

A responsabilidade civil na Lei Geral de Proteção de Dados brasileira: breves considerações sob a ótica da Análise Econômica do Direito

Tort Liability in the General Brazilian Data Protection Law: brief considerations on the Economic Analysis of Law

Ingrid Drumond Correia Alves¹

Sthéfano Bruno Santos Divino²

Resumo: A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) estabelece a aplicabilidade da responsabilidade civil em eventuais danos causados aos titulares de dados pessoais. Todavia, o legislador foi omissivo quanto ao regime de responsabilidade aplicável no âmbito da LGPD. Desse modo, por meio de um método analítico bibliográfico, analisam-se os instrumentos normativos que regem as relações de tratamento de dados e das controvérsias doutrinárias quanto ao tema. Inicialmente, foca-se na verificação dos aspectos jurídicos das normas, com averiguação da aplicação da teoria do risco e a teoria da culpa. Em um segundo momento, realiza-se breves considerações sob a ótica da Análise Econômica do Direito, com o objetivo de verificar qual modalidade de responsabilidade civil é capaz de fomentar a adoção de medidas de precaução e, por consequência, assegurar maior proteção aos direitos fundamentais dos titulares. Diante o analisado, a presente pesquisa conclui pela adoção da responsabilidade em sua modalidade subjetiva como a mais adequada para tutelar os danos advindos de incidentes de segurança atrelados à LGPD, visto que a própria legislação, em seu teor principiológico e sistemático fomenta a adoção das medidas protetivas e deveres de cuidados destinados à consecução da precaução .

Abstract: The Brazilian General Data Protection Law (Law No 13.709/2018 - LGPD) establishes the applicability of civil liability for eventual damages caused to the holders of personal data. Thus, the legislator was silent on the liability regime applicable under the LGPD. In this way, through a bibliographic analytical method, an analysis was carried out of the normative instruments that govern the relations of data treatment and the

¹ Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Lavras.

² Doutor e Mestre em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC-MG. Professor Adjunto do Curso de Direito do Centro Universitário de Lavras. Advogado.

doctrinal controversies on the subject. Initially, the research focused on verifying the legal aspects of the standards, with the investigation of the theory of risk and the theory of guilt and its application. In a second moment, an Economic Analysis of Law was carried out with the objective of verifying which type of civil liability is capable of promoting the adoption of precautionary measures and, consequently, ensuring greater protection of the fundamental rights of the holders. That said, the present research concluded that the subjective responsibility is the most appropriate to govern data processing relations, as it stimulates the adoption of protective measures and care duties provided under the LGPD.

Palavras-chave: Lei Geral de Proteção de Dados; Análise Econômica do Direito; Responsabilidade Civil

Keywords: General Data Protection Law; Economic Analysis of Law; Tort Liability

Sumário: 1. Big data, tratamento de dados e economia informacional; 2. Responsabilidade Civil dos agentes privados no âmbito da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD); 3. Aplicabilidade da Responsabilidade Civil sob a ótica da Análise Econômica do Direito.

Contents: 1. Big data, data processing and underground economy; 2. Civil liability of private agents under the Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD (General Data Protection Law – GDPL); 3. Applicability of Civil Liability from the perspective of Economic Analysis of Law.

1. Introdução

Conhecer o interesse dos usuários em relação a compra de determinados produtos ou suas preferências quanto a algum serviço é de suma importância para o sistema econômico, tendo em vista que estas informações orientam as ações do mercado, auxiliando a indústria a produzir o que os consumidores desejam. Ainda, com a auxílio desses dados, torna-se possível facilitar a forma como as grandes empresas direcionam suas publicidades, de maneira que possam atingir exatamente quem precisa ou possui interesse em seus produtos e serviços.

À vista disso, o *Big Data*, ou seja, o conjunto de dados variados que são cada vez maiores e complexos e que são fonte de muita informação acerca de determinados grupos de pessoas, pode evidenciar situações que demonstraram como o mal uso e ingerência desses dados podem ser um risco para direitos fundamentais e personalíssimos, tal como a privacidade e à imagem. Embora seja possível destacar o avanço decorrente desse cenário, é salutar investigar as variadas problemáticas que cercam o tema.

Observado esse impasse, a Lei de Proteção Geral de Dados surge com o intuito de estabelecer critérios para que a gerência dessas informações seja limitada ao que está previsto em norma e aos interesses de seus titulares. Com a pretensão de detalhar esse objetivo, apresenta-se os preceitos básicos e norteadores da LGPD, especialmente seus componentes que incidem sobre o *Big Data* e tutelam os direitos fundamentais dos indivíduos.

Nesse sentido, apresenta-se situações que demonstraram como o mal uso e ingerência desses dados podem ser um risco para direitos fundamentais e personalíssimos, tal como a privacidade e à imagem. Esse fator pode e deve ser colocado em pauta, pois a divulgação de informações pessoais dos usuários sem que haja um prévio consentimento é uma maneira de causar consideráveis danos a esses direitos.

Infortunadamente, ficará abalizado que, embora a LGPD tenha sido criada para regularizar o contexto supramencionado, a norma se torna inapta a responder qual modalidade da responsabilidade civil, objetiva ou subjetiva, deverá ser utilizada quanto ao assunto. Assim o é, pois, a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) foi omissa no que tange à modalidade de Responsabilidade Civil quando da ocorrência de incidentes de segurança. Dessa forma, o problema de pesquisa deste artigo se resume no seguinte questionamento: qual a forma ou a modalidade de responsabilidade civil mais adequada a ser aplicada na LGPD? Para tanto, objetiva-se contextualizar a problemática mediante breve demonstração da economia informacional regida pelo Big Data. Em outros termos, pretende-se partir de um olhar que evidencie incidentes de seguranças que ocorreram e podem ocorrer com o incremento da inovação tecnológica e com o aumento do uso da internet mediante observação de um movimento exponencial para a armazenagem de dados dos indivíduos.

Portanto, pretende-se iniciar com uma análise lógica da problemática que precisa ser efetivamente discutida e solucionada para assegurar a efetiva execução da norma. Ademais, frente ao número de dados que não param de crescer, acredita-se que o tema

seja de grande relevância para a atual realidade brasileira, sendo urgente a atuação legislativa frente a velocidade das informações causada pela tecnologia.

Destarte, o período analisado será do ano de 2017 até os dias atuais, observando a problemática e o período de criação da LGPD onde foi reunido material suficiente para a construção da pesquisa, sendo a pesquisa bibliográfica integrada a metodologia utilizada para expor e compreender o quadro apresentado. Posteriormente, objetiva-se analisar a temática com breves considerações aos preceitos basilares da Análise Econômica do Direito, buscando-se demonstrar e trazer uma resposta adequada para a lacuna normativa. Neste ponto, apresenta-se noções e opções condizentes e coerentes com a norma em análise.

Em conclusão, considerando a importância do tema e a urgência por resolução que se agrava frente à velocidade da era digital, e, destacando a aplicação da responsabilidade civil como forma de prevenir danos e incentivar a adoção de mecanismos de prevenção, o assunto precisa ser discutido e apreciado para, então, haver a possibilidade de sanar as rachaduras deixadas pela LGPD.

2. Big data, tratamento de dados e economia informacional

Na contemporaneidade, o contexto socioeconômico é regido pelo fluxo de informações virtuais que permeiam o cotidiano da sociedade. Desse modo, os indivíduos encontram-se cada vez mais imersos em comunidades virtuais e, por consequência, fornecem a todo momento os dados pessoais³ para acessarem as plataformas digitais e para usufruírem das benesses fornecidas pela internet.⁴

Todo esse cenário encontra-se inserido em uma sociedade capitalista, de modo que a economia informacional ganha centralidade no desenvolvimento da atividade econômica e na organização social.⁵ Verifica-se, assim, um contexto de monetização⁶ dos

³ Compreende-se como dados pessoais quaisquer informações relacionadas à pessoa natural identificada ou passível de identificação, nos termos do inciso I do art. 5^a da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD).

