extrapatrimoniais caríssimos na efetividade tutela da pessoa humana.²² Não por outra razão, alguns afirmam que a LGPD extrapola o eixo constitucional da privacidade, que não é a única fonte axiológica da própria lei, e compreende a proteção de dados como um direito fundamental autônomo.²³

O marco legislativo surge, portanto, para desestimular práticas abusivas relacionadas ao uso de dados pessoais; criar uma cultura de integridade e respeito em relação à privacidade dos indivíduos; diminuir o desequilíbrio da relação entre titulares de dados e agentes de tratamento e, levado às últimas consequências, remediar e buscar mitigar eventuais danos decorrentes do uso inadequado dos dados.

Toda a explicação feita até agora busca contextualizar o tópico principal deste trabalho cujo escopo é voltado para o exame do tipo de responsabilidade civil a que os agentes de tratamento estão sujeitos em função da aplicação da LGPD em cotejo com outros dispositivos relevantes de nosso ordenamento jurídico. É importante destacar a relevância do tema para a adequada aplicação do regime jurídico de proteção de dados no Brasil.

2. Nuances da responsabilidade civil e o avanço da tecnologia.

O estudo sobre o desenvolvimento da responsabilidade civil

21 DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 410.

22 Nesse mesmo sentido: MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, Proteção de dados e defesa do consumidor. Linhas gerais de um novo direito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 122-123; FRAZÃO, Ana. Objetivos e alcance da Lei Geral de Proteção de Dados. In: TEPEDINO, Gustavo, et al (coord.). *A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas Repercussões no Direito Brasileiro*. 1ª. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p.103.

23 *Ibidem*. p.103.

remete a história do instituto construída no chão das fábricas no contexto de Revolução Industrial. A multiplicidade de acidentes, a evolução da tecnologia e o risco na realização das atividades fez com que os trabalhadores buscassem, através do direito, a reparação de danos decorrentes da atividade desempenhada. *A contrario sensu* da época em que se culpava as divindades e o acaso, o acidente figura como ato, direto ou indireto do homem (altruísmo) e que faz ferver no restante das pessoas o sentimento da busca por justiça.²⁴

A tríade dano,nexo causal e culpa norteia até hoje a responsabilidade civil. O dano é apresentado como elemento central para a aplicação da responsabilidade civil, uma vez que constitui premissa para imputação da obrigação de indenizar, dito de outra forma: é o raciocínio baseado na premissa de que não há que se falar em indenização sem que tenha havido prejuízo de ordem patrimonial ou moral de outrem.²⁵ Onexo causal, por sua vez, está diretamente vinculado como relação de causa-efeito da conduta e do dano. Não basta saber se a conduta é contrária ao direito ou não, é preciso saber também se determinado agente foi efetivamente responsável pela causação do resultado.²⁶

A noção de culpa passou por percalços para chegar em seu conceito atual. Anteriormente, a culpa era entendida como uso culpável da liberdade que demandava sanção²⁷, associado à moralidade ou até mesmo como pecado na visão do direito canônico²⁸, repousando tais conceitos em uma análise psicológica do agente. No entanto, tal

24 JOSSE RAND, Louis. *Evolução da responsabilidade civil*. Trad. Raul Lima. Revista Forense: São Paulo, 1941, nº 456, p. 548-559.

25 CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 77.

26 *Ibidem*. p. 48-49.

27 SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: Da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos*. 6ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 13.

28 *Ibidem*. p. 14.

concepção corroborava com os interesses liberais do século XIX, uma vez que a investigação do subconsciente humano constitui tarefa praticamente impossível, conseqüentemente a prova da culpa era inviável para a vítima.²⁹

Sendo a responsabilidade civil instrumento para garantir justiça e bem-estar social³⁰, os ideais de justiça social e solidariedade incitaram um movimento de libertação político-filosófica, passando por teorias que valorizavam a culpa presumida em determinadas situações e chegando a proposta de indicação do risco como justificativa do dever de indenizar³¹, bastando a indicação do dano e da relação de causalidade, prescindindo, portanto, da análise da culpa. Dessa forma, o conceito de responsabilidade objetiva se instaura na tentativa de materializar o equilíbrio de poder para que a vítima goze de maior tutela.

O desenvolvimento do capitalismo e suas influências no desequilíbrio de poder entre causador do dano e vítima, foram fundamentais para a proliferação da presunção de culpa e para a tendência à objetivação. No caso brasileiro, por exemplo, houve a edição do Decreto 2.681/1912 que estabeleceu a responsabilidade objetiva pelas estradas de ferro, pela perda ou desvio de mercadorias, assim como o Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei 7.565/86) e a Lei 6.453/77, relativa às atividades nucleares.

As linhas de produção de Taylor alicerçadas no advento da eletricidade fizeram com que a sociedade passasse pela Segunda Revolução Industrial. As relações de trabalho em massa e os múltiplos acidentes resultaram em leis trabalhistas que dispunham sobre o dever de indenizar do empregador na situação de sinistro que maculas-

29 Ibidem. p. 17-19.

30 SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. *A Cláusula Geral de Responsabilidade Civil Objetiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 42.

31 EWALD, François. A Culpa civil, direito e filosofia. In: *Foucault, a norma e o direito*. 1ª Edição São Paulo: Veja, 2000, p. 172.

se o empregado.³² O Código Civil de 1916 ainda estabeleceu hipótese de responsabilidade por fato de terceiro pelos atos de seu empregado no exercício do labor.³³

Posteriormente, com o desenvolvimento da automação nos processos de trabalho, a Segunda Guerra Mundial acarretou a Terceira Revolução Industrial na década de 1960. Tardiamente, o Código de Defesa do Consumidor (1990) previu a responsabilidade objetiva pelo fato do produto ou do serviço. Mais tarde, o artigo 927 do Código Civil abarcaria a cláusula geral de responsabilidade civil objetiva fundada no risco.

Mesmo após a tendência de objetivação da responsabilidade, tendo em vista que o conceito de culpa em épocas passadas era vinculado estritamente ao que se passava no subconsciente do agente, é possível afirmar que o declínio da culpa não figura como enfraquecimento da responsabilidade civil. O que houve foi a mudança de seu conceito para evitar arbitrariedades, o enriquecimento ilícito de terceiros e para promover o incentivo às atividades comerciais. Nesse particular, é notável a adoção do compartilhamento de riscos não apenas em contratos privados, mas também com Administração Pública, bem como é nítido protagonismo do equilíbrio econômico financeiro nas relações patrimoniais, o que, sem qualquer sombra de dúvida, relaciona-se com a evolução e com a própria função do conceito de culpa.

Hodiernamente, a culpa *lato sensu* é dividida entre dolo e culpa *stricto sensu*, o primeiro sendo a intenção consciente do agente em causar o resultado ilícito e o segundo, nas palavras de Sérgio Ca-

32 BRASIL. Decreto-Lei nº. 5.452 de 1º de maio de 1943. Aprova a consolidação das leis do trabalho. *Diário Oficial da União*. Brasília, 09/08/1943.

33 BRASIL. Lei nº. 3.071 de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Revogado, art. 1.521, inciso III. Hoje, essa disposição se encontra no art. 932, inciso III do Código Civil de 2002 que diz: “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” (grifos nossos).

valieri Filho, como sendo uma *violação de dever objetivo de cuidado, que o agente podia conhecer e observar, ou, como querem outros, a omissão de diligência exigível*.³⁴

As decisões judiciais, inclusive, têm buscado recursos na sociedade para formação de modelos gerais de comportamento, valendo-se, por exemplo, de diretrizes emitidas por associações profissionais e códigos de condutas especializados, ISOs, ainda que estas não tenham força normativa.³⁵

Klaus Schwab, fundador do Fórum Econômico Mundial, afirma que estamos vivendo a Quarta Revolução Industrial³⁶, pela exclusão dos limites entre mundo físico, biológico e digital. Tal cenário faz com que seja repensada a relação entre tecnologia, novos riscos e responsabilidade civil, transcendendo os institutos tradicionais de direito civil num cenário de erosão dos filtros da culpa.

