



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS
PRO-REITORIA DE GRADUAÇÃO
ESCOLA DE DIREITO, NEGÓCIOS E COMUNICAÇÃO
NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA
COORDENAÇÃO ADJUNTA DE TRABALHO DE CURSO

**O REGIME DE RESPONSABILIDADE CIVIL DOS AGENTES DE TRATAMENTO DE
DADOS NA LGPD**

ORIENTANDA – LUÍSA BOAVENTURA TEIXEIRA BRZEZINSKI CUNHA

ORIENTADOR – PROF. DR. FAUSTO MENDANHA GONZAGA

GOIÂNIA-GO

2023

LUÍSA BOAVENTURA TEIXEIRA BRZEZINSKI CUNHA

**O REGIME DE RESPONSABILIDADE CIVIL DOS AGENTES DE TRATAMENTO DE
DADOS NA LGPD**

Artigo Científico apresentado à disciplina Trabalho de Curso II, da Escola de Direito, Negócios e Comunicação, Curso de Direito, da Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUCGOIÁS). Professor Orientador Dr. Fausto Mendanha Gonzaga

ATENÇÃO: A aluna orientanda (autor do presente trabalho) declara que procedeu à sua revisão, para fins de detecção de plágio, assumindo, de forma exclusiva, a responsabilidade por eventual incorporação de textos de terceiros, sem a devida citação ou indicação de autoria.

GOIÂNIA-GO

2023

SUMÁRIO

RESUMO	4
INTRODUÇÃO	5
1. LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS (LGPD)	7
1.1. Conceitos da LGPD	7
1.2. Agentes de Tratamento de Dados	9
1.3. Princípios e Fundamentos da LGPD	10
2. REGIMES DE RESPONSABILIDADE CIVIL	13
2.1. Responsabilidade Civil Subjetiva dos Agentes de Tratamento de Dados	13
2.2. Responsabilidade Civil Objetiva dos Agentes de Tratamento de Dados	17
CONCLUSÃO	18
REFERÊNCIAS	20

O REGIME DE RESPONSABILIDADE CIVIL DOS AGENTES DE TRATAMENTO DE DADOS NA LGPD

Luísa Boaventura Teixeira Brzezinski Cunha

Este trabalho teve como objetivo geral o estudo do regime de responsabilidade civil dos agentes de tratamento de dados na LGPD, ou seja, analisou-se se a referida lei adota a teoria subjetiva ou objetiva como regime de responsabilidade civil. A metodologia utilizada para o desenvolvimento do presente trabalho foi o levantamento bibliográfico e consulta de materiais publicados que tratam do regime de responsabilidade civil adotado pela LGPD e da sua aplicação aos agentes de tratamento de dados. Ao final do trabalho, concluiu-se que ainda há uma divergência jurisprudencial e doutrinária em relação ao regime de responsabilidade civil adotado pela LGPD, mas sem conclusão efetiva de qual regime de responsabilidade foi adotado pela lei.

Palavras-chave: Responsabilidade. Civil. Objetiva. Subjetiva. Agentes.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objeto a análise do regime de responsabilidade civil adotado pela Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD – Lei nº 13.709/2018) e os seus limites de aplicação sobre os agentes de tratamento, nos casos em que há o vazamento de dados.

O entendimento sobre o regime de responsabilidade civil adotado, objetivo ou subjetivo, é de extrema importância para a eficácia da lei de proteção de dados, uma vez que permitirá a apuração de eventual responsabilidade dos agentes de tratamento.

No Brasil, a proteção dos dados estava prevista em dispositivos legais esparsos e sem qualquer eficácia, uma vez que esses dispositivos não definiam quais são os tipos de violação de dados, tampouco determinavam a responsabilidade dos agentes de tratamento perante as violações. Alguns exemplos dos dispositivos que tratavam vagamente sobre a proteção de dados antes da LGPD são o art. 5º, inciso X da Constituição Federal (CF) e o art. 21 do Código Civil (CC), que preveem a inviolabilidade da intimidade da vida privada, o Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014), que dispõe vagamente sobre a proteção de dados, o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990), que trouxe regras específicas sobre o banco de dados dos consumidores, e a Lei do *Habeas Data* (Lei nº 9.507/1997).