⁴ NOVASKI, André; NASPOLINI, Samyra. Responsabilidade Civil na LGPD: Problemas e soluções. *Compedi Law Review*, n. 1, v. 6. Florianópolis: 2020.

⁵ CASTELLS, Manuel. *A Sociedade em Rede: A era da informação: economia, sociedade e cultura*. São Paulo: Paz e Terra, 1999, v. 1.

⁶ “A monetização de informações é o processo pelo qual ocorre a transformação de dados em mercadorias que gerem interesse de terceiros e sobre os quais haverá rentabilidade para o responsável pela sua coleta e/ou tratamento”. (ADJEL, Joseph K. *Monetization of Personal Identity Information: Technological and Regulatory Framework*. *IEEE Computer Society Washington*, [s.n], [s.v.]. Washington: 2015, p. 2. Disponível em: <https://bit.ly/3p6547V>. Acesso em: 09 jul. 2022).

dados pessoais, em que esses dados são coletados e utilizados para influenciar na tomada de decisão do indivíduo⁷ e que, de certa forma, podem ser utilizadas para facilitar e direcionar a venda de produtos ou serviços específicos para cada usuário, levando-se em consideração as especificidades pessoais. Desse modo, por consequência, os usuários das plataformas digitais significam verdadeiros insumos para realização de novos negócios e obtenção de lucro.

Cite-se, por exemplo, um caso emblemático da *Caesars Entertainment Operating Co.*, em que após o pedido de falência da empresa, o principal ponto de disputa entre os credores foi o programa de fidelidade dos clientes, denominado como *Caesar's Total Rewards Loyalty Program*. Nesse contexto, estima-se que a empresa tinha domínio sobre dados pessoais de mais de 45 (quarenta e cinco) milhões de pessoas, com valor avaliado em US\$ 1 bilhão, correspondente a cerca de 17% da totalidade dos ativos operacionais.⁸

Assim, a coleta de dados pode ser utilizada para instrumentalizar e fomentar o consumo de algum produto e pode representar o próprio objeto da transação econômica, ou seja, quando os dados coletados são repassados para terceiros em troca de uma contraprestação pecuniária.⁹

Diante dessa tendência, a quantidade de dados gerados via internet está aumentando consideravelmente, contexto em que se estima mais de 2,5 quintilhões de bytes de dados gerados diariamente em um contexto mundial.¹⁰ Nessa toada, o *Big Data*¹¹ se insere como uma revolução referente a coleta e o processamento de um grande volume e diversidade de dados, ocasionando a obtenção de informações em uma alta velocidade.

⁷ “O cookie gera um id (identidade digital) que fica gravado no browser do usuário. Conforme navega, o cookie redireciona para a página da Google todo o trajeto que ele fez na internet. Como resultado, um site que usa a ferramenta Google Analytics reconhece o cookie dessa pessoa e pode saber se é um consumidor ou potencial consumidor do seu produto”. (LUCCA, Roberta De. Como os algoritmos são utilizados para influenciar consumidores. *TMJuntos*, São Paulo, jan. 2022. Disponível em: <https://bit.ly/3QAYHFC>. Acesso em: 06 ago. 2022).

⁸ TODD, Steve. O valor dos dados em um mundo impulsionado por informações. *Mundo Digital*, [s.l.], 23 out. 2015. Disponível em: <https://bit.ly/3CoeSIj>. Acesso em: 04 ago. 2022.

⁹ MODESTO, Jéssica Andrade. Breves Considerações acerca da monetização de dados pessoais na economia informacional à luz da Lei Geral de Proteção de Dados. *Revista de Direito, Governança e Novas Tecnologias*, n. 1, v. 6. Florianópolis: 2020.

¹⁰ DATA Never Sleeps. *DOMO*, American Fork, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3QvPJcw>. Acesso em: 05 ago. 2022.

¹¹ “Big Data é um termo que descreve grandes volumes de dados de alta velocidade, complexos e variáveis que requerem técnicas e tecnologias avançadas para permitir a captura, o armazenamento, a distribuição, o gerenciamento e a análise das informações”. (TECHAMERICA FOUNDATION'S FEDERAL BIG DATA COMMISSION. *Demystifying Big Data: A Practical Guide To Transforming The Business of Government*. *Techamerica Foundation's*, [s.n.], [s.v.]. Washington: 2012, p. 10. Disponível em: <https://bit.ly/3JRD5m3>. Acesso em: 05 jul. 2022.)

Nessa conjuntura, o *Big Data* representa uma ferramenta capaz de auxiliar a relação entre a empresa e o consumidor, bem como na elaboração de políticas públicas. Afinal, a análise de um grande volume de dados possibilita a identificação de padrões comportamentais que delimitam perfis, desejos, insatisfações e necessidades individuais.

No âmbito das relações privadas, a identificação de perfis dos consumidores e a possibilidade de prever comportamentos, contribui para que a empresa ofereça produtos e serviços personalizados capazes de suprir as necessidades de um perfil de consumidor específico, facilita o relacionamento e a forma de abordar o cliente, realização de um gerenciamento de risco com informações mais contundentes, dentre outras inúmeras possibilidades de aprimorar a relação entre empresa e consumidor.¹²

Concomitantemente, no âmbito das políticas públicas do Estado, os dados coletados podem funcionar como insumos empíricos capazes de fornecer informações baseadas em evidências que demonstram a conjuntura social, as diferenças entre os grupos populacionais, qualidade de vida dos indivíduos, acesso ao serviço público, dentre outros.¹³ Desse modo, as informações coletadas podem funcionar como uma ferramenta capaz de orientar a gestão pública, na utilização dos dados para elaboração e realização dos projetos e possibilita avaliar a eficiência após a implementação da política pública desenvolvida.¹⁴

Verifica-se, portanto, um cenário social com consideráveis impactos decorrentes do *Big Data* e do desenvolvimento da economia informacional, motivo pelo qual há o constante aprimoramento dos instrumentos capazes de captar os dados dos usuários. Nesse contexto, a imposição de limites e regras referentes à utilização do *Big Data* torna-se necessária, diante da possibilidade de interferência na efetivação de direitos fundamentais.¹⁵

¹² SANTOS, Carlos; CARVALHO, Felipe. *Privacidade e proteção de dados na era do big data*. 32 p. Monografia (Graduação em Direito) - Universidade Federal de Fluminense, Rio de Janeiro, 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3Pfoejv>. Acesso em: 06 ago. 2022.

¹³ Como por exemplo, padrões e mudanças das famílias e dos diferentes grupos populacionais, da melhoria das condições de vida, dos níveis de desigualdade e oportunidades, dos déficits setoriais.

¹⁴ GONÇALVES, Guilherme Simões; OLIVEIRA, Giulia Izabelle. Uso de dados em políticas públicas. *Sigalei*, São Paulo, 3 jun. 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3BWoqnx>. Acesso em: 05 de agosto de 2022.

¹⁵ CERVANTES, Vinicius; RODRIGUES, David. Big Data e proteção de dados: o desafio está lançado. *Atena*, [s.n.], [s.v.]. Ponta Grossa: 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3PeXbb3>. Acesso em: 06 ago. 2022.

Dessa forma, considerando a incapacidade legislativa para lidar com a matéria, a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) foi promulgada objetivando instituir um regime jurídico eficaz para responsabilizar e delimitar as obrigações dos agentes de tratamento de dados.