A evolução do conceito de culpa *in*directa impacta diretamente no da responsabilidade civil e, obviamente, interfere de forma substancial na interpretação da responsabilidade em matéria de proteção de dados, sobretudo diante do uso da responsabilidade civil como instrumento para equilibrar as relações jurídicas – neste particular, as relações entre titulares e agentes –, tendo como pano de fundo o debate sobre a possibilidade de caracterização do tratamento de dados como atividade de risco³⁷. Todavia, a LGPD ainda desperta dúvidas, princi-

34 CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op. Cit. p. 32-33.

35 A título de exemplo, a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) é hoje a instituição mais requisitada como *amicus curiae* para solucionar litígios comerciais (SCHREIBER, Anderson. Op. cit. p. 42).

36 SCHWAB, Klaus. *A Quarta Revolução Industrial*. São Paulo: Edipro, 2018, p.26-37.

37 SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. Op. cit. p. 131. Concebe a atividade de risco como “atividade perigosa”, não sendo qualquer atividade, mas sim as que representam um grau de risco elevado. No sentido do tratamento de dados como atividade de risco: MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo. Reflexões iniciais sobre a nova Lei Geral de Proteção de Dados. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 120. ano 27. p. 469-483. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2018. p. 474.

palmente, sobre a natureza da responsabilidade civil trazida pelo novo diploma.

3. Desafios interpretativos quanto a natureza da responsabilidade civil na LGPD.

No que concerne ao regime de responsabilidade civil adotado pela LGPD, parece que o único consenso consiste no fato de que a norma não foi expressamente clara sobre sua escolha, havendo argumentos razoáveis que podem ser utilizados tanto por aqueles que defendem a aplicação do regime objetivo de responsabilidade civil quanto pelos que advogam a favor do reconhecimento da responsabilidade civil subjetiva. Diversos são os autores que fazem tal indicação³⁸, chegando a se afirmar que o sistema de responsabilização civil trazido se caracteriza como especialíssimo, configurando-se como a principal novidade da lei.³⁹

Em função dessa expressiva divergência, buscar-se-á apresentar os principais argumentos de cada uma dessas correntes que buscam identificar qual o regime foi (ou deveria ter sido) adotado pela Lei Geral de Proteção de Dados brasileira.

Antes, porém, é necessário elucidar alguns conceitos fundamentais adotados pela LGPD em diversos de seus capítulos⁴⁰, consi-

38 Apenas exemplificativamente, o “I Simpósio de Responsabilidade Civil e Proteção de Dados” foi organizado exatamente em torno deste pressuposto, pelo Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil (IBERC), contando com a participação de professores relevantes como Caitlin Sampaio Mulholland (PUC-Rio), Cíntia Rosa Pereira de Lima (USP), Gisela Sampaio da Cruz Costa Guedes (UERJ), Guilherme Magalhães Martins (UFRJ), Marcos Ehrhardt Júnior (UFAL) Rafael de Freitas Valle Dresch (UFRGS), e tendo como moderadores os professores Nelson Rosenvald e Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho.

39 MORAES, Maria Celina Bodin de. *LGPD: um novo regime de responsabilização civil dito proativo*. Civillistica.com, 2019, v. 8, n. 3, p. 1-6. Disponível em: <http://civillistica.com/lgpd-um-novo-regime-de-responsabilizacao-civil-dito-proativo/>. Acesso em: 24 mar. 2020.

40 (i) disposições preliminares (objeto da lei e definições), (ii) tratamento de dados (quando ocorre, objeto e término), (iii) direitos do titular (sujeito passivo do tratamento), (iv) tratamento

derando que estes terão repercussão no regime de responsabilidade civil.

Primeiramente, o próprio conceito de tratamento de dados pessoais, albergado no artigo 5º, X:

toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração.

Portanto, absolutamente qualquer operação que seja realizada com dados pessoais – desde sua simples coleta (em suas mais diversas formas de obtenção, seja por meio de uma simples ficha cadastral em papel até a utilização de recursos digitais altamente tecnológicos), passando pelo seu armazenamento ou mera visualização, chegando até sua eliminação (ou seja, qualquer atividade que envolva dado pessoal, ao longo de todo o seu “ciclo de vida”) – poderá ensejar responsabilidade civil.

O mesmo artigo também conceitua os atores relevantes para o tema, quais sejam os agentes de tratamento e os titulares de dados pessoais.

Quanto aos *titulares*, esclarece o inciso V do artigo 5º, que se trata de “pessoa natural a quem se referem os dados pessoais que são objeto de tratamento”, sendo que o inciso I evidencia que dado pessoal é a “informação relacionada a pessoa natural identificada ou

de dados pelo poder público (requisitos específicos em razão da publicidade e responsabilidade), (v) transferência internacional de dados (quando pode ocorrer), (vi) agentes de tratamento de dados (sujeito ativo do tratamento de dados – definição e responsabilidade), (vii) segurança e boas-práticas (deveres do sujeito ativo), (viii) fiscalização (poderes do regulador), (ix) Autoridade Nacional de Proteção de Dados (regime do regulador), (x) disposições finais.

identificável”. Portanto, qualquer conjunto de dados que possibilite a identificação de uma pessoa física é dado pessoal.

Os *agentes de tratamentos* podem ser controladores ou operadores⁴¹, sendo que o primeiro é responsável pela decisão acerca das finalidades e meios relativos ao tratamento de dados pessoais, enquanto o segundo executa tal tratamento em nome do primeiro. A identificação adequada desses autores é elemento *sine qua non* para garantir o adequado dever de indenizar, independentemente do regime que tenha sido efetivamente adotado pela lei. Infelizmente, não tem sido incomum a observação de que até as autoridades públicas podem não ter compreendido adequadamente tais conceitos.

Apenas exemplificativamente, normas oriundas do Poder Judiciário brasileiro já indicaram como controlador do respectivo Tribunal o “presidente do Tribunal” (chegando a criar a função de “controladores adjuntos” a ser exercidas pelos vice-presidentes e pelo corregedor da Justiça. Já como “operadores” foram indicados “os servidores e colaboradores que exerçam atividade de tratamento de dados pessoais na instituição ou terceiros”.⁴²

Recentes *guidelines*⁴³ – formuladas em 02 de setembro pelo Comitê Europeu para a Proteção de Dados (CEPD), composto pela Auto-

41 LGPD, art. 5º, VIII. A Lei também menciona a existência de um encarregado (art. 5º, VIII), responsável pelo contato direto entre o agente de tratamento e titular de dados ou agente de tratamento de Autoridade Nacional de Proteção de Dados. Todavia, é importante perceber que o encarregado (chamado, muitas vezes de DPO, por conta do termo utilizado na legislação europeia de proteção de dados: *Data Protection Officer*) não é identificado como espécie de “agente de tratamento” pela LGPD, muito menos mencionado no capítulo sobre a responsabilidade civil, motivo pelo qual não será objeto deste artigo.

42 Para mais detalhes ver BARBOSA, Leonardo; PINHEIRO, Caroline; AGUILAR, Alexandre. *O Judiciário e a LGPD: desafios de adequação*. Jota, 2020. Disponível em: «<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-judiciario-e-a-lgpd-desafios-de-adequacao-20092020>». Acesso em: 25 set. 2020.

43 EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD (EDPB). *Guidelines 07/2020 on the concepts of controller and processor in the GDPR*. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2020. Disponível em: «https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/consultation/edpb_guidelines_202007_controllerprocessor_en.pdf». Acesso em: 14 set. 2020.

ridade Europeia para a Proteção de Dados e por representantes das autoridades nacionais para a proteção de dados –, embora relacionadas especificamente ao Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD) europeu (fonte inegável de inspiração de nossa LGPD), trazem observações sobre os conceitos de controlador e operador, relevantes para o tema da responsabilidade. As orientações evidenciam que tais conceitos são funcionais no sentido de que objetivam “alocar responsabilidade de acordo com as funções reais das partes”. E tal função está relacionada a um elemento central do tratamento de dados pessoais: quem decide sobre as finalidades e os meios utilizados nos tratamentos e, conseqüentemente, quem pode ser responsabilizado em caso de prejuízos deles decorrentes.