Com o avanço tecnológico, a troca de dados pessoais tornou-se muito mais extensa, orgânica e detalhada. O mero uso de um aplicativo de rede social, por exemplo, é capaz de expor informações de identificação pessoal (como nome, CPF, data de nascimento), os gostos e preferências de tal usuário. Sabe-se, inclusive, qual o seu núcleo social, os lugares que frequenta e os respectivos horários, bem como as pessoas por quem tem mais estima. Foi à luz desse e de outros cenários que se vislumbrou a patente necessidade de criação de lei específica para a proteção de dados.

A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD – Lei nº 13.709/2018), sancionada aos 14 de agosto de 2018, dispõe sobre o modo pelo qual os dados pessoais, em meios físicos ou digitais, devem ser tratados por pessoas físicas e jurídicas. A proteção dos

dados pessoais garante ao seu titular o resguardo dos seus direitos constitucionais da liberdade, intimidade e privacidade.

A garantia dos direitos constitucionais pela LGPD se dá, principalmente, pelas sanções civis, penais e administrativas, que serão eventualmente imputadas a determinado agente de tratamento de dados caso ocorra alguma violação. Contudo, a aplicação de tais penalidades decorre de uma análise da responsabilidade aplicada a cada agente de tratamento de dados.

Ressalta-se, no entanto, que a LGPD não foi clara ao definir qual o regime de responsabilidade civil adotada para a aplicação das penas estipuladas, se objetiva ou subjetiva. Assim, a lacuna deixada pelo legislador deve ser suprida pelas demais fontes do Direito, com a análise da doutrina e da jurisprudência vigente.

Na literatura jurídica e na jurisprudência pátria atual, há quem defenda que o regime adotado pela LGPD é o da responsabilidade civil objetiva, quando se considera que o tratamento de dados é um risco da atividade. Em sentido contrário, há quem defenda que o regime adotado é o da responsabilidade civil subjetiva, que pressupõe a prova e a análise da culpa do agente de tratamento quando da violação de dados, possibilitando, nesse caso, a aplicação da responsabilidade na proporção de sua culpa.

Insta salientar que o tema da responsabilidade civil adotada pela LGPD e os seus limites quando da aplicação das sanções penais, civis e administrativas aos agentes de tratamento de dados ainda não foi estabelecido legalmente e possui pouquíssimas obras jurídicas específicas, tendo em vista a lacuna deixada pela lei e a divergência de entendimentos doutrinários e jurisprudenciais.

Diante desse contexto, o presente trabalho não visa o exaurimento da matéria, mas a pesquisa e análise dos entendimentos existentes até então, de modo que esta pesquisa se fundamentará nas principais obras já publicadas, bem como no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor, especialmente ao que tangente à análise dos regimes de responsabilidade existentes na legislação vigente.

Ante ao exposto, resta evidente a importância da análise do objeto deste trabalho, a fim de que seja melhor esclarecido qual o regime jurídico da responsabilidade civil adotado pela LGPD e os seus limites de aplicação aos agentes de tratamento de dados.

1. LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS (LGPD)

1.1 Conceitos da LGPD

Para a melhor compreensão do tema abordado no presente trabalho, é necessário, inicialmente, compreender os seus conceitos, previstos no rol do art. 5º da LGPD, o qual possui dezenove incisos, todos apresentando conceitos básicos que conduzem a interpretação e aplicação da LGPD.

Contudo, visando uma maior objetividade, este trabalho discorrerá apenas sobre os conceitos essenciais para a compreensão do tratamento de dados pessoais e do regime de responsabilidade civil adotado quando da sua violação.

O primeiro conceito apresentado pelo art. 5º da LGPD é o conceito de **dado pessoal**. Para fins de interpretação e aplicação da LGPD, o dado pessoal consiste na “informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável” (art. 5º, I). É esse conceito que limita a proteção da LGPD apenas aos dados de pessoas naturais identificadas ou identificáveis, ou seja, do titular.

O titular, consiste na “pessoa natural a quem se referem os dados pessoais que são objeto de tratamento” (art. 5º, V da LGPD). Para o início de tratamento dos dados, o titular deve manifestar o seu **consentimento** conceituado como “manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada” (art. 5º, XII da LGPD).

Esses são dados mais genéricos, porquanto consistem em informações simples, como nome, CPF, documento de identidade, passaporte, e-mail, telefone, profissão, dentre outras informações comuns.