Assim, a LGPD se apresenta como um contraponto à tendência capitalista de monetização dos dados pessoais de forma ilimitada, contexto em que a regulamentação almeja a concretização do direito fundamental à proteção de dados¹⁶ fornecendo instrumentos jurídicos voltados para proteção material da autodeterminação informativa.¹⁷

Isto posto, compreende-se que todos os dados pessoais são abrangidos pela proteção ao direito à autodeterminação informativa, contexto em que apenas o próprio titular dos dados possui a prerrogativa de decidir sobre sua coleta, processamento e transmissão.¹⁸ Há, portanto, a ideia de conceder e respeitar o poder do titular quanto a utilização e fornecimento dos seus próprios dados.¹⁹

Verifica-se que o objetivo precípua da LGPD é conceder a proteção de dados em diversas circunstâncias e resguardar uma variedade de direitos dos seustitulares, levando-se em consideração que eventuais incidentes de segurança representam ofensa a direitos fundamentais do indivíduo.²⁰

¹⁶ BRASIL. *Emenda nº. 115*, de 10 de fevereiro de 2022. Altera a Constituição Federal para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais e para fixar a competência privativa da União para legislar sobre proteção e tratamento de dados pessoais. Brasília, Diário Oficial da União, 2022. Disponível em: <https://bit.ly/3Pagwdd>. Acesso: 10 ago. 2022.

¹⁷ BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco; NASPOLINI, Samyra Haydêe Dal Farra. Proteção de informações no mundo virtual: a LGPD e a determinação de consentimento do titular para tratamento de dados pessoais. *Cadernos Adenauer*, Rio de Janeiro, [s.v.], n. 3, p. 137-155, 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3dku2xT>. Acesso: 10 ago. 2022.

¹⁸ MENDES, Laura Schertel Ferreira. Autodeterminação informativa: a história de um conceito. *Pensar*, Fortaleza, v. 25, n. 4, p. 1-18, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3BWWsrY>. Acesso em: 05 ago. 2022.

¹⁹ Nessa conjuntura, nos termos do art. 2^a da Lei Geral de Proteção de Dados, a elaboração de normas que regulam a proteção dos dados pessoais possui como fundamento: 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.

²⁰ “[...] um incidente de segurança com dados pessoais é qualquer evento adverso confirmado, relacionado à violação na segurança de dados pessoais, tais como acesso não autorizado, acidental ou ilícito que resulte na destruição, perda, alteração, vazamento ou ainda, qualquer forma de tratamento de dados inadequada ou ilícita, os quais possam ocasionar risco para os direitos e liberdades do titular dos dados pessoais”. (INCIDENTES de segurança com dados pessoais e sua avaliação para fins de comunicação à ANDP. *Governo Federal*, online, 22 jul. 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3SHqXrE>. Acesso em: 09 ago. 2021). Nesse contexto, cumpre esclarecer a diferenciação entre vazamento de dados e incidente de segurança, visto que: “[...] sejam os ‘vazamentos’ considerados espécie do gênero ‘incidente de segurança’ - como sugere a ANPD - ou uma categoria sui generis de ilícito relativo a dados pessoais, fato é que sua ocorrência será determinada pela concretude danosa de natureza patrimonial, moral, individual ou coletiva (art. 42), catalisada pela irregularidade da atividade de tratamento, cuja aferição não deverá se pautar por qualquer espécie de culpa,

Ante o exposto, para verificar a importância da adoção de mecanismos capazes de proteger os dados pessoais, cumpre trazer à baila casos emblemáticos em que se constata incidentes de segurança cuja consequência foi a divulgação não autorizada de dados pessoais de milhões de brasileiros.

Em dezembro de 2020, em razão das falhas de segurança do sistema do Ministério da Saúde, os dados pessoais de milhões de brasileiros, inscritos no Sistema Único de Saúde (SUS), ficaram expostos na internet. Por essa razão, informações como nome completo, número do CPF e endereço estavam disponíveis para qualquer usuário que realizasse uma consulta no banco de dados.²¹

Outro caso de notoriedade social se refere a denominada “Operação *Deepwater*”, em que a Autoridade Nacional de Dados (ANPD) solicitou à Polícia Federal a abertura de uma investigação, em razão do vazamento de dados de mais de 223 milhões de brasileiros, 40 milhões de CNPJs e 104 milhões de registro de veículos.²² Contexto em que não há conhecimento da fonte das informações vazadas, tornando a situação ainda mais complexa de ser solucionada.²³

Por fim, também é importante delinear sobre o vazamento dos dados pessoais dos clientes da *Netshoes*, que ocasionou a exposição de dados como nome completo, CPF, e-mail e histórico de compras de aproximadamente 2 (dois) milhões de clientes da empresa.²⁴ Em razão das especificidades desse caso, a empresa optou por realizar um acordo com o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT) em que se comprometeu a efetuar o pagamento de R\$ 500 mil à título de indenização por danos morais coletivos.²⁵

mas pela identificação casuística das situações acidentais ou ilícitas (art. 46) que permitam concluir, a partir de circunstâncias objetivas (art. 44, I a III), que o tratamento realizado, em qualquer de suas etapas, até mesmo após o término (art. 47), não oferece a segurança esperada pelo titular (arts. 44, caput, e 49), e desde que o nexos causal não seja excepcionalmente afastado (art. 43)”. (JÚNIOR, José Luiz Moura Faleiros. O que é, afinal, um “vazamento” de dados? *Migalhas*, online, 10 set. 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3Ae37Nj>. Acesso em: 09 ago. 2022).

²¹ ARAGÃO, Alexandre. 5 grandes vazamentos de dados no Brasil - e suas consequências. *Jota*, São Paulo, 28 jan. 2022. Disponível em: <https://bit.ly/3QwDBI9>. Acesso em: 05 ago. 2022.

²² APÓS megavazamento, dados de 40 mil pessoas e 23 mil empresas já circulam na internet. *Gazeta do povo*, Curitiba, 29 jan, 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3QA3mr4>. Acesso em: 05 ago. 2022.

²³ ARAGÃO, Alexandre. 5 grandes vazamentos de dados no Brasil - e suas consequências. *Jota*, São Paulo, 28 jan. 2022. Disponível em: <https://bit.ly/3QwDBI9>. Acesso em: 05 ago. 2022.

²⁴ VAZAMENTO de dados netshoes, 2,5 milhões de clientes. *Associação Nacional dos Profissionais de Privacidade de Dados*, São Paulo. Disponível em: <https://bit.ly/3QBxfmq>. Acesso em: 05 ago. 2022.

²⁵ DANTAS, Thaile. Netshoes terá de pagar R\$ 500 mil por vazamento de dados de milhões de clientes. *Jusbrasil*, online, 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3PfuA5s>. Acesso em: 05 ago. 2022.

Diante dos casos expostos, é possível perceber uma similaridade entre eles, qual seja: a ocorrência de incidentes de segurança capazes de ocasionar violação aos direitos do titular dos dados pessoais.

Ante Dessa forma, observa-se a importância de regulamentar o tratamento de dados pessoais em um contexto de economia informacional e desenvolvimento do *Big Data*, com o objetivo de evitar a violação dos direitos do indivíduo Assim, pontua-se que no âmbito das relações de proteção de dados, é possível identificar quatro papéis principais a serem assumidos pelos envolvidos na relação,²⁶ sendo eles: I) titular dos dados pessoais; II) controlador; III) operador e IV) autoridade de proteção de dados.²⁷

Verifica-se, portanto, que o titular de dados pessoais é o objeto central de proteção de toda a sistemática desenvolvida pela Lei Geral de Proteção de Dados. Nesse contexto, a manifestação expressa do consentimento²⁸ do titular representa requisito essencial para legitimidade da relação entre este e os agentes de tratamento de dados.²⁹ Há, portanto, uma intenção do legislador em atribuir ao indivíduo participação ativa quanto ao fluxo e utilização das suas informações pessoais.

Simultaneamente, os agentes de tratamento de dados assumem posição indispensável para eficácia da Lei Geral de Proteção de Dados, visto que o controlador e o operador que são os responsáveis pelo tratamento dos dados e pela utilização dos mesmos.³⁰ Entretanto, apesar da atuação conjunta, os agentes assumem posições diversas no que tange o processo de tratamento dos dados pessoais.

Vejamos, nos termos do art. 5^a da LGPD, o controlador figura no centro da cadeia de tratamento de dados, sendo o responsável pelas questões que a envolvem e, consequentemente, por determinar as diretrizes responsáveis por orientar o operador na

²⁶ Nos termos do art. 5º da Lei Geral de Proteção de Dados, considera-se: V - titular: pessoa natural a quem se referem os dados pessoais que são objeto de tratamento; VI - controlador: pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais; VII - operador: pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador; XIX - autoridade nacional: órgão da administração pública responsável por zelar, implementar e fiscalizar o cumprimento desta Lei em todo o território nacional.