Com base nessa visão, as *guidelines* afirmam, quanto aos *controladores*, que

às vezes, empresas e órgãos públicos nomeiam uma pessoa específica responsável pela implementação das operações de processamento. Mesmo se uma pessoa física específica for nomeada para garantir o *compliance* em relação às regras de proteção de dados, esta pessoa não será o controlador, mas *agirá em nome da pessoa jurídica* (empresa ou órgão público) *que será o responsável final em caso de violação das regras* em sua capacidade de controlador. (*grifos e tradução nossa*)⁴⁴

No que concerne aos *operadores*, a LGPD conceitua simplesmente como “pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador” (art. 5º, VII). De forma muito similar o RGPD define operador (*processor*) como a entidade “que trata dados pessoais em nome do

⁴⁴ EDPB. *Ibidem*. p. 10.

controlador”. Já as novas orientações do CEPD vão além da previsão textual e evidenciam uma outra condição básica para qualificar o operador: que seja uma entidade separada do controlador.

“Entidade separada” significa que o controlador decide delegar atividades de tratamento de dados pessoais, no todo ou em parte, para uma entidade externa.

Se o controlador decidir processar os dados por conta própria, *usando seus próprios recursos dentro de sua organização*, por exemplo através de sua própria equipe, *esta não é uma situação de operador*. Funcionários e outras pessoas que estão agindo sob a autoridade direta do controlador [...] não devem ser vistos como operadores, uma vez que *irão processar dados pessoais como parte da instituição controladora*. (*grifos e tradução nossa*)⁴⁵

Também é importante ressaltar que, a distinção entre controlador e operador é relevante na análise da responsabilidade civil, pois os operadores só serão responsabilizados solidariamente quando (i) descumprirem as obrigações da lei ou (ii) quando não tiverem seguido as instruções lícitas do controlador (art. 42, §1, inciso D).

3.1. A tese da responsabilidade civil objetiva.

Conforme já indicado acima, a doutrina da teoria objetiva da responsabilidade civil surge para resguardar o princípio da solidariedade, uma vez que não se buscam culpados pelo ato ilícito, mas sim reestabelecer a vítima em seu *status quo* antes da violação. Na legislação brasileira, conforme o parágrafo único do artigo 927 do Código

⁴⁵ EDPB. Ibidem. p. 24.

Civil, esta situação pode ocorrer por determinação legal ou, ainda, tendo o risco como elemento fundamental para que, independente da culpabilidade do agente, seja reparado o injusto. Resumidamente, bastaria a vítima demonstrar o nexo causal entre o dano e a conduta do agente, sendo irrelevante a análise da culpa.

Aqueles que sustentam que a LGPD teria trazido o regime objetivo de responsabilidade civil apresentam argumentos relevantes que precisam ser cuidadosamente considerados, conforme apresentados abaixo.

3.1.I. A indiscutível inspiração no Código de Defesa do Consumidor.

Argumenta-se que, ao se comparar a LGPD com o CDC, saltariam aos olhos não apenas a evidente inspiração de diversos dispositivos, mas o quase espelhamento da redação, mormente daqueles que se referem à responsabilidade civil. Por exemplo:

LGPD	CDC
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.	Art. 12, § 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.

<p>Art. 44. O tratamento de dados pessoais será irregular quando deixar de observar a legislação <u>OU</u> quando não fornecer a segurança que o titular dele pode esperar, consideradas as circunstâncias relevantes, entre as quais:</p> <p>I - o modo pelo qual é realizado;</p> <p>II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;</p> <p>III - as técnicas de tratamento de dados pessoais disponíveis à época em que foi realizado.</p>	<p>Art. 14, § 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:</p> <p>I - o modo de seu fornecimento;</p> <p>II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;</p> <p>III - a época em que foi fornecido.</p>
---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

A LGPD dispõe, em seu artigo 42,⁴⁶ que os agentes de tratamento (controladores e operadores) que causarem dano (patrimonial ou moral, individual ou coletivo) em razão da atividade de tratamento são obrigados a repará-los. Embora realmente a lei não utilize a expressão “independentemente da existência de culpa” (como ocorre nos artigos 12 e 14 do CDC), aparentemente o dever de indenizar só seria excluído em situações muito similares ao CDC, quais sejam: quando (i) não houver realizado o tratamento; (ii) não houver violação à legislação ou (iii) quando o dano decorrer de culpa exclusiva do titular dos dados ou de terceiros. Ou seja, argumenta-se que as excludentes de responsabilidade redigidas em ambos os diplomas legais são extremamente parecidas com similitudes tanto formais, quanto substanciais, ainda que com pequenas diferenças. Consequentemente, ainda que a LGPD não tenha utilizado a expressão “independente de culpa”, ficaria clara a escolha do legislador pela responsabilidade objetiva diante da afirmação de que “os agentes de tratamento **só não serão** responsabilizados quando provarem” (art. 43), seguida de excludentes de ilicitude praticamente idênticas as do CDC.

⁴⁶ LGPD, art. 42. “O controlador ou o operador que, em razão do exercício de atividade de tratamento de dados pessoais, causar a outrem dano patrimonial, moral, individual ou coletivo, em violação à legislação de proteção de dados pessoais, é obrigado a repará-lo”.

É possível traçar também uma analogia entre o conceito de “tratamento irregular” trazido pelo artigo 44 da LGPD e o conceito de “serviço defeituoso” indicado no artigo 14, § 1º do CDC, sendo que, em ambos os casos, há forte vinculação a questão da *segurança* que o titular ou consumidor esperam, respectivamente, do tratamento de dados ou do serviço.

Por derradeiro, existem diversos outros dispositivos que comprovam a forte relação entre as duas normas, ainda que não relacionadas especificamente com o regime de responsabilidade, dentre as quais devem ser destacadas: a possibilidade de inversão do ônus da prova (art. 42, § 2º) e, em especial, a indicação da defesa do consumidor como um dos fundamentos da legislação de proteção de dados brasileira:

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

[...]

VI - a livre iniciativa, a livre concorrência e a *defesa do consumidor*; (*grifos nossos*).

A argumentação sobre a inspiração da LGPD no CDC é plausível considerando que a assimetria informacional ainda é significativa em nossa sociedade, portanto, um diploma mais protetivo poderia ser mais coerente com o que preza o princípio da solidariedade na responsabilidade civil, mediante a repartição dos riscos.

Aliás, ressalta-se que, no que concerne aos tratamentos de dados pessoais relacionados especificamente às relações de consumo, parece não haver maiores dúvidas de que a LGPD fez questão de evidenciar que manteve, como regra, o sistema de responsabilidade civil objetivo. É o que se depreende da leitura de seu artigo 45, em perfeita sintonia com os preceitos constitucionais que propugnam pela defesa e proteção do consumidor.⁴⁷

47 BRASIL. Constituição (1988). *Diário Oficial da União*. Brasília, 5/10/1988, p.1, artigos 5º, XXXII e 170, V.

Art. 45. As hipóteses de violação do direito do titular *no âmbito das relações de consumo permanecem* sujeitas às *regras de responsabilidade* previstas na *legislação pertinente*. (grifos nossos)

Tal posicionamento é enfatizado, no parágrafo 8º do seu artigo 18 da LGPD, ao se garantir que em caso de problemas relacionados aos direitos dos titulares, estes podem exercer o seu direito de petição não apenas perante a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), mas também se valer dos organismos específicos do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC) como a Secretaria Nacional do Consumidor (SENACON) ou os Programa de Proteção e Defesa do Consumidor (Procons) espalhados pelo país.

Art. 18. [...] § 1º O titular dos dados pessoais tem o *direito de peticionar* em relação aos seus dados *contra o controlador* perante a *autoridade nacional*.

[...]

§ 8º O direito a que se refere o § 1º deste artigo *também* poderá ser exercido *perante os organismos de defesa do consumidor*. (grifos nossos)

Portanto, toda essa proximidade entre os dois diplomas legais indicaria que a LGPD teria trazido consigo também o sistema de responsabilidade civil objetiva típico do Código de Defesa do Consumidor.