Quando o dado vinculado a uma pessoa natural se referir à origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, este será considerado um **dado pessoal sensível** (art. 5º, II da LGPD)

Viviane Maldonado e Renato Opice Blum (2022, RL 1.2) ressaltam que tais dados são assim denominados pois consistem em informações que podem dar margem a algum tipo discriminação quando do seu tratamento. Os autores concluem, portanto, que “são dados pessoais que poderão implicar riscos e vulnerabilidades potencialmente mais gravosas aos direitos e liberdades fundamentais dos titulares” (MALDONADO; BLUM, 2022, RL 1.2), razão pela qual precisam de uma proteção maior.

Por isso, também há diferença quanto às obrigações e eventuais responsabilidades dos agentes de tratamento, a depender se houve violação de um dado pessoal ou um dado pessoal sensível, as quais estão dispostas, respectivamente, nos artigos 7º e 11 da LGPD.

Salienta-se, ainda, que os dados pessoais, sensíveis ou não, podem ser **dados anonimizados** que passam pelo **processo de anonimização** (art. 5º, XI), o qual transforma um dado pessoal em um dado anonimizado, ou seja, um dado de um titular que não pode ser identificado. Sobre esse tipo de dado, não é aplicada a LGPD.

O art. 5º, inciso IV da LGPD, por sua vez, traz o conceito de **banco de dados** como o conjunto organizado de dados pessoais, os quais são armazenados em um ou vários locais, podendo ter um suporte eletrônico ou físico, de modo que somente terão acesso os **agentes de tratamento**, compostos pela dupla: **controlador** e **operador**.

Os agentes de tratamento podem ser pessoas naturais ou jurídicas, de direito público ou privado, e o que os difere são as suas funções no tratamento de dados. O **controlador**, também chamado de decisor, é o agente que decide como os dados serão tratados (art. 5º, VI da LGPD). Normalmente, o controlador mantém uma relação com o titular, enquanto o **operador** realiza o tratamento de dados em nome do controlador (art.

5º, VII da LGPD). Normalmente, o operador é a pessoa que detém os conhecimentos tecnológicos.

O **tratamento de dados** é conceituado pelo inciso X, art. 5º, da LGPD e consiste no conjunto ou em qualquer atividade realizada com dados pessoais, sempre em observância aos fundamentos e limites legais. Dentre essas atividades, o artigo lista: “coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração”.

Assim, tem-se que o titular, mediante consentimento inequívoco, permite, aos agentes de tratamento de dados (controlador e operador) o tratamento de dados pessoais, genéricos, sensíveis, anonimizados ou não, os quais serão armazenados em um banco de dados, ao passo que o referido tratamento deverá observar e obedecer aos fundamentos e princípios da LGPD.

1.2 Agentes de Tratamento de Dados

Conforme explicado anteriormente, os agentes de tratamento de dados são compostos pela dupla: **controlador** e **operador** (art. 5º, IX da LGPD). As suas obrigações e responsabilidades estão dispostas no Capítulo VI da LGPD, entre os artigos 37 a 40, que serão brevemente analisados para melhor compreensão do tema.

O art. 37 da LGPD dispõe que tanto o controlador quanto o operador devem “manter registo das operações de tratamento de dados pessoais que realizarem, especialmente, quando baseado no legítimo interesse” (art. 37 da LGPD).

Com o referido dispositivo, a lei de proteção de dados garante que todas as atividades realizadas pelos agentes de tratamento serão registradas para fins de fiscalização da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) ou para disponibilização ao titular.

Ademais, com o registro de tratamento de dados, os agentes de tratamento passam a ter mais informações sobre esse processo do que o próprio titular, o que justifica a inversão do ônus da prova previsto no art. 42, §2º da LGPD.

De forma complementar, o art. 38 da LGPD prevê que a ANPD pode solicitar ao controlador um relatório de impacto à proteção de dados pessoais referente a suas operações de tratamento de dados.

O relatório de impacto à proteção de dados pessoais consiste na “documentação do controlador que contém a descrição dos processos de tratamento de dados pessoais que podem gerar riscos às liberdades civis e aos direitos fundamentais” (art. 5º, XVII da LGPD), cuja finalidade é estabelecer medidas para mitigação de riscos de violação.