²⁷ BRASIL. *Lei nº 13.709*, de 14 de agosto de 2018. Institui a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Brasília, Diário Oficial da União, 2018. Disponível em: <https://bit.ly/3PhEMdw>. Acesso em: 05 ago. 2022.

²⁸ Nos termos do art. 5º, XII da Lei Geral de Proteção de Dados, o consentimento significa: manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada.

²⁹ Nos termos do art. 5º, IX, da Lei Geral de Proteção de Dados, os agentes de tratamento são: o controlador e o operador.

³⁰ MELLO, Ana Paula; MIRAMONTES, Giovanna. LGPD: agentes de tratamento, responsável e ANPD. *Cadernos jurídicos da faculdade de direito de Sorocaba*, Sorocaba, n. 1, v. 3, p. 73-80, 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3bKiPpT>. Acesso em: 07 ago. 2022.

realização da manipulação dos dados. Desse modo, o operador atua na forma determinada pelo controlador e conforme as decisões tomadas por este, nos termos do art. 39 da LGPD.³¹

Observa-se, então, que o controlador assume posição hierarquicamente superior em relação ao operador, contexto em que o poder de decisão configura elemento essencial que diferencia os agentes de tratamento de dados.³² Entretanto, a legislação não exige o operador da necessidade de verificar se as práticas adotadas para o tratamento de dados estão em consonância com a legislação, sob pena de responsabilidade do agente.

Nessa conjuntura, em que pese as características distintas de ambos, a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) atribui determinadas obrigações similares tanto para o operador quanto para o controlador. Perceba-se, ambos são responsáveis pela adoção de medidas de segurança capazes de proteger os dados pessoais do titular e por assegurar que eles não serão acessados por terceiros, bem como não serão objeto de situações acidentais ou ilícitas. Neste mesmo sentido, o art. 37 da LGPD imputa o dever, do controlador e do operador, de registrar as operações realizadas para tratamento de dados.³³

Também é importante trazer à baila que diante da posição de superioridade assumida pelo controlador, a LGPD atribui obrigações específicas a ele. Primeiramente, é necessário considerar que o controlador é o agente que detém o consentimento do titular, motivo pelo qual ele é o responsável por gerenciar as atividades relacionadas ao tratamento de dados.³⁴ Dessa forma, por consequência, é do operador o ônus de provar que o consentimento do titular foi obtido em conformidade com a lei,³⁵ bem como informar ao titular dos dados pessoal eventual alteração da finalidade para o tratamento dos dados.³⁶

³¹ De acordo com o art. 39 da Lei Geral de Proteção de Dados, o operador deverá realizar o tratamento segundo as instruções fornecidas pelo controlador, que verificará a observância das próprias instruções e das normas sobre a matéria.

³² MELLO, Ana Paula; MIRAMONTES, Giovanna. LGPD: agentes de tratamento, responsável e ANPD. *Cadernos jurídicos da faculdade de direito de Sorocaba*, Sorocaba, n. 1, v. 3, p. 73-80, 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3bKiPpT>. Acesso em: 07 ago. 2022.

³³ BRASIL. *Lei nº 13.709*, de 14 de agosto de 2018. Institui a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Brasília, Diário Oficial da União, 2018. Disponível em: <https://bit.ly/3AaQHpe>. Acesso em: 05 ago. 2022.

³⁴ PINHEIRO, Patricia Peck. *Proteção de dados pessoais: comentários à Lei n. 13.709/2018 (LGPD)*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

³⁵ De acordo com o art. 8º, §2º, da Lei Geral de Proteção de Dados, cabe ao controlador o ônus da prova de que o consentimento foi obtido em conformidade com o disposto nesta Lei.

³⁶ De acordo com o art. 9º, §2º, da Lei Geral de Proteção de Dados na hipótese em que o consentimento é requerido, se houver mudanças da finalidade para o tratamento de dados pessoais não compatíveis com o consentimento original, o controlador deverá informar previamente o titular sobre as mudanças de finalidade, podendo o titular revogar o consentimento, caso discorde das alterações.

Do texto normativo aqui debatido, também é possível extrair a obrigatoriedade da transparência quanto ao tratamento de dados, contexto em que os dados podem ser utilizados somente para atingir finalidades legítimas e desde que assegurado que o tratamento ocorrerá apenas em face dos dados estritamente necessários para a finalidade pretendida.³⁷

Acrescenta-se, a esse contexto, a responsabilidade do controlador de informar ao titular dos dados e à autoridade nacional eventual incidente segurança capaz de representar riscos ou ensejar a ocorrência de danos aos titulares.³⁸

Ante o articulado, é possível observar que o desenvolvimento do *Big Data* e da economia informacional está intrinsecamente relacionado a função exercida pelo controlador e pelo operador, visto que são eles os responsáveis pelo tratamento dos dados pessoais e pela adoção dos mecanismos de segurança. Dessa forma, eles figuram no centro da relação com a função precípua de assegurar a adoção de medidas de segurança e técnicas capazes de resguardar os direitos do titular dos dados pessoais, ou seja, evitar a ocorrência de quaisquer incidentes de segurança.

Nessa conjuntura, a Lei Geral de Proteção de Dados determina as obrigações e as hipóteses de responsabilização dos agentes, levando em consideração as diferenças e similaridades entre eles, com o objetivo de maximizar a eficácia da lei e evitar a ocorrência de incidentes de segurança.

Assim sendo, a responsabilidade civil surge como um regime jurídico aplicável nas hipóteses que envolvam a ocorrência de danos decorrentes do tratamento dos dados pessoais, tratando-se de uma das formas corretivas aplicadas pela legislação.

³⁷ Conforme o art. 10, I e II, §§1º, 2º e 3º, da Lei Geral de Proteção de Dados, o legítimo interesse do controlador somente poderá fundamentar tratamento de dados pessoais para finalidades legítimas, consideradas a partir de situações concretas, que incluem, mas não se limitam a: I - apoio e promoção de atividades do controlador; e II - proteção, em relação ao titular, do exercício regular de seus direitos ou prestação de serviços que o beneficiem, respeitadas as legítimas expectativas dele e os direitos e liberdades fundamentais, nos termos desta Lei. §1º Quando o tratamento for baseado no legítimo interesse do controlador, somente os dados pessoais estritamente necessários para a finalidade pretendida poderão ser tratados. §2º O controlador deverá adotar medidas para garantir a transparência do tratamento de dados baseado em seu legítimo interesse. §3º A autoridade nacional poderá solicitar ao controlador relatório de impacto à proteção de dados pessoais, quando o tratamento tiver como fundamento seu interesse legítimo, observados os segredos comercial e industrial.

³⁸ Conforme o artigo 48, da Lei Geral de Proteção de Dados, o controlador deverá comunicar à autoridade nacional e ao titular a ocorrência de incidente de segurança que possa acarretar risco ou dano relevante aos titulares.

3. Responsabilidade Civil dos agentes privados no âmbito da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD)

À luz do exposto, observa-se que a atual dinâmica social exige a adoção de medidas capazes de resguardar os direitos pertencentes aos titulares dos dados pessoais. Nessa toada, a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) institui uma série de obrigações aos agentes de tratamento de dados e determina a aplicabilidade da responsabilidade civil em hipóteses que se verificar a ocorrência de danos ao indivíduo, os quais sejam decorrentes do exercício da atividade de tratamento de dados pessoais.³⁹

Nessa conjuntura, cumpre trazer à baila que as obrigações são entendidas como um dever jurídico originário.⁴⁰ Dessa forma, eventual descumprimento desse dever, enseja a aplicação da responsabilidade civil, a qual se entende como um dever jurídico sucessivo aplicável em razão do descumprimento do dever jurídico originário.⁴¹ Verifica-se, portanto, que a responsabilidade surge quando ocorre a violação de um dever jurídico antecedente, ou seja, de uma obrigação que neste caso é legalmente imposta.