3.1.II. O tratamento de dados como atividade de risco por natureza.

Outro argumento muito citado na defesa da responsabilidade objetiva na LGPD consiste afirmar que a atividade de tratamento de dados pessoais é, por sua natureza, de risco e, em sendo assim, alber-

gada pela *cláusula geral de responsabilidade objetiva* prevista no já citado parágrafo único do artigo 927 do código civil.

Conforme já indicado anteriormente, a responsabilidade objetiva fundada na teoria do risco tem o objetivo precípua dar maior proteção às vítimas, considerando que a necessidade de provar a culpa do autor em determinadas situações inviabilizaria a obtenção de ressarcimento. Seu fundamento nuclear está na ideia de que o dever de cuidado daqueles que exercem atividade que possa colocar em perigo a segurança ou a incolumidade de outros deve ser maior, de modo que, havendo dano a terceiro, surge a obrigação de reparar. E isso ocorreria porque o perigo ou risco é ínsito à própria atividade. Nessas hipóteses, se deve ter em vista a vítima, assegurando-lhe a reparação do dano sem qualquer relação com a ideia de infligir uma pena ao autor do prejuízo.⁴⁸

O nó górdio consiste em estabelecer se o tratamento de dados pessoais configura, “por sua natureza”, atividade que implique risco. Obviamente o tema é controverso e, independentemente de futuro posicionamento da ANPD, certamente será objeto de análise pelo Poder Judiciário.

Mesmo porque, conforme lição de Maria Celina Bodin de Moraes⁴⁹, o Código Civil de 2002, além de adotar a regra geral da responsabilidade objetiva para as atividades de risco, também deixou à doutrina e à jurisprudência a tarefa de esclarecer o sentido e o alcance da norma, seja em relação às espécies de risco de que trata, seja ainda em relação ao adequado significado da expressão “atividade normalmente desenvolvida”.

Autores como Danilo Doneda e Laura Schertel Mendes⁵⁰ se

48 STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. 10ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 167-168.

49 MORAES, Maria Celina Bodin de. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 95, n. 854, p. 11-37, dez. 2006, páginas 11-37.

50 MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo. Reflexões iniciais sobre a nova Lei de Proteção

posicionaram no sentido de que a “atividade de tratamentos de dados apresenta risco intrínseco aos seus titulares”, o que justificaria a escolha do legislador pela responsabilidade objetiva que teria sido feita, no artigo 42, ao se vincular a obrigação de reparação do dano ao exercício de atividade de tratamento de dados pessoais.

Caitlin Mulholland tem posicionamento similar, asseverando que o regime de responsabilidade civil objetiva pode ser verificado tanto no artigo 42 quanto no 44 da LGPD:

enquanto o artigo 42, LGPD, impõe a obrigação de indenizar “em razão do exercício de atividade de tratamento de dados pessoais”, o artigo 44 e seu parágrafo único, LGPD, determinam a obrigação de indenizar caso haja tratamento irregular de dados pessoais, identificado como sendo aquele decorrente da “violação da segurança dos dados”.⁵¹

Mas quais as razões que podem ser apresentadas para sustentar que o tratamento de dados pessoais é uma atividade intrinsecamente de risco?

O próprio texto da lei parece ressaltar essa condição: ao longo de seus 65 artigos a palavra risco(s) aparece 11 (onze) vezes⁵² em

de Dados. In: *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, v. 120, ano 27, p. 469-483.

51 MULHOLLAND, Caitlin. *A LGPD e o fundamento da responsabilidade civil dos agentes de tratamento de dados pessoais: culpa ou risco?* Migalhas, 2020. Disponível em: «<https://migalhas.uol.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/329909/a-lgpd-e-o-fundamento-da-responsabilidade-civil-dos-agentes-de-tratamento-de-dados-pessoais-culpa-ou-risco>». Acesso em: 01 jul. 2020.

52 Obviamente esse argumento, por si só, não tem significado jurídico mais expressivo, mas julgou-se que, além do efeito lúdico, seria interessante efetuar a comparação com outras normas relevantes para verificar se tal conceito de suma relevância (já que pode modificar completamente um instituto tão relevante quanto a responsabilidade civil) estaria sendo utilizado legislativamente de forma leviana. Apenas comparativamente no Código Civil a palavra *risco(s)* aparece 54 vezes (mas ao longo de 2046 artigos), na Constituição Federal apenas 7 vezes e no CDC 10 vezes (ao longo de 119 artigos).

contextos que evidenciam os perigos e danos que podem decorrer da atividade de tratamento.

Os artigos 5º, XVII, 38 e 55-J, XIII evidenciam a necessidade dos controladores, ao menos em alguns casos, de elaborar o chamado “relatório de impacto à proteção de dados pessoais”, que consiste em documentação que, conforme determinação legal, precisa descrever os processos de tratamento de dados pessoais que gerem a possibilidade de riscos às liberdades civis e aos direitos fundamentais, além das próprias medidas, salvaguardas e mecanismos que devem ser planejados e implementados visando a mitigação do risco.

Embora exista divergência doutrinária sobre a necessidade dessa documentação ser produzida de forma antecipada ou somente após solicitação da ANPD (art. 38), a melhor técnica indica que se trata de procedimento prévio ao tratamento de dados. Basta conferir as orientações oferecidas pela ISO/IEC 29134:2017⁵³ (*Guidelines for privacy impact assessment*) para comprovar que se trata de um instrumento para avaliar os “impactos potenciais” dos tratamentos e indicar medidas adequadas para minimizá-los (podendo, até mesmo, concluir-se que o tratamento não deve ser efetuado). Portanto, tanto do ponto de vista gerencial quanto lógico, não se faz avaliação e mitigação de risco *a posteriori*.

Ainda mais em se tratando de direitos fundamentais. Aliás, sobre este ponto é fundamental enfatizar que – ainda que não tenhamos um documento formal que indique que a proteção de dados pessoais é um direito fundamental, como ocorre no artigo 8º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia – julgamento recente do Supremo Tribunal Federal nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade 6387, 6388, 6389, 6390 e 6393 deu fortes indícios de que essa é a com-

53 Além de se tratar de orientação produzida por organização internacional reconhecida pela competência e seriedade, a indicação desta orientação é indicada no próprio site do Governo Federal como um dos documentos a serem considerados no que se refere à LGPD. Conforme pode ser verificado em «<https://www.gov.br/governodigital/pt-br/seguranca-e-protecao-de-dados/normativos-e-frameworks-de-protecao-de-dados-pessoais>».

preensão do Corte. E de forma mais expressiva, a recente Resolução 334 do Conselho Nacional de Justiça, de 21 de setembro deste ano, afirma em um de seus *consideranda* que existe um “direito fundamental à proteção dos dados pessoais de jurisdicionados e demais sujeitos identificados ou identificáveis nos atos processuais”.

Já o artigo 11, § 5º, assume que existe o risco de as operadoras de planos de saúde utilizarem os dados pessoais para fazerem uma seleção discriminatória de seus clientes. Essa possibilidade de análise algorítmica de forma prejudicial ao titular, seja para enquadrá-lo ilícitamente em uma categoria desfavorável, para negar-lhe um produto ou serviço ou mesmo para manipulá-lo está na pauta do dia e, obviamente, não se reduz a seara da saúde, mas se espalha até mesmo para os âmbitos da política e da área criminal, pontos extremamente sensíveis na vida dos cidadãos, da coletividade e do estado.

O artigo 44, II qualifica o tratamento de dados pessoais como “irregular” – e, portanto, como possível causador de dano e, conseqüentemente, de ressarcimento – “quando deixar de observar a legislação” OU “quando não fornecer a segurança que o titular dele pode esperar”, sendo certo que a definição dessa “segurança” que deve ser fornecida precisa considerar circunstâncias relevantes, dentre as quais, “o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam”.

O artigo 48 cria o dever para o controlador de informar tanto a ANPD quanto o titular quando houver um “incidente de segurança que possa acarretar risco ou dano relevante”.