O art. 39 da LGPD, por sua vez, determina que o operador deverá realizar o tratamento de dados em obediência às instruções do controlador, ao passo que o controlador deverá sempre observar as suas próprias instruções e as disposições da LGPD.

Assim, restam claras as obrigações e responsabilidades do controlador e do operador, sendo o controlador responsável pelas decisões referentes ao tratamento de dados pessoais, pela elaboração de relatórios de impacto à proteção de dados e pela fiscalização das atividades do operador e de seus próprios comandos, sempre observando se as atividades de tratamento estão de acordo com as normas da LGPD, enquanto o operador realiza toda a atividade de tratamento de dados em nome do controlador e sob suas instruções.

1.3 Fundamentos e Princípios da LGPD

Os fundamentos e princípios específicos da LGPD, listados nos artigos 2º e 6º, respectivamente, foram criados para que conjuntamente garantam a segurança dos dados dos titulares.

Este trabalho, por sua vez, tratará objetivamente apenas dos fundamentos e princípios mais importantes para melhor compreensão do regime de responsabilidade civil adotado pela LGPD.

Como exposto anteriormente, o maior objetivo da LGPD é a proteção do indivíduo. Para tanto, essa lei estabeleceu alguns fundamentos, que estão previstos no art. 2º da LGPD. Destaca-se os seguintes fundamentos: o respeito à privacidade (art. 2º, I da LGPD); a autodeterminação informativa (art. 2º, II da LGPD); a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem (art. 2º, IV da LGPD); e os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais (art. 2º, VII da LGPD).

O respeito à privacidade, além de ser um dos fundamentos da LGPD, é um direito fundamental previsto no inciso X do art. 5º da Constituição Federal (CF). O conceito de privacidade está inteiramente ligado à existência do indivíduo que, apesar (ou em razão) de viver em sociedade, possui sua individualidade e necessita de privacidade para desenvolver livremente a sua personalidade, ou seja, o indivíduo precisa exercer o seu “direito de ser deixado em paz”, tradução em português da expressão “*right to be let alone*”(WARREN; BRANDIES, 1890, p. 195).

No atual cenário, em que vive e reina a sociedade da informação (BAUMAN, 2001), o direito de “direito de ser deixado em paz” (WARREN; BRANDIES, 1890, p. 195). é de extrema importância, especialmente no que tange aos dados pessoais coletados e transmitidos diariamente, em sites de navegação e redes sociais, por exemplo, inteiramente ligados à personalidade de determinado indivíduo.

Diante dos desenvolvimentos tecnológicos vivenciados pela sociedade da informação, fez-se necessária a proteção à privacidade dos dados. Sua relevância no atual cenário jurídico é tamanha, que a Emenda Constitucional 115/2022 incluiu o direito à proteção de dados pessoais, em meios físicos e digitais, também como um dos direitos fundamentais (art. 5º, LXXIX da CF).

O respeito à privacidade abarca outros fundamentos da LGPD, como a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem e os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais.

Assim, visando a proteção dos referidos fundamentos, a LGPD estabeleceu alguns princípios, dentre os quais, destaca-se a boa-fé, a finalidade, a necessidade, a segurança, a prevenção e a responsabilização e prestação de contas. Esses princípios são conceituados pela lei nos seguintes termos:

Art. 6º As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a **boa-fé** e os seguintes princípios:

I - **finalidade**: realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades; [...]

III - **necessidade**: limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados; [...]

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. (grifo nosso)

Uma breve análise dos referidos princípios permite concluir que estes se complementam e têm como objetivo a proteção dos dados dos titulares.

O princípio da finalidade, por exemplo, determina que o tratamento de dados se dê de forma lícita e dentro dos limites concedidos e finalidades específicas dispostas pelo próprio titular.

Para tanto, o princípio da necessidade limita a atividade de tratamento para o mínimo necessário para a realização de suas finalidades, visando sempre a segurança dos dados.

O princípio da prevenção, por sua vez, exige que os agentes de tratamento adotem medidas para evitar (prevenir) incidentes de segurança e dano ao titular, razão pela qual os agentes de tratamento devem prestar contas – demonstrar que seguiram à lei e adotaram as medidas de segurança cabíveis –, e se responsabilizarem em caso de eventual dano.