Inserir-se, nesse contexto, uma divergência quanto a modalidade de responsabilidade civil aplicável no âmbito da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), em razão da omissão legislativa quanto a especificidade da matéria. Desse modo, se discute a exigência ou não da demonstração da culpa⁴² do agente, para que haja a imputação do dever de indenizar, quando verificada a ocorrência de dano.

Primeiramente, cumpre trazer à baila que a teoria clássica determina o preenchimento de três pressupostos para aplicabilidade da responsabilidade civil, sendo eles: I) existência de dano; II) culpa do agente; II) nexo de causalidade.⁴³ Essa hipótese se trata da responsabilidade civil subjetiva, em que a demonstração da culpa configura elemento nuclear para responsabilização do agente.

³⁹ Segundo o art. 42, da Lei Geral de Proteção de Dados, 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.

⁴⁰ De acordo com Carlos Roberto Gonçalves, “As fontes das obrigações previstas no Código Civil são: a vontade humana (os contratos, as declarações unilaterais da vontade e os atos ilícitos) e a vontade do Estado (a lei).” (GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2022, p. 25).

⁴¹ FILHO, Sérgio Cavalieri. *Programa de Responsabilidade Civil*. 15. ed. São Paulo: Grupo Gen, 2011. Disponível em: <https://bit.ly/3pqu6z3>. Acesso em: 07 ago. 2022.

⁴² A palavra culpa está sendo aqui empregada em sentido amplo, *lato sensu*, para indicar não só a culpa *stricto sensu*, como também o dolo.

⁴³ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2022. Disponível em: <https://bit.ly/3CaNUoX>. Acesso em: 07 ago. 2022.

Desse modo, a responsabilidade civil subjetiva só incide naquelas hipóteses em que a vítima for capaz de demonstrar a culpa do causador do dano. Nessa toada, o artigo 186⁴⁴ do Código Civil de 2002 prevê a demonstração da culpa como requisito para incidência da responsabilidade civil.

Em sentido contrário, com amparo na teoria do risco, a responsabilidade civil objetiva se insere no ordenamento jurídico pátrio como instituto que dispensa a demonstração da culpa do agente, tornando-se suficiente a existência de um evento danoso e do nexo de causalidade⁴⁵. Nessa hipótese, o objetivo central da responsabilidade civil não é penalizar a conduta de determinado agente, mas assegurar a reparação do dano à vítima, contexto em que a demonstração da culpa é dispensável, em razão do potencial lesivo da própria natureza da atividade exercida pelo agente.⁴⁶

Isto posto, entende-se como risco o reconhecimento da potencialidade da ocorrência do dano em razão da atividade exercida, motivo pelo qual é imputado o dever de indenizar independentemente da demonstração da culpa. Assim sendo, “resolve-se o problema na relação de causalidade, dispensável qualquer juízo de valor sobre a culpa do responsável, que é aquele que materialmente causou o dano”.⁴⁷

Nessa conjuntura, assim como ocorre na responsabilidade civil subjetiva, o Código Civil de 2002 também prevê hipóteses da aplicação da responsabilidade civil objetiva, conforme se verifica nos termos do art. 927⁴⁸ do Código Civil.

Sobre essa temática, em razão da omissão do legislador quanto a modalidade de responsabilidade civil aplicável no âmbito da LGPD, a qual se encontra disciplinada na seção III entre os artigos 42 a 45 da LGPD, há discussões em torno dessa questão. Dessa

⁴⁴ Art. 186. do Código Civil: Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

⁴⁵ FILHO, Sérgio Cavalieri. *Programa de Responsabilidade Civil*. 15. ed. São Paulo: Grupo Gen, 2011. Disponível em: <https://bit.ly/3pqu6z3>. Acesso em: 07 ago. 2022.

⁴⁶ PORTO, Antônio José Maristrello; SILVA, Maria Eduarda Vianna. Lei geral de proteção de dados pessoais: uma análise econômica sobre o seu regime de responsabilidade. *Economic analysis of law review*, n. 2, v. 11 Brasília, 2020.

⁴⁷ FILHO, Sérgio Cavalieri. *Programa de Responsabilidade Civil*. 15. ed. São Paulo: Grupo Gen, 2011, p. 227. Disponível em: <https://bit.ly/3pqu6z3>. Acesso em: 07 ago. 2022.

⁴⁸ O art. 927 dispõe que “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, *independentemente de culpa*, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.” (grifo nosso). Assim, observa-se que o dispositivo legal supracitado é claro ao determinar a aplicação da responsabilidade civil objetiva apenas nos casos em que houver expressa previsão legal ou quando a atividade desenvolvida pelo agente representar risco para os direitos de outrem.

forma, cumpre trazer à baila que os artigos supracitados não mencionam expressamente risco ou culpa, motivo pelo qual verificar o regime de responsabilidade civil exige uma análise sistemática relacionada ao tratamento de dados pessoais.

Assim sendo, pontua-se que a Lei Geral de Proteção de Dados se trata de instrumento normativo principiológico. Dessa forma, o art. 6^a da LGPD funciona como ferramenta essencial para interpretação da sistemática da lei e análise da responsabilidade civil aplicável.

É necessário explanar que o controlador e o operador são os agentes determinados pela lei como responsáveis por reparar eventuais danos causados aos titulares de dados pessoais, em razão da atividade exercida por eles.⁴⁹ Simultaneamente, a LGPD determina em seu art. 42, §1º, I, a imputação da responsabilidade solidária entre os agentes, quando verificado que o operador descumpriu a legislação ou não agiu em conformidade com as determinações do controlador.⁵⁰

Nessa conjuntura, o entendimento doutrinário que defende a imputação da responsabilidade civil subjetiva no âmbito da LGPD, pauta-se na interpretação de que a lei impõe uma série de condutas aos agentes de tratamento de dados, contexto em que apenas em razão da inobservância dessas determinações seria possível se falar em dever de indenizar e ressarcir os danos.⁵¹ Assim, entende-se que o julgador deve verificar se o agente de tratamento de dados violou os deveres determinados em lei. Desse modo, caso não seja comprovada nenhuma violação, não estaria o agente obrigado a reparar os danos.

⁴⁹ Art. 42. do Código Civil: 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.

⁵⁰ Art. 42. do Código Civil: 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.

§ 1º A fim de assegurar a efetiva indenização ao titular dos dados:

I - o operador responde solidariamente pelos danos causados pelo tratamento quando descumprir as obrigações da legislação de proteção de dados ou quando não tiver seguido as instruções lícitas do controlador, hipótese em que o operador equipara-se ao controlador, salvo nos casos de exclusão previstos no art. 43 desta Lei;

II - os controladores que estiverem diretamente envolvidos no tratamento do qual decorreram danos ao titular dos dados respondem solidariamente, salvo nos casos de exclusão previstos no art. 43 desta Lei.

⁵¹ PORTO, Antônio José Maristrello; SILVA, Maria Eduarda Vianna. *Lei geral de proteção de dados pessoais: uma análise econômica sobre o seu regime de responsabilidade*. Economic analysis of law review, n. 2, v. 11. Brasília: 2020.