O artigo 50 recomenda que tanto os controladores como os operadores utilizem regras de boas práticas e de governança de dados que, dentre outros aspectos, devem considerar especialmente a “probabilidade e a gravidade dos riscos e dos benefícios decorrentes de tratamento” e, sendo assim, estabeleçam “políticas e salvaguardas adequadas com base em processo de avaliação sistemática de impactos e riscos à privacidade”.

Frise-se que todas essas observações acerca do risco inerente da atividade de tratamento de dados pessoais, são apenas aquelas

que decorrem da análise direta dos dispositivos da própria LGPD. Certamente é possível desenvolver vários outros argumentos baseados em temas como o ranking do Brasil em segurança cibernética, opacidade algorítmica, manipulação informacional pelas mídias digitais, dentre vários outros.

Portanto, o objetivo de diminuição do risco que claramente perpassa toda a Lei Geral de Proteção de dados, desde a estipulação de seus princípios (segurança, prevenção, responsabilização e prestação de contas) até a definição de *standards* de atuação (que devem considerar “a probabilidade e a gravidade dos riscos”) parece demonstrar que se trata de uma atividade que, evidentemente, implica em riscos para os direitos (*fundamentais*, reitere-se) dos titulares de Dados.

3.1.III. Estímulo ao ressarcimento vs. *standard* de conduta.

Aspecto que, aparentemente, tem passado despercebido pela doutrina é o olhar mais cuidadoso que a LGPD concedeu ao ressarcimento da vítima de qualquer tratamento inadequado, mesmo em situações acidentais (e não apenas em tratamentos ilícitos). Pelo menos é o que se depreende da leitura do § 7º do artigo 52 em conjunto com o caput do artigo 46.⁵⁴

§ 7º Os vazamentos individuais ou os acessos não autorizados de que trata o caput do art. 46 desta Lei poderão ser objeto de *conciliação direta entre controlador e titular e, caso não haja acordo, o controlador estará sujeito à aplicação das penalidades de que trata este artigo.* (grifos nossos)

⁵⁴ LGPD, 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*” (grifos nossos).

Ora, se o sistema de responsabilidade adotado pela LGPD é o subjetivo, inclusive baseado na análise da conformidade do agente de tratamento com os padrões estipulados (seja pela ANPD, por *guidelines* reconhecidas ou pelas próprias instituições ou associações), por que a lei indica uma maior propensão à aplicação de sanções administrativas ao não ressarcimento da vítima de tratamentos inadequados, sem qualquer menção ao necessário descumprimento desses padrões de conduta?

Sem ousar dar uma resposta definitiva a essa pergunta, fato é que a LGPD traz hipótese de autocomposição entre agente de tratamento e titular de dados pessoais, indicando a intenção de estimular uma resposta rápida e satisfatória ao titular de dados. Por outro lado, buscando inibir que este tipo de demanda fique sujeita ao crivo da ANPD e do Judiciário⁵⁵, o que não seria interessante para nenhum dos envolvidos.

Além disso, o dispositivo mencionado pode servir ainda para minimizar as consequências oriundas do risco do desenvolvimento, pois, posta a oportunidade de autocomposição entre titular e controlador, eventual falha na segurança dos dados pode ser convertida em objeto de ajuste por iniciativa da própria organização.

3.2. A tese da responsabilidade civil subjetiva.

O esforço empreendido nesta parte do trabalho é no sentido de destacar os argumentos utilizados para aplicação responsabilidade civil subjetiva em matéria de tratamento de dados. Trata-se do entendimento de que o dever de ressarcir o titular dos dados pessoais está condicionado à verificação de culpa *lato sensu* na conduta adotada

55 LGPD, art. 52, §7º. “Mesmo que o art. 52, §7º da LGPD esteja no capítulo das sanções administrativas, entendemos que a autocomposição serviria para inibir demandas de responsabilidade civil, uma vez valorado entre as partes o *quantum* do dano e restabelecida a vítima em situação anterior ao injusto”.

pelo agente de tratamento que levou à ocorrência do evento danoso. Não sendo razoável, portanto, o argumento de que a configuração da responsabilidade civil depende tão somente da comprovação do nexo causal e do dano decorrente da atividade de tratamento de dados pessoais.

Não obstante o reconhecimento de que em nosso ordenamento houve significativa ampliação da responsabilidade objetiva, é importante lembrar que tal interpretação exige expressa previsão legal, não sendo admitida a presunção para imputação desse tipo de responsabilidade, é o que se confirma através da leitura dos artigos 734, 927, 931, 933 e 936, todos do código civil.

Também é motivo de preocupação – em relação a aplicação da responsabilidade objetiva como regra – os possíveis efeitos em relação aos custos que – certamente – irão impactar nas atividades em que ocorre o tratamento de dados. Obviamente, eventuais encargos como a contratação de seguros, serão embutidos nos preços dos produtos ou dos serviços. Além disso, a responsabilização objetiva como regra, constitui desestímulo à adoção mecanismos para o aprimoramento da governança e dos instrumentos de integridade: se o agente será responsabilizado independentemente das medidas de prevenção que vier a adotar, não há estímulo para os gastos que estas ensejam.

A partir desses breves apontamentos, que confirmam alguns dos problemas da interpretação da LGPD pela premissa da responsabilidade civil objetiva, surgem alguns argumentos que, ao contrário do que se afirmou no item anterior, indicam o regime da responsabilidade civil subjetiva como o mais adequado em matéria de tratamento de dados pessoais.

3.2.I. O silêncio da LGPD sobre a responsabilidade objetiva.

Ao longo da tramitação do Projeto de Lei, foram retiradas do texto as menções à responsabilidade objetiva, outrora expressamente

indicadas no Projeto de Lei 5.276/2016.⁵⁶ Por exemplo, o texto Projeto de Lei 5.276 de 2016, no art. 35 do capítulo sobre Transferência Internacional de Dados, dispunha: “*o cedente e o cessionário respondem solidariamente e objetivamente pelo tratamento de dados, independente do local onde estes se localizarem, em qualquer hipótese*” (*grifos nossos*).

A escolha de supressão exercidas pelo legislador podem indicar sua intenção sobre o tratamento a ser dispensado à matéria, afinal, se pretendesse de fato estabelecer o regime de responsabilidade civil objetiva, não teria motivo para realizar tais modificações.

Não obstante, admite-se que tal argumento, de forma isolada, não possui grande significado, uma vez que a supressão das expressões que indicavam a responsabilidade objetiva possa ter ocorrido por questão meramente formal, de técnica legislativa, não sendo possível afirmar que da escolha resulta diretamente a aplicação da responsabilidade subjetiva, sobretudo considerando a complexidade do tema. Todavia, diante da opção legislativa, não parece razoável a defesa cega de que a LGPD consagra o regime de responsabilidade civil objetiva, sobretudo considerando que a aplicação dessa regra exige, de maneira geral, a previsão expressa da lei, o que teria sido afastado pelo próprio legislador.⁵⁷

3.2.II. O estabelecimento de *standards* de conduta pela LGPD.

O Capítulo VI da LGPD é dedicado a “segurança e boas práti-

56 BRASIL. Projeto de Lei nº. 5276 de 13 de maio de 2015. Dispõe sobre o tratamento de dados pessoais para a garantia do livre desenvolvimento da personalidade e da dignidade da pessoa natural. Arquivado. Disponível em: «<https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2084378>». Acesso em: 03 abr. 2020.

57 GUEDES, Gisela.; MEIRELES, Rose. Capítulo 8. Término no Tratamento dos Dados. In: TEPEDINO, Gustavo et al (Coord.) *A Lei Geral de Proteção de Dados e suas repercussões no Direito Brasileiro [livro eletrônico]*. 1ª Edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p.123.

cas”. Divido em duas Seções, essa parte da lei estabelece um conjunto de deveres que precisam ser observados pelo agente de tratamento de dados. Tais deveres consubstanciam verdadeiros parâmetros, *standards* de conduta, que devem orientar a atuação dos agentes de tratamento.