Resta claro, portanto, que os fundamentos e princípios da LGPD trabalham em conjunto, a fim de garantir a segurança dos dados pessoais do titular, de modo que a análise de tais princípios e fundamentos são essenciais para o estudo do regime de responsabilidade civil adotado pela LGPD.

2. REGIMES DA RESPONSABILIDADE CIVIL

2.1. Responsabilidade Civil Subjetiva dos Agentes de Tratamento de Dados

A Seção III da LGPD, “Da Responsabilidade e do Ressarcimento de Danos”, dispõe sobre a responsabilidade civil dos agentes de tratamento de dados quando da ocorrência dos chamados incidentes de segurança.

A referida seção, composta pelos arts. 42 a 45, não define, com clareza, qual regime de responsabilidade civil foi adotado pela LGPD, tendo em vista que o *caput* do art. 42 não faz referência expressa à culpa (o que caracterizaria a adoção da responsabilidade subjetiva), bem como não faz referência expressa ao risco da atividade (o que caracterizaria a adoção da responsabilidade objetiva).

Diante desse cenário, surgiram duas correntes doutrinárias no Brasil: uma defendendo a teoria subjetiva e a outra, a objetiva.

A teoria subjetiva é defendida, especialmente, pelos doutrinadores Gustavo Tepedino, Aline de Miranda Terra e Gisela Sampaio da Cruz Guedes (2020), cuja

fundamentação se sustenta por meio (i) da análise histórica de tramitação do projeto de lei, (ii) das diferenças entre a LGPD e do CDC e, principalmente, (iii) do fato de a LGPD “estar toda pautada na criação de deveres”, aproximando-se mais do regime de responsabilidade subjetiva, fundada na chamada culpa normativa (GUEDES; TEPEDINO; TERRA, 2020).

Sobre o histórico de tramitação da LGPD, o doutrinador Bruno Bioni (2020) esclarece que a primeira versão do anteprojeto da LGPD e a proposta legislativa do Senado Federal, adotaram expressamente o regime da responsabilidade objetiva, uma vez que dispunham que o “tratamento de dados [seria] uma atividade de risco”, bem como que “os agentes da cadeia responderiam, ‘independentemente da existência de culpa’, pela reparação dos danos” (BIONI, 2020).

A análise da versão final da LGPD, por sua vez, permite concluir que não há menção a elementos caracterizadores da responsabilidade objetiva como um regime geral. Assim, os juristas defensores da teoria subjetiva entendem que tal alteração evidencia a preferência do legislador pela responsabilidade subjetiva.

Ademais, os doutrinadores que defendem a adoção da teoria subjetiva afirmam que a mera semelhança entre vários artigos da LGPD e do CDC não é suficiente para justificar a adoção da teoria objetiva.

Destaca-se, em especial, o art. 43 da LGPD, que cuida das excludentes de responsabilidade dos agentes de tratamento. Os incisos I e III afastam a responsabilidade do controlador e do operador em razão da ausência de causalidade entre a conduta e o dano, enquanto o inciso II se refere à relação de culpa, o que demonstraria a adoção da responsabilidade subjetiva pela LGPD.

O inciso I do art. 43 da LGPD exclui a responsabilidade dos agentes de tratamento que provarem não ter realizado o tratamento de dados que lhes é atribuído, muito similar à excludente disposta no art. 12, §3º, inciso I do CDC que isenta a responsabilidade do fornecedor que provar “que não colocou o produto no mercado” (art. 12, §3º, I do CDC).

O inciso III do art. 43 da LGPD exclui a responsabilidade dos agentes de tratamento que provarem que “o dano é decorrente de culpa exclusiva do titular de dados ou de terceiro” (art. 43, III da LGPD).

Em ambas as hipóteses de exclusão da responsabilidade, o que se afasta é a causalidade (nexo causal) entre a conduta do agente e o dano sofrido pelo titular, hipóteses que poderiam existir mesmo com a aplicação teoria objetiva.

O inciso II do art. 43, por sua vez, exclui a responsabilidade dos agentes de tratamento que provarem “que, embora tenham realizado o tratamento de dados pessoais que lhes é atribuído, não houve violação à legislação de proteção de dados” (art. 43, II da LGPD).

Gisela Sampaio da Cruz Guedes explica que, nessa hipótese de exclusão de responsabilidade, “o agente terá demonstrado que observou o *standard* esperado e, se o incidente ocorreu, não foi em razão de sua conduta culposa” (GUEDES; TEPEDINO; TERRA, 2020).