Nessa toada, destaca-se o capítulo VI da LGPD denominado como “Da segurança e das boas práticas”. Assim sendo, defensores⁵² da aplicabilidade da responsabilidade civil subjetiva aduzem a ausência de necessidade de instituir deveres e *standards* de conduta a serem adotadas pelo agente de tratamento de dados, caso fosse aplicada a responsabilidade civil objetiva no âmbito da LGPD. Nesse entendimento, “só faz sentido prever tais deveres se o propósito for verificar a conduta dos agentes em conformidade com a LGPD”.⁵³

Ressalta-se, ainda, que o art. 43 da LGPD elenca hipóteses em que os agentes de tratamento não serão responsabilizados, sendo elas: I) não realizarem o tratamento de dados pessoais que lhes é atribuído; II) não violar a legislação de proteção de dados e III) quando o dano for decorrente de culpa exclusiva do titular dos dados ou de terceiros.⁵⁴ Sobre o dispositivo legal supracitado, há entendimento que o interpreta como mecanismo que baseia a excludente da responsabilidade na verificação da culpa do agente, haja vista que na hipótese de comprovação do cumprimento das determinações legais, não há aplicação da responsabilidade civil.⁵⁵

Nesse inciso II, o legislador afirma, a grosso modo, que, ainda que exista nexos causal entre a conduta do agente e o dano, se ele conseguir provar que cumpriu todos os deveres impostos pela LGPD, tomando as medidas de segurança recomendadas (cumprindo programas, políticas internas, procedimentos, mecanismos de supervisão, internos e externos, padrões técnicos etc.), não será responsabilizado. Nessas circunstâncias, o agente terá demonstrado que observou o *standard* esperado e, se o incidente ocorreu, não foi em razão de sua conduta culposa. O inciso II reflete, portanto, o regime subjetivo de responsabilidade, adotado pela LGPD, porque está intrinsecamente

⁵² PORTO, Antônio José Maristrello; SILVA, Maria Eduarda Vianna. *Lei geral de proteção de dados pessoais: uma análise econômica sobre o seu regime de responsabilidade*. *Economic analysis of law review*, n. 2, v. 11. Brasília, 2020; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; MEIRELES, Rose Melo Vencelau. Término do tratamento de dados. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.); FRAZÃO, Ana (Coord.); OLIVA, Milena Donato (Coord.). *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais*. São Paulo: Editora RT, 2019.; COTS, Márcio; OLIVEIRA, Ricardo. *Lei Geral de Proteção de Dados comentada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 175.

⁵³ PORTO, Antônio José Maristrello; SILVA, Maria Eduarda Vianna. *Lei geral de proteção de dados pessoais: uma análise econômica sobre o seu regime de responsabilidade*. *Economic analysis of law review*, n. 2, v. 11. Brasília: 2020, p. 291.

⁵⁴ Art. 43 da Lei Geral de Proteção de Dados: 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.

⁵⁵ GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; MEIRELES, Rose Melo Vencelau. Término do tratamento de dados. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.); FRAZÃO, Ana (Coord.); OLIVA, Milena Donato (Coord.). *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais*. São Paulo: Editora RT, 2019, p. 231.

vinculado ao elemento culpa e, exatamente por isso, sua redação não se assemelha à do Código de Defesa do Consumidor.⁵⁶

Em sentido contrário, é possível visualizar interpretação diversa quanto ao art. 43 da LGPD. Desse modo, o *caput*⁵⁷ do dispositivo legal supracitado é capaz de demonstrar que a responsabilização objetiva do agente é regra no âmbito do tratamento de dados, haja vista que a legislação delimitou hipóteses específicas capazes de excluir a imputação da responsabilidade civil.⁵⁸ Assim, entende-se que a verificação da existência da culpa ou do dolo, por si só, não é medida capaz de afastar a aplicação da responsabilidade civil e o dever de reparação dos danos.

Nessa conjuntura, é importante pontuar que o art. 6^a, especialmente os incisos III, VII e VIII dispõem acerca dos princípios da necessidade, segurança e prevenção,⁵⁹ os quais convergem para uma ideia de reconhecimento da existência de riscos inerentes ao exercício da atividade de tratamento de dados. Assim, por uma análise sistemática, é possível verificar que a adoção de mecanismos de prevenção e diminuição dos riscos da atividade, configura um dos alicerces centrais e fundamentais da Lei Geral de Proteção de Dados.⁶⁰

Desse modo, estaríamos diante de um cenário de aplicação da responsabilidade civil objetiva, em razão do reconhecimento da potencialidade de riscos na realização do tratamento de dados.

Ainda, o art. 6^a, inciso VI da LGPD, dispõe acerca da aplicabilidade do princípio da transparência, o qual assegura ao titular de dados o acesso a informações claras sobre o processamento dos dados pessoais. Por consequência, em decorrência do princípio da transparência, há o surgimento da obrigação do agente de tratamento de dados

⁵⁶ GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 254.

⁵⁷ Art. 43 da Lei Geral de Proteção de Dados: Os agentes de tratamento só não serão responsabilizados quando provarem [...].

⁵⁸ DIVINO, Sthéfano Bruno Santos; LIMA, Taisa Maria Macena de. Responsabilidade civil na Lei Geral de Proteção de Dados brasileira. *Revista Em Tempo*, online, n. 1, v. 20, 2020. Disponível em: <https://bitly.com/lejMjIA>. Acesso em: 08 ago. 2022.

⁵⁹ Art. 6^o da Lei Geral de Proteção de Dados: As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios: 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.

⁶⁰ DONEDA, Danilo; MENDES, Laura Schertel. 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*, [s.n.], v. 120. São Paulo: Editora RT, 2018.

demonstrar as medidas adotadas para realização da atividade, contexto em que o relatório de impacto à proteção de dados pessoais ganha centralidade quanto a matéria aqui debatida.

Assim sendo, verifica-se que o art. 5^a, inciso XVIII da LGPD, conceitua o que seria considerado “relatório de impacto à proteção de dados pessoais”, com a utilização do termo “mecanismos de mitigação de risco”.⁶¹

Sobre essa questão, o referido dispositivo legal corrobora com o entendimento da existência de riscos inerentes ao exercício das atividades relacionadas ao tratamento de dados pessoais. Nesse contexto, a gestão e adoção de medidas e mecanismos de mitigação de risco, são inseridos como deveres dos agentes de tratamento de dados pessoais, em razão do conhecimento prévio da potencialidade danosa da atividade.⁶²

Por fim, também é importante salientar a existência de evidente vulnerabilidade entre a relação estabelecida entre o titular e o agente de dados pessoais, em razão das próprias especificidades técnicas que circundam a realização do tratamento de dados. Dessa forma, em analogia ao disposto no art. 6^a, inciso VII do Código de Defesa do Consumidor, a LGPD também reconhece a possibilidade de inversão do ônus da prova em benefício do titular, quando verificada a hipossuficiência do titular para produção de prova ou quando essa produção for excessivamente onerosa.⁶³

Ante o articulado, é possível constatar que toda a sistemática disposta na Lei Geral de Proteção de Dados, converge para uma conclusão: reconhecimento da potencialidade da existência de riscos intrínsecos ao exercício do tratamento de dados.

Desse modo, é forçoso reconhecer que o escopo central da LGPD é instituir normas capazes de evitar a ocorrência de danos ao titular dos dados pessoais, motivo pelo qual elenca inúmeros deveres e obrigações a serem cumpridos pelo controlador e pelo operador. Vejamos, eventual dano causado será responsável por ferir direitos

⁶¹ Nos termos do art. 5º da Lei Geral de Proteção de Dados, considera-se: XVII - relatório de impacto à proteção de dados pessoais: 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, bem como medidas, salvaguardas e mecanismos de mitigação de risco.

⁶² MULHOLLAND, Caitlin. A LGPD e o fundamento da responsabilidade civil dos agentes de tratamento de dados pessoais: culpa ou risco? *Migalhas*, online, 2020. Disponível em: <https://bityli.com/ilDDPv>. Acesso em: 08 ago. 2022.

⁶³ Art. 42 da Lei Geral de Proteção de Dados:

§ 2º O juiz, no processo civil, poderá inverter o ônus da prova a favor do titular dos dados quando, a seu juízo, for verossímil a alegação, houver hipossuficiência para fins de produção de prova ou quando a produção de prova pelo titular resultar-lhe excessivamente onerosa.

fundamentais de natureza personalíssima, tornando a questão ainda mais sensível e carecedora de uma tutela protetiva, em que se objetiva mitigar a ocorrência de riscos e, quando necessário, assegurar uma reparação eficaz dos danos.