Nessa linha, parece existir, no mínimo, uma contradição em se admitir que a LGPD – ao mesmo tempo –, incentiva e determina a adoção de *standards* de conduta pelos agentes de tratamento e desconsidera esses critérios para fins de imputação de responsabilidade civil. Uma leitura como essa admitiria que a aplicação da LGPD resulta na responsabilização do agente de tratamento pelo mero exercício de sua atividade, isto é, que a lei estabeleceu a possibilidade de interpretação de dano *in re ipsa* para os problemas decorrentes do tratamento de dados pessoais.⁵⁸

Tal interpretação, ao que parece, só faria algum sentido a partir da ideia de que o risco é inerente à atividade de tratamento de dados. Todavia, esse não parece o melhor entendimento sobre o tema, seja porque: (i) a LGPD não contém previsão expressa da res-

58 Conforme entendimento majoritário do STJ, diante da violação do direito à imagem nascerá para o seu titular o direito à compensação pelo dano moral na modalidade *in re ipsa*. Nesta hipótese, não seria necessário prova concreta do prejuízo de ordem moral para a vítima e nem do efetivo lucro do ofensor, bastando a própria violação à exteriorização da personalidade da vítima. Nesse sentido, conferir: MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil constitucional dos danos morais e o Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. Julgados selecionados: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 138.883/PE. Terceira Turma. Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Data de Julgamento: 4 ago. 1998. Data de Publicação: 5 out. 1998; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 230.268/SP. Segunda Seção. Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Data de Julgamento: 11 dez. 2002. Data de Publicação: 04 ago. 2003; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 794.586/RJ. Quarta Turma. Relator Ministro Raul Araújo. Data de Julgamento: 15 mar. 2012. Data de Publicação: 21 mar. 2012; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº. 299.832/RJ. Terceira Turma. Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Data de Julgamento: 21 fev. 2013. Data de Publicação: 27 fev. 2013; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.432.324/SP. Terceira Turma. Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Data de Julgamento: 18 dez. 2014. Data de Publicação: 04 fev. 2015.

ponsabilidade objetiva; (ii) a atividade de tratamento de dados não constitui risco de *per se*, não sendo hipótese de aplicação da teoria do *risco proveito*, teoria segundo a qual aquele que tem benefício econômico, responde objetivamente⁵⁹; (iii) também não constitui hipótese de aplicação da teoria do *risco criado*, que determina que a responsabilidade não é mais a contrapartida de um proveito ou lucro particular, mas sim a consequência inafastável da atividade em geral⁶⁰ e

59 Pela teoria do risco proveito, responsável é aquele que tira proveito da atividade danosa, com base no princípio de que, onde está o ganho, aí reside o encargo - *ubi emolumentum, ibi onus*. O suporte doutrinário dessa teoria, como se vê, é a ideia de que o dano deve ser reparado por aquele que retira algum proveito ou vantagem do fato lesivo. Quem colhe os frutos da utilização de coisas ou atividades perigosas deve experimentar as consequências prejudiciais que dela decorrem. A sua grande dificuldade, todavia, está na conceituação do proveito. Quando se pode dizer que uma pessoa tira proveito de uma atividade? Será necessário obter um proveito econômico, lucro, ou bastará qualquer tipo de proveito? Se proveito tem o sentido de lucro, vantagem econômica, a responsabilidade fundada no risco proveito ficará restrita aos comerciantes e industriais, não sendo aplicável aos casos em que a coisa causadora do dano não é fonte de ganho. Ademais, a vítima teria o ônus de provar a obtenção desse proveito, o que importaria o retomo ao complexo problema da prova (CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 10ª. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 153).

60 A teoria do risco criado tem, entre nós, como seu mais ardoroso adepto, o insigne Caio Mário, que assim a sintetiza: "aquele que, em razão de sua atividade ou profissão, cria um perigo, está sujeito à reparação do dano que causar, salvo prova de haver adotado todas as medidas idôneas a evitá-lo" (*Responsabilidade civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 24). No entender elo ilustre Mestre, o conceito de risco que melhor se adapta às condições de vida social é o que se fixa no fato de que, se alguém põe em funcionamento uma qualquer atividade, responde pelos eventos danosos que esta atividade gera para os indivíduos, independentemente de determinar se em cada caso, isoladamente, o dano é devido a imprudência, a negligência, a um erro de conduta, e assim se configura a teoria do risco criado. Fazendo abstração da ideia de culpa, mas atentando apenas no fato danoso, responde civilmente aquele que, por sua atividade ou por sua profissão, expõe alguém ao risco de sofrer um dano: Procura o Mestre estabelecer as distinções entre a teoria do risco-proveito e a do risco criado, enfatizando que nesta última não se cogita do fato de ser o dano correlativo de um proveito ou vantagem para o agente. É óbvio que se supõe que a atividade pode ser proveitosa para o responsável. Mas não se subordina o dever de reparar ao pressuposto da vantagem. *O que se encara é a atividade em si mesma, independentemente do resultado bom ou mau que dela advenha para o agente. A teoria do risco criado, conclui o Mestre, importa ampliação do conceito do risco-proveito*. Aumenta os encargos do agente; é, porém, mais equitativa para a vítima, que não tem que provar que o dano resultou de uma vantagem ou de um benefício obtido pelo causador do dano. Deve este assumir as consequências de sua atividade. *Ibidem*. p. 268 e 282-283. (*grifos nossos*).

(iv) contraria a lógica estabelecida pela própria LGPD, que prevê diversos *standards* de conduta a serem adotados pelos agentes de tratamento.⁶¹

Os argumentos acima apresentados confirmariam a inadequação da aplicação da responsabilidade objetiva como regra, uma vez que é necessário distinguir entre os agentes de tratamento que não tiveram qualquer preocupação em evitar o dano, daqueles que empreenderam todos os esforços previstos, inclusive, na própria LGPD, para que o dano não ocorresse. Tal posição dialoga diretamente com os efeitos decorrentes das alterações da noção de culpa até o limiar da denominada culpa objetiva em nosso ordenamento jurídico, muito bem sintetizada por Anderson Schreiber em seu trabalho sobre ‘Os Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil’:⁶²

Poucos conceitos jurídicos sofreram, nos últimos séculos, tantas transformações em sua ontologia quanto à culpa. A já retratada insuficiência da acepção psicológica de culpa – “essa espécie de pecado jurídico” – diante das transformações sociais e econômicas, na medida em que estimulava o recurso a presunções e o desenvolvimento de uma responsabilidade essencialmente objetiva, exigia, dos defensores da culpa, a continuada revisão do conceito. Gradativamente, foi perdendo espaço a concepção da culpa como *stato d’animo* do agente. Preocupações com a consciência da lesão ao direito alheio, com a previsibilidade do dano e com a reprovabilidade moral da conduta praticada esmoreceram diante das difi-

61 Apesar dos inúmeros argumentos para aplicação da responsabilidade civil subjetiva, quando a violação à proteção de dados decorrer de uma relação entre um agente de tratamento (controlador ou operador) e um consumidor, nos termos do art. 45 da LGPD, será aplicado o diploma consumerista que determina responsabilidade objetiva pelo fato do produto ou fato do serviço.

62 SCHREIBER, Anderson. Op. cit. p. 34.

culdades de concreta demonstração destes aspectos, culminando com a consagração da chamada culpa objetiva.

Dessa forma, o instituto passa ser compreendido como ‘erro de conduta’ analisado a partir da capacidade e das condições do agente responsável, justificando, assim, a denominação “culpa objetiva” ou “culpa normativa”, uma vez que se baseia num juízo normativo entre a conduta e o modelo de comportamento.

Observa-se, nesse particular, que o parâmetro para responsabilização, deve considerar a premissa de que o agente de tratamento precisa comprovar que se comportou de acordo com os *standards* de conduta estabelecidos em lei.⁶³

A LGPD em seu artigo 6º estabelece princípios que devem ser respeitados para o cumprimento de deveres jurídicos que são importantes para materialização da governança em proteção de dados e que influenciam o artigo 46 no capítulo de “segurança e boas práticas da lei”.⁶⁴

Além disso, existem *standards* de boas práticas – como os internacionais indicados pela *International Organization for Stand-*

63 PINHEIRO, Caroline da Rosa. *Os impactos dos programas de integridade (compliance) sobre os deveres e responsabilidade dos acionistas controladores e dos administradores de companhia*. (Tese Doutorado em Empresa e Atividades Econômicas). Rio de Janeiro: Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2017, p. 158.