A modalidade de culpa que a doutrinadora se refere é a culpa presumida, o que se denota da expressão utilizada pelo doutrinador no *caput* do art. 43 da LGPD: “só não será responsável quando”.

No que se refere a culpa presumida, a doutrina traz o seguinte: “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”, ou seja, a presunção da culpa é relativa (GUEDES; TEPEDINO; TERRA, 2020).

Bernardo Grossi, também defensor da teoria subjetiva, explica a modalidade da culpa presumida da responsabilidade civil na LGPD:

A compreensão daquilo que está contido nos incisos do art. 43 da LGPD revela que o controlador será sempre responsabilizado, salvo nas hipóteses em que inexistir nexo de causalidade entre o ato por ele praticado e o dano suportado pela pessoa, assim como na ausência de antijuridicidade do ato realizado. Isso significa que o sistema adotado pela LGPD é o da culpa presumida em caráter relativo e não o da responsabilidade objetiva pura. Parte-se do pressuposto, portanto, de que a responsabilidade do agente de tratamento constitui uma regra

geral que pode ser afastada mediante a demonstração de que sua conduta não incorreu em quaisquer das modalidades da culpa, o que ocorrerá notadamente através da demonstração da adoção dos deveres de cuidado inerentes ao *bonus pater familias* estruturalmente definidos pela lei (GROSSI, 2023).

A adoção à teoria subjetiva, com a aplicação e análise da culpa presumida, é corroborada pela redação do parágrafo único do art. 44 da LGPD, que dispõe sobre os incidentes de segurança, ao estabelecer que “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” (art. 44 da LGPD).

Mais uma vez a lei de proteção de dados exclui a responsabilidade dos agentes de tratamento de dados quando for demonstrada a obediência à lei e às medidas de segurança cabíveis.

Por fim, os doutrinadores adeptos à teoria subjetiva sustentam que a LGPD estabeleceu vários deveres a serem seguidos pelos agentes de tratamento, ao passo que a adoção da responsabilidade objetiva, nesse cenário, não faria sentido “nem do ponto de vista lógico, nem do jurídico” (GUEDES; TEPEDINO; TERRA, 2020).

Para os defensores da teoria subjetiva, não faria qualquer sentido o legislador trazer tantos padrões de comportamento e de tratamento de dados se quisesse aplicar efetivamente a responsabilidade objetiva aos agentes de tratamento, uma vez que, ao final de toda violação, estes seriam responsabilizados independentemente de culpa:

A lógica da responsabilidade objetiva é outra: não cabe discutir cumprimento de deveres, porque a responsabilidade objetiva “não decorre do descumprimento de qualquer dever jurídico”. Quando se discute cumprimento de deveres, o que no fundo está sendo analisado é se o agente atuou ou não com culpa (GUEDES; TEPEDINO; TERRA, 2020).

Na teoria subjetiva, defende-se que o legislador criou um *standard* de conduta no seu Capítulo VI dedicado à “segurança e boas práticas”. Assim, considerando o princípio da responsabilização e de prestação de contas previsto no inciso X da LGPD “do ponto de vista do controlador, não adianta ‘prestar contas’, se, ao final, ele for responsabilizado da mesma forma independentemente de culpa” (GUEDES; TEPEDINO; TERRA, 2020).

Na teoria subjetiva, portanto, a responsabilidade civil dos agentes de tratamento de dados somente se caracteriza quando demonstrada culpa do controlador e/ou operador, pela desobediência à lei de proteção de dados ou às medidas de segurança.

2.2. Responsabilidade Objetiva dos Agentes de Tratamento de Dados

A teoria objetiva, por sua vez, é defendida por doutrinadores como Nelson Rosenvald, Atala Correia, Carlos Edison Monteiro Filho, entre outros, cuja fundamentação se sustenta na análise (i) dos princípios, fundamentos e objetivos da LGPD, (ii) das semelhanças entre a LGPD e o CDC e, principalmente, (iii) da teoria do risco da atividade.

Conforme exposto anteriormente, a LGPD tem como principal objetivo a proteção dos dados dos titulares. Para tanto, estabeleceu princípios como a boa-fé objetiva, a segurança, a prevenção e à necessidade.