Por fim, é importante pontuar a figura da responsabilidade civil com culpa presumida, hipótese que se encontra em um viés intermediário entre a teoria da culpa e a teoria do risco. Nesse caso, a demonstração da culpa não caracteriza elemento indispensável para que haja a reparação dos danos, todavia a verificação da culpa também não é excluída por completo da análise do caso concreto. Há, então, uma concessão ao agente para produção de contraprova capaz de afastar a culpa presumida contra ele.⁶⁴

Diante do exposto, verifica-se que a responsabilidade civil se trata de uma das medidas corretivas aplicadas pela legislação na hipótese de ocorrência de danos aos dados pessoais. Desse modo, em um contexto de desenvolvimento do *Big Data* e da economia informacional, também é indispensável a análise do instituto da responsabilidade civil sob o prisma da análise econômica do Direito, com o objetivo de verificar qual regime é capaz de ensejar a adoção de comportamento capazes de maximizar a eficiência social.

4. Aplicabilidade da Responsabilidade Civil sob a ótica da Análise Econômica do Direito

Ante o apresentado, é possível observar a preocupação precípua do legislador em estabelecer ferramentas capazes de mitigar os riscos inerentes ao exercício da atividade de tratamento de dados. Nesse contexto, o regime de responsabilidade civil representa um mecanismo capaz de imputar ao agente de tratamento de dados, o dever de reparar eventuais danos causados ao titular.

Todavia, a responsabilidade civil não deve ser vista tão somente como um instituto de penalização e de reparação do dano, haja vista que pode representar um mecanismo de prevenção, ao fomentar a adoção de medidas de precaução no exercício da atividade potencialmente danosa.⁶⁵

⁶⁴ JÚNIOR, José Luiz de Moura Faleiros. A culpa presumida como viés intermediário entre a teoria da culpa e a teoria do risco. *Revista Amagis Jurídica*, [s.v.], n. 11. Belo Horizonte: Associação dos Magistrados Mineiros, 2019, p. 243-257. Disponível em: <https://bitly.com/NKBvdS>. Acesso em: 09 ago. 2022.

⁶⁵ PORTO, Antônio José Maristrello. Análise Econômica da Responsabilidade Civil. In: Luciano Benetti Timm. (Org.). *Direito e Economia no Brasil*. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

Nesse contexto, a Análise Econômica do Direito (AED) propõe uma verificação do regime de responsabilidade civil levando-se em consideração a maximização da eficiência da alocação de recursos e a tomada de decisão racional do agente.⁶⁶ Há, assim, o objetivo de aplicar a responsabilidade civil em consonância com a ideia de mitigação de riscos e prevenção a ocorrência do dano, implicando em um maior investimento em mecanismos de segurança e precaução.

Nessa toada, à luz do princípio da prevenção,⁶⁷ as normas que compõem a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) são responsáveis por instituir deveres de cuidado e padrões de conduta que devem ser adotados pelo controlador e pelo operador. Em especial, cita-se o capítulo VII denominado como “da segurança e das boas práticas”, em que há dispositivos legais que convergem para um objetivo comum, qual seja: a adoção de medidas de segurança, técnicas e administrativas que sejam capazes de afastar a ocorrência de danos.⁶⁸

Nesse sentido, o art. 50 da LGPD evidentemente estimula os agentes de tratamento de dados a adotarem medidas de boas práticas e de governança, com o fito de atenuar os riscos decorrentes do exercício da atividade. Vejamos:

Art. 50. Os controladores e operadores, no âmbito de suas competências, pelo tratamento de dados pessoais, individualmente ou por meio de associações, poderão formular regras de boas práticas e de governança que estabeleçam as condições de organização, o regime de funcionamento, os procedimentos, incluindo reclamações e petições de titulares, as normas de segurança, os padrões técnicos, as obrigações específicas para os diversos envolvidos no tratamento, as ações educativas, os mecanismos internos de supervisão e de mitigação de riscos e outros aspectos relacionados ao tratamento de dados pessoais.

⁶⁶ PORTO, Antônio José Maristrello; SILVA, Maria Eduarda Vianna. Lei geral de proteção de dados pessoais: uma análise econômica sobre o seu regime de responsabilidade. *Economic analysis of law review*, n. 2, v. 11. Brasília, 2020.

⁶⁷ Art. 6º da Lei Geral de Proteção de Dados: as atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios: [...] VIII - prevenção: adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais.

⁶⁸ Art. 46 da Lei Geral de Proteção de Dados: 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.

Ante o exposto e pela análise sistemática da lei, é evidente a intenção do legislador em incentivar a adoção de mecanismos de segurança e, conseqüentemente, estimular maior investimento nos custos de transação no âmbito da LGPD.⁶⁹

Inicialmente, pautando-se na Análise Econômica do Direito, é importante verificar os custos que envolvem a relação entre o agente de tratamento de dados e o titular dos dados pessoais. Desse modo, em uma perspectiva econômica, sugere a análise dos gastos decorrentes da adoção dos mecanismos de segurança e, concomitantemente, uma estimativa do aporte pecuniário a ser destinado a eventuais danos causados. Verifica-se, portanto, a realização de uma análise de custo-benefício.

Objetiva-se, assim, “induzir os agentes a internalizarem as externalidades negativas, quais sejam, os custos do(s) dano(s) que pode(m) ocorrer caso haja falha nos deveres de cuidado e segurança”⁷⁰. Desse modo, ao realizar um sopesamento entre os custos dos danos e os custos da adoção de mecanismos de prevenção, o agente deve ser estimulado a prevenir os danos, pautando-se em um regime de responsabilidade civil mais eficiente.⁷¹

Nessa conjuntura, destaca-se que eventuais danos ocasionados em razão do tratamento de dados, tende a ferir direitos fundamentais⁷² de caráter personalíssimo, motivo pelo qual o estímulo à adoção de práticas de prevenção é ainda mais necessário e socialmente desejável.

Isto posto, é necessário reconhecer e partir do pressuposto de que estamos inseridos em uma sociedade capitalista, em que a maximização dos lucros assume posição central no

⁶⁹ Os custos de transação podem ser entendidos como os custos envolvidos para operar no mercado, como: (i) Obtenção de informações; (ii) Contratação de mão-de-obra; (iii) Negociação; (iv) Monitoramento, cumprimento e execução de contratos; etc. (COASE, Ronald H. *The Nature of the Firm*. In: WILLIAMSON, Oliver; WINTER, Sidney. *The nature of the firm: origin, Evolution and development*. Oxford: Oxford University Press, 1991 *apud* OLIVEIRA, Dálton Hilário Zanetti de Oliveira; FREITAS, Cinthia Obladen de Almedra; GIBRAN, Sandro Mansur; VEIGA, Fábio da Silva. *A Responsabilidade Civil Subjetiva de Agentes de Tratamento de Dados Pessoais da Ótica da Análise Econômica do Direito*. *Economic Analysis of law review*, online, n. 2, v. 13, p. 212-229, 2022., Disponível em: <https://bit.ly/3STWXcz>. Acesso em: 09 de ago. 2022).

⁷⁰ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and Economics*. Berkley Law Books. Book 2. 6th ed. 2016. pp. 189- 190 *apud* PORTO, Antônio José Maristrello; SILVA, Maria Eduarda Vianna. *Lei geral de proteção de dados pessoais: uma análise econômica sobre o seu regime de responsabilidade*. *Economic analysis of law review*, n. 2, v. 11. Brasília: 2020.

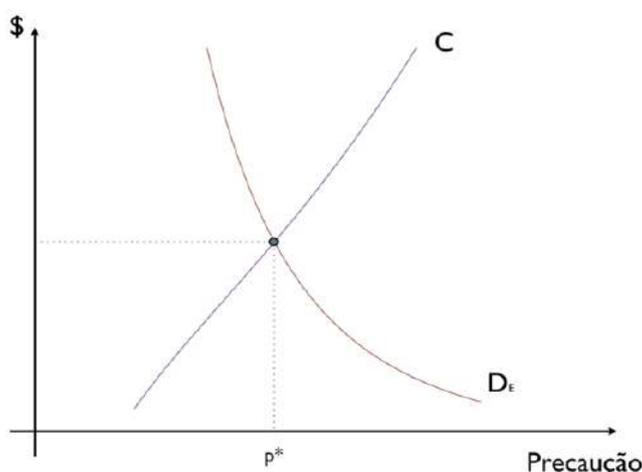
⁷¹ Considera-se regime mais eficiente aquele capaz de maximizar o bem estar social. (PORTO, Antônio José Maristrello; SILVA, Maria Eduarda Vianna. *Lei geral de proteção de dados pessoais: uma análise econômica sobre o seu regime de responsabilidade*. *Economic analysis of law review*, n. 2, v. 11. Brasília: 2020).

⁷² BRASIL. *Emenda n.º 115*, de 10 de fevereiro de 2022. Altera a Constituição Federal para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais e para fixar a competência privativa da União para legislar sobre proteção e tratamento de dados pessoais. Brasília, Diário Oficial da União, 2022. Disponível em: <https://bit.ly/3Pagwdd>. Acesso: 10 ago. 2022.

atual contexto socio econômico. Desse modo, os incentivos de natureza econômica, agem de forma a estimular a tomada de decisão racional do agente e a adoção de uma postura “não-egoística”.⁷³ Assim sendo, os agentes só estarão verdadeiramente estimulados a adotarem medidas de prevenção, quando verificada a existência de benefícios pecuniários a serem auferidos em razão da proteção eficiente de dados.

Nessa conjuntura, é necessário trazer à baila a fórmula de Hand, que propõe uma análise entre a probabilidade da ocorrência do dano e os custos para adoção das medidas de prevenção. Objetiva-se, com essa inquirição, verificar o valor adequado para custear os mecanismos de segurança capazes de atenuar a probabilidade e gravidade de danos a serem causados.⁷⁴ A partir dessa análise, é possível estimar um valor adequado para prevenção, contexto em que é possível ocasionar uma redução dos gastos desnecessários e maximizar o lucro do agente.

Figura 1: Fórmula de Hand⁷⁵



C representa o custo marginal de precaução. DE representa o dano esperado marginal. P refere-se à probabilidade marginal de ocorrência do dano. E, por fim, D seria o dano marginal.⁷⁶ Em outros termos, a fórmula de Hand, conforme Posner⁷⁷, impõe às partes

⁷³ OLIVEIRA, Dânton Hilário Zanetti de Oliveira; FREITAS, Cinthia Obladen de Almedra; GIBRAN, Sandro Mansur; VEIGA, Fábio da Silva. A Responsabilidade Civil Subjetiva de Agentes de Tratamento de Dados Pessoais da Ótica da Análise Econômica do Direito. *Economic Analysis of Law Review*, online, n. 2, v. 13, p. 212-229, 2022., Disponível em: <https://bit.ly/3STWXcz>. Acesso em: 09 ago. 2022.

⁷⁴ QUEIROZ, Bruna Pamplona. GONÇALVES, Everton das Neves Gonçalves. Análise Econômica do Direito: A Responsabilidade Civil na Prevenção do Dano ao Consumidor. *Conpedi Law Review*, n. 2, v. 3, Braga, 2017, p. 84 - 105.

⁷⁵ PORTO, Antônio José Maristrello; FRANCO, Paulo Fernando. Uma Análise Também Econômica do Direito de Propriedade/Also an Analysis of Economic Property Rights. *Economic Analysis of Law Review*, v. 7, n. 1, p. 207, 2016.

⁷⁶ PORTO, Antônio José Maristrello; FRANCO, Paulo Fernando. Uma Análise Também Econômica do Direito de Propriedade/Also an Analysis of Economic Property Rights. *Economic Analysis of Law Review*, v. 7, n. 1, p. 207, 2016.

⁷⁷ POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. 3. ed. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2012, p. 149

da relação jurídica custos marginais de precaução (C) para evitar possíveis danos esperados (DE) advindos de uma multiplicação entre a probabilidade de que esse dano realmente aconteceria (p) e os danos propriamente ditos (D).

Pode-se extrair do gráfico acima que, para Hand, a conduta será culposa quando o investimento em precaução (C) seja menor que os possíveis danos esperados (DE). Assim, $C < DE \times p$.⁷⁸ A curva decrescente representada por PL representa uma mudança marginal nos custos dos danos esperados em função da precaução adotada. Dito isso, verifica-se que a adoção de práticas de prevenção e precaução tem um efeito decrescente na prevenção de acidentes. Lado outro, a curva assinalada por B exemplifica o custo marginal dos cuidados e ascende na medida que as práticas de precaução são escassas e, portanto, eleva-se à medida que mais produtos e serviços são oferecidos no mercado de consumo. Na interseção entre as duas curvas verifica-se o ideal dever de cuidado onde existe separação entre a negligência e a prudência/precaução

Nesse contexto, a lógica estabelecida na fórmula de Hand, também funciona como mecanismo de aferição de culpa, na medida em que quando verificado que o agente optou por não adotar as medidas de prevenção em um contexto que esses gastos preventivos são inferiores à redução do dano, conclui-se que houve a prática de uma conduta ilícita.⁷⁹ Assim, por consequência, na hipótese de os gastos com a prevenção serem iguais ou maior, o agente não estaria cometendo qualquer conduta ilícita.

Dessa forma, a modalidade de aplicação da responsabilidade civil a ser aplicada deve ser visualizada dentro da lógica da fórmula de Hand.

Em outros termos, quando se aplica essa análise sob a ótica da responsabilidade objetiva, se se determina que a reparação dos danos deve ser feita de forma incondicional e invariavelmente ao operador ou controlador de dados responsável pelo incidente de segurança, dispensando-se análise de culpa, negar-se-ia e ausentar-se-ia os interesses para a implementação de novas práticas destinadas à precaução à ocorrência de novos dano.

⁷⁸ GAROUPA, N. PORTO, A. J. M.; e FRANCO, P. As indenizações pela perda do tempo útil do consumidor. Espera e custos de oportunidade. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 124, p. 263 – 293, Jul – Ago, 2019. “Esclareço que embora a regra de Hand se disponha a aferir culpa, ela também se presta a auxiliar a racionalidade jurídica da responsabilidade civil objetiva. Explico. A fórmula de Hand não calcula apenas a precaução do ofensor: ela pode ser utilizada para aferir os níveis de precaução das vítimas. Assim, situações de culpa concorrente ou de culpa exclusiva da vítima poderiam ser assim enquadradas a partir da equação $C < d \cdot p$ ”.

⁷⁹ PORTO, Antônio José Maristrello. Análise Econômica da Responsabilidade Civil. In: Luciano Benetti Timm. (Org.). *Direito e Economia no Brasil*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 184.

Portanto, trata-se de um desestímulo e de desincentivo para adoção de custos marginais de prevenção. Caso a sociedade empresária seguisse todos os preceitos recomendados pela legislação e adotasse as práticas de governança e precaução e ainda sim fosse responsabilizada por todo e qualquer dano ocorrido em sua álea contratual os custos nessas ações seriam dispensáveis, tendo em vista que a responsabilização aconteceria com ou sem eles.

Perceba que na responsabilidade civil objetiva, independentemente das ações tomadas o critério indenizatório sempre permeia a totalidade dos danos insurgidos. Dessa forma, caso essa modalidade (objetiva) seja adotada, não faria sentido para a sociedade empresária investir e adotar custos de transação destinados à prevenção, pois de qualquer forma seria ela obrigada a indenizar os titulares dos dados lesados. Assim, trata-se de uma relação de perda efetiva e um dispêndio desnecessário na política empresarial.

No mais, ressalta-se que o regime de responsabilidade civil aplicável no âmbito da LGPD possui o condão de influenciar na eficácia da norma, haja vista que irá repercutir na tomada de decisão do agente, “na medida em que o aperfeiçoamento de normas e políticas públicas, ao mesmo tempo em que atenuam fatores de insegurança jurídica, também impulsionam