64 LGPD, art. 6º: “As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios: [...] VII – segurança: utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão; VIII – prevenção: adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais; [...] X – responsabilização e prestação de contas: demonstração, pelo agente, da adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e, inclusive, da eficácia dessas medidas”.

LGPD, 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”.

ardization ou mesmo nacionais como os recomendados pela Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) – que são frequentemente utilizadas como parâmetro para aplicação de medidas implementadas *interna corporis* de alguns agentes de tratamento, podendo servir como indicativo de conformidade dos agentes de tratamento e, conseqüentemente, como parâmetro tanto para a aplicação de sanções administrativas como de responsabilização civil.

Sendo assim, ao instituir um capítulo para segurança e boas práticas, a LGPD – além de acolher a responsabilidade subjetiva desvela, na linha do que vem ocorrendo em ordenamentos estrangeiros – indicaria o reconhecimento sobre a necessidade de instituição de mecanismos de governança e programas de integridade, verdadeiras formas de autorregulação regulada, responsáveis pelo aperfeiçoamento da estrutura das organizações.

3.2.III. Diferença entre as excludentes previstas no CDC (arts. 12, § 3º e 14, § 3º) e na LGPD (art. 43).

A semelhança dos dispositivos da LGPD em relação aos do Código de Defesa do Consumidor foi suscitada no item 3.1 como justificativa para aplicação da lógica consumerista ao regime de responsabilidade pelo tratamento de dados pessoais. Todavia, o CDC, em seus artigos 12 e 14, utiliza expressamente o termo “independentemente de culpa”, para designar a responsabilização objetiva, enquanto a LGPD, ao indicar a responsabilidade do agente de tratamento, não faz qualquer alusão nem à culpa e nem ao risco, afastando a interpretação nesse sentido, conforme se verifica em seus artigos 42 e seguintes.

Aliás, ainda que se reconheça alguma semelhança entre os incisos I e III do art. 43 da LGPD, com o art. 12, § 3º ou art. 14, § 3º do CDC⁶⁵, não deve o intérprete se exonerar de uma adequada leitura do

65 CDC, 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

inciso II do art. 43⁶⁶ sob o pretexto de similitude entre os diplomas, sobretudo porque o citado dispositivo afirma, expressamente, que a caracterização da responsabilidade depende de “violação à legislação de proteção de dados”. Assim é que, quando não houver comprovação de que o agente de tratamento não violou a LGPD, não é razoável a defesa da responsabilização. Nessa linha, quando os *standards* de conduta forem devidamente observados, em estrito cumprimento da legislação, não existe dever de indenizar por parte do agente de tratamento diligente, em clara referência à análise de culpabilidade.⁶⁷

A linha de raciocínio demonstra que a relação de causalidade do art. 43, II da LGPD - com grau de subjetividade muito mais acentuado -, é absolutamente distinta da prevista no art. 12, §3º, inciso II do CDC e endereça, por assim dizer, o elemento culpa como fundamento da responsabilidade civil a ser aplicada.

3.2.IV. A indicação da própria LGPD do regime de responsabilidade subjetiva.

O art. 43, *caput*, da LGPD apresentaria o que alguns chamam de sistema intermediário de culpa presumida, inspiração do código

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”. (*grifos nossos*).

66 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”. (*grifos nossos*).

67 GUEDES, Gisela; MEIRELES, Rose. Op. cit. p.124.

civil italiano⁶⁸ e português.⁶⁹ A leitura é feita a partir da redação do trecho: “só não serão responsabilizados quando provarem”. Sobre a questão, esclarecem Gustavo Tepedino, Gisela Sampaio Guedes e Aline Terra:

Presume-se a culpa do agente, mas esta pode ser afastada se ele conseguir demonstrar que observou o *standard* de conduta esperado, empregando medidas idôneas para evitar o dano. A presunção é, portanto, relativa. O art. 43 da LGPD seguiu exatamente esse caminho, preferindo estabelecer um sistema de presunção de culpa, do que adotar o modelo objetivo de responsabilidade e, nesse aspecto, afasta-se completamente do Código de Defesa do Consumidor.⁷⁰

No sistema de culpa presumida não parece existir responsabilidade objetiva, mas sim um sistema intermediário em que, cumpridas as exigências legais, ainda que o ônus probatório recaia sobre o autor do dano, há o afastamento do dever de indenizar. A redação da LGPD se aproxima desse sistema. A título de exemplo, o art. 50 § 2º, inciso I da LGPD, dispõe sobre a aplicação de mecanismos para controle dos processos a partir do “programa de governança em privacidade”.

68 II Código Civil Italiano de 16 de março de 1942. *Approvazione del testo del Codice Civile*. Edição extraordinária do Diário da República n.º 79 de 4 de abril de 1942, art. 2.050: “[...] qualquer um que cause dano a outros no desenvolvimento de uma atividade perigosa, por sua natureza ou pela natureza dos meios utilizados, é obrigado ao ressarcimento se não provar ter adotado todas as medidas idôneas a evitar o dano”.

69 Art. 493 (2) do Código Civil Português: “[...] quem causar danos a outrem no exercício de uma actividade, perigosa por sua própria natureza ou pela natureza dos meios utilizados, é obrigado a repará-los, exceto se mostrar que empregou todas as providências exigidas pelas circunstâncias com o fim de os prevenir”.

70 TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela. S. da C. Responsabilidade Civil na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais.pdf. In: *Fundamentos do Direito Civil - Responsabilidade Civil - Vol. 04: Volume 04*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 255.

Num cenário de discussão sobre danos causados ao titular, presume-se a culpa do agente de tratamento, mas este pode provar que obedeceu às normativas externas e internas, conseqüentemente, provando a obediência a um *standard* de conduta exigido pela lei. A presunção é, portanto, relativa.

O *caput* do art. 44 trata da responsabilidade qualificada pela irregularidade do tratamento. Contudo, o seu § único⁷¹ também prestigia a responsabilidade subjetiva, fazendo referência à culpa ao estabelecer que o controlador ou o operador responderão pelos danos decorrentes da violação da segurança dos dados quando “deixar de adotar medidas de segurança previstas no art. 46”. O dispositivo parece deixar claro que eventual dano resultante do tratamento dos dados pessoais será avaliado a partir da observância dos parâmetros instituídos pela própria LGPD, ou seja, vincula a ocorrência do dano a não adoção do comportamento, indicando claramente a necessidade do exame da culpa.

Por fim, também vale destacar o conteúdo do art. 45 da LGPD que trata da prevalência do CDC nas relações de consumo e prevê 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”.

Parece evidente que o legislador entende que o regime instituído pela LGPD é distinto daquele previsto no CDC. Não fosse assim, porque o artigo 45 determinaria, para tratamento de dados pessoais nas relações consumeristas, a aplicação do regime de responsabilidade do CDC? Obviamente a responsabilidade civil nas demais relações

71 LGPD, art. 44. “O tratamento de dados pessoais será irregular quando deixar de observar a legislação ou quando não fornecer a segurança que o titular dele pode esperar, consideradas as circunstâncias relevantes, entre as quais:[...] Parágrafo único. Responde pelos danos decorrentes da violação da segurança dos dados o controlador ou o operador que, ao deixar de adotar as medidas de segurança previstas no art. 46 desta Lei, der causa ao dano”.

abarcadas pela LGPD pertencem a regime de responsabilidade diverso daquele.⁷²

Além disso, é importante lembrar que o CDC exige, para caracterização da responsabilidade civil objetiva, a presença do defeito, de forma que a aplicação desse regime de responsabilidade como regra na LGPD, resultaria em adoção de um regime mais gravoso pela legislação de proteção de dados do que prevê o próprio CDC.

3.3. Nem uma coisa nem outra: responsabilidade civil especial e responsabilidade civil proativa.

Conforme destacado no presente trabalho, é consenso que a LGPD não esclarece expressamente a natureza jurídica de sua responsabilidade. Todavia, a lei, no compasso do que estabelece a legislação que a inspirou (GDPR) parece, na opinião de alguns autores, instituir um sistema misto de imputação objetiva, deixando um razoável número de hipóteses de responsabilidade objetiva a cargo do legislador e as demais pela construção doutrinária e jurisprudencial.⁷³

Além disso, é comum pensar que a teoria objetiva e a teoria subjetiva da responsabilidade civil são opostas, mas isso não necessariamente é verdade. A primeira por preconizar o princípio da solidariedade e dividir as consequências de se viver em sociedade ao adotar uma obrigação objetiva de indenizar, independentemente de culpa, e a teoria subjetiva, por sua vez, por representar a epistemologia da “responsabilidade” ao atuar como instituto coibidor de condutas

72 Não vamos adentrar aqui na cabível discussão sobre o que será feito em relação à responsabilidade do profissional liberal em matéria de proteção de dados, uma vez que – até mesmo o CDC – estabelece responsabilidade civil subjetiva para a categoria. Certamente, a questão precisará ser enfrentada por aqueles que persistem no argumento da responsabilidade civil objetiva.

73 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. *Curso de direito civil: responsabilidade civil*.^{4ª} ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 478.

consideradas inaceitáveis, tendo a culpa como seu principal fundamento.

Alguns autores⁷⁴ indicam que as teorias objetiva e subjetiva não são opostas, mas, na verdade, constituem um contínuo, sendo importante entender os diversos nexos de imputação existentes. Dessa forma, a ideia é a manutenção de vários fatores de imputação de danos (risco, culpa, etc.), cada um com seus próprios fundamentos.

[a] substituição do princípio da culpa pelo princípio do risco ocorrerá com base nas considerações das consequências de uma conduta no ambiente social, tido agora como critério hermenêutico de escolha de uma regra de decisão. Essa valorização social assumirá uma função não apenas corretiva, mas constitutiva de princípios.⁷⁵

Muitas vezes a norma pode não estar em busca de um culpado (teoria subjetiva), nem do agente dirigente do risco da atividade (teoria objetiva), mas sim de alguém que assegure o reequilíbrio patrimonial da vítima, como parece preconizar o § 1º do art. 42 da LGPD ao utilizar a expressão “[a] fim de assegurar a efetiva indenização ao titular dos dados”. Nesse sentido, a maior injustiça seria que a vítima do dano tivesse que suportar sozinha seus efeitos.

Também é possível uma obrigação objetiva de indenizar, independentemente de culpa, por danos oriundos de violações à *dados sensíveis*, uma vez que as informações extraídas desse tipo de dado podem impactar de maneira mais severa na esfera dos direitos de personalidade do sujeito. Portanto, haveria um *plus* protetivo específico em relação às atividades relacionadas a dados sensíveis, sem que o mesmo escudo acolhesse as atividades relacionadas a dados não sensíveis. Sendo assim, a LGPD albergaria tanto o regime objetivo quanto

74 Loc. cit.

75 Ibidem., p.478.

o subjetivo de responsabilidade a depender do tipo de dados a serem tratados. Portanto, a obrigação objetiva de indenizar para danos relativos à dados sensíveis não parece ter o condão de transformar o regime geral da LGPD em responsabilidade civil objetiva como regra, parece, na verdade, que a LGPD poderia ser interpretada de acordo com as regras previstas no sistema de direito privado, moldando sua remediação a cada situação prática.

Indo mais a fundo, seria possível extrair da LGPD que sua real intenção não seria de dispor sobre danos, mas sim sobre a função preventiva da responsabilidade civil (*accountability*), conforme inclusive preconizado em um de seus princípios previsto no inciso X do artigo 6º. Ou seja, a discussão não seria sobre indenização, mas sobre inibir a ocorrência do dano em matéria de proteção de dados.

Nesse sentido, Maria Celina Bodin de Moraes e João Quinelato são defensores de uma terceira modalidade de responsabilidade, dita “*ativa*” ou “*proativa*”. Para os autores, a LGPD não teria adotado nem a responsabilidade objetiva e nem a ideia tradicional de responsabilidade subjetiva. Com fundamento no art. 6º, X, não basta cumprir os artigos da lei, mas antes, será necessário também a *efetiva demonstração* “da observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e, inclusive, da eficácia dessas medidas”. Portanto, não descumprir a lei não é mais suficiente.⁷⁶

A partir do panorama sobre o regime de responsabilidade civil instituído da LGPD, verifica-se a complexidade e os desafios impostos à proteção de dados atualmente, sendo fundamental o esforço de garantir, em alguma medida, a compatibilização do desenvolvimento tecnológico com a preservação de direitos fundamentais.

76 MORAES, Maria Celina Bodin de; QUINELATO, João. Autodeterminação informativa e a responsabilização proativa: novos instrumentos de tutela da pessoa humana na LGPD. In: Cadernos Adenauer, nº 3. Proteção de dados pessoais: privacidade versus avanço tecnológico. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2019, p. 129.

4. Considerações finais.

Diante de todo o exposto, resta evidente que o único consenso consiste no fato de que o legislador não foi claro em relação ao regime de responsabilidade civil adotado pela Lei Geral de Proteção de Dados em caso de violação de dados pessoais pelos agentes de tratamento, o que fomenta na doutrina a utilização de argumentos razoáveis capazes de sustentar diferentes posições, conforme destacado ao longo da seção 3.

A obrigação objetiva de indenizar pode ser defendida, por exemplo, em função de suas similaridades com o Código de Defesa do Consumidor ou, ainda, com fundamento no risco que a atividade de tratamento de dados envolve, mormente diante da correlação entre proteção de dados pessoais e sua definição como direito fundamental.

Por outro lado, a aplicação do regime de responsabilidade civil subjetiva encontra seu fundamento principal nos standards de conduta preconizados pela própria LGPD, cujo objetivo é direcionar as ações dos agentes de tratamento, permitindo, por assim dizer, análise do elemento culpa. Verificou-se que a opção do legislador, ainda no projeto de lei, de retirar do texto os termos que indicariam a responsabilidade objetiva, pode reforçar a ideia de que o regime aplicável requer o exame da conduta. Além disso, indicou-se que existem distinções significativas contidas no texto da LGPD em relação ao CDC, o que pode enfraquecer o argumento de que a proteção de dados segue, em matéria de responsabilidade civil, a mesma lógica do diploma consumerista.

Na seção 3.3, buscou-se indicar perspectivas que fujam da simples dicotomia objetivistas versus subjetivistas. Algumas propostas buscam uma coexistência entre as teorias aparentemente contrapostas, apontando uma perspectiva diferente, de complementaridade entre imputação objetiva e subjetiva, de forma assegurar o reequilí-

brio patrimonial da vítima impedindo-a de suportar sozinha os efeitos dos danos que lhe foram causados. Outras, procuram distinguir os tipos de dados pessoais, indicando um cunho protetivo diferenciado em relação à violação de dados sensíveis, caracterizado por uma obrigação objetiva de indenizar, uma vez que nessas hipóteses pode ocorrer impacto mais expressivo na esfera dos direitos de personalidade do indivíduo.

Uma das questões que, provavelmente, será considerada em uma tomada de decisão final acerca do regime de responsabilidade civil da proteção de dados se refere ao confronto entre, por um lado, as eventuais limitações ao desenvolvimento tecnológico, econômico e social que podem advir de uma responsabilização das atividades de tratamento de dados e, por outro, o necessário respeito aos direitos e garantias fundamentais dos titulares de dados, bem como a forma de possibilitar o efetivo exercício de sua autodeterminação informativa.

Se há algo que a história tem nos ensinado é que não há prosperidade social sem crescimento econômico e a transformação digital é parte relevante desse processo em uma economia de dados. Mas o mesmo processo histórico nos relembra, de tempos em tempos (muitas vezes de forma severa), que não há verdadeiro desenvolvimento (econômico, tecnológico ou de qualquer outra natureza) sem respeito aos direitos fundamentais dos indivíduos. Entre o mar e rochedo, o Poder Judiciário e a ANPD precisarão buscar a harmonização das forças em aparente antagonismo.