A partir da análise de tais princípios, os doutrinadores concluíram que o tratamento de dados consiste em uma atividade de risco, tendo em vista que qualquer possibilidade de violação fere o direito fundamental à privacidade.

O princípio da necessidade, por exemplo, demonstra com clareza a tentativa da LGPD em proteger ao máximo os dados dos titulares, ao restringir o tratamento ao mínimo necessário à realização de sua finalidade.

Nesse sentido, Caitlin Mulholland explica que a teoria do risco é inerente à atividade de tratamento de dados, razão pela qual se aplica a responsabilidade objetiva:

[...] o legislador quis identificar nessa hipótese situações danosas que decorrem especificamente de incidentes de segurança que são, por sua vez, acontecimentos que se relacionam ao risco inerente ao desenvolvimento da atividade de tratamento de dados, como vazamentos não intencionais e invasão de sistemas e bases de dados por terceiros não autorizados. Neste sentido, esses riscos devem ser necessariamente situados como intrínsecos à atividade de tratamento de dados e, portanto, considerados, em última análise, como hipótese de fortuito interno, incapazes de afastar a obrigação dos agentes de tratamento de indenizar os danos causados pelos incidentes. (MULHOLLAND, 2020)

A teoria objetiva prevista no art. 43 da LGPD está fundamentada no parágrafo único do art. 927 do CC, que determina a responsabilidade do agente de reparar o dano, independentemente de culpa, “quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem” (art. 927, parágrafo único do CC).

Maria Celina Bodim de Moraes defende que o regime de responsabilidade civil da LGPD pode ser chamado de “proativo”, uma vez que exige que o agente de tratamento de dados deve, principalmente, evitar que os danos aconteçam, ao invés de simplesmente repará-los:

A LGPD adota a chamada teoria ativa ou proativa da responsabilidade civil. Sustenta a necessidade da adoção de posturas pelos agentes de tratamento de dados que tutelem a prevenção de danos, sendo a obrigação de indenizar medida excepcional a ser tomada. Os dados pessoais, por constituírem conteúdo do direito à privacidade, impõem que “coleta e o tratamento de dados pessoais deve ser precedida de medidas rigorosas e eficazes de proteção, especialmente em relação aos dados sensíveis, que integram a dignidade da pessoa humana (MORAES; QUEIROZ, 2019).

Assim, a autora conclui que “não descumprir a lei não é suficiente; é preciso ‘proativamente’ prevenir a ocorrência de danos” (MORAES; QUEIROZ, 2019).

Não obstante, os juristas adeptos à teoria objetiva destacam as semelhanças entre os artigos do CDC e da LGPD, como, por exemplo, o art. 42, §2º da LGPD e o art. 6º, inciso VIII do CDC, que tratam da inversão do ônus da prova; o art. 43, com exceção do inciso II, e §3º do art. 12 do CDC, que tratam das hipóteses de exclusão de responsabilidade e não ocorrência de ato ilícito.

Assim, resta claro que a teoria objetiva visa a proteção integral do direito fundamental à privacidade dos titulares dos dados, tendo em vista que a atividade de tratamento de dados é uma atividade de risco.

CONCLUSÃO

O presente trabalho visou a análise do regime de responsabilidade civil adotado pela LGPD, tendo em vista que a referida lei, ao tratar da responsabilidade e reparação de danos nos seus arts. 42 a 45, não define, com clareza, qual regime de

responsabilidade civil foi adotado, tendo em vista que o *caput* do art. 42 não faz referência expressa à culpa (o que caracterizaria a adoção da responsabilidade subjetiva), bem como não faz referência expressa ao risco da atividade (o que caracterizaria a adoção da responsabilidade objetiva).

A primeira sessão delineou os conceitos, fundamentos e princípios necessários para a compreensão do tratamento de dados e de seus agentes, a fim de que fosse possível analisar o regime adotado pela referida lei.

Alguns dos fundamentos analisados, que garantem a proteção do titular, foram o respeito à privacidade; a autodeterminação informativa; a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem; e os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais.

Visando a proteção dos referidos fundamentos, a LGPD estabeleceu alguns princípios, dentre os quais, destacou-se a boa-fé, a finalidade, a necessidade, a segurança, a prevenção e a responsabilização e prestação de contas.

Na segunda sessão, analisou-se os argumentos utilizados pelos adeptos à teoria subjetiva, quais sejam a análise histórica de tramitação do projeto de lei, as diferenças entre a LGPD e o CDC e a existência de inúmeros padrões de tratamento de dados a serem seguidos pelos agentes de tratamento, cuja existência somente se justifica pela teoria subjetiva, fundada na culpa normativa.

Em seguida, analisou-se a teoria objetiva, cuja fundamentação se sustenta na análise dos princípios, fundamentos e objetivos da LGPD, das semelhanças entre a LGPD e o CDC e, principalmente, da teoria do risco da atividade.

Ao final do trabalho é possível concluir que a LGPD não versou expressamente sobre o regime de responsabilidade civil a ser aplicado aos seus agentes de tratamento quando da ocorrência de eventual incidente de segurança, razão pela qual ainda há muita discussão entre os juristas atuantes da área, mas sem conclusão efetiva de qual regime de responsabilidade foi adotado pela lei.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. Modernidade líquida. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2001.

BIONI, Bruno Ricardo. Proteção de Dados Pessoais: a função e os limites do consentimento. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

BIONI, Bruno; DIAS, Daniel. Responsabilidade civil na proteção de dados pessoais: construindo pontes entre a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e o Código de Defesa do Consumidor. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 9, n. 3, 2020. Disponível em: <http://civilistica.com/responsabilidade-civil-na-protECAo-de-dados-pessoais/>. Data de acesso 01/10/2022.

MORAES, Maria Celina Bodin de; QUEIROZ, João Quinelato de. Autodeterminação informativa e responsabilização proativa: novos instrumentos de tutela da pessoa humana na LGDP. In: *Cadernos Adenauer*, volume 3, Ano 2019.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, 2020b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

BRASIL. Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Brasília, 2020d. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm.

BRASIL. Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm

BRASIL. Lei nº 9.507, de 12 de novembro de 1997. Regula o direito de acesso a informações e disciplina o rito processual do habeas data. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 13 nov. 1997. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9507.htm>.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002.

BRASIL. Marco Civil Da Internet. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Brasília, 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm.

FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser et al. DIREITO FUNDAMENTAL À PRIVACIDADE: VAZAMENTO DE DADOS E A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS – LGPD E A RESPONSABILIDADE CIVIL. Grupo de Trabalho intitulado Direito Civil Contemporâneo II, do VI Encontro Virtual do CONPEDI (Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito), 2023. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbnmnnibpcajpcgliclefindmkaj/http://site.conpedi.org.br/publicacoes/4k6wgq8v/f72vuio1/7LtH9Ce5KDD28Nf9.pdf>. Acesso em: 10 out. 2023.

FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e Suas Repercussões no Direito Brasileiro. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, volume 1: Parte Geral. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 524.

GROSSI, Bernardo. Responsabilidade civil na LGPD: a culpa presumida relativa. MIGALHAS, 2023. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/385155/responsabilidade-civil-na-lgpd-a-culpa-presumida-relativa>. Acesso em: 09 de setembro de 2023.

GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde. Fundamentos do Direito Civil. v. 4 – Responsabilidade Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

MALDONADO, Viviane Nóbrega; BLUM, Renato Opice. LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais Comentada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/codigos/188730949/v4/page/RL->

MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo. Comentário à nova Lei de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018), o novo paradigma da proteção de dados no Brasil. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 120, p. 555, 2018.

MULHOLLAND, Caitlin. A LGPD e o fundamento da responsabilidade civil dos agentes de tratamento de dados pessoais: culpa ou risco? Transcrição de ROSENVALD, Nelson; CORREIA, Atala; MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; KHOURI, Paulo Roque; SCHAEFER, Fernanda. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.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 10 abr. 2022.

ROSENVALD, Nelson. A polissemia da responsabilidade civil na LGPD. *Migalhas*. [S. l.: s. n.], 06 nov. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-protecao-de-dados/336002/a-polissemia-da-responsabilidade-civil-na-lgpd>

SCHREIBER, Anderson. Responsabilidade Civil na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. *In*: MENDES, Laura Schertel Ferreira; BIONDI, Bruno Ricardo (coord.) *Tratado de proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

WARREN, Samuel D.; BRANDIES, Louis D.. The Right to Privacy, *Harvard Law Review*, Vol. 4, No. 5, pp. 193-220 (28 páginas), 15 de dezembro de 1890. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1321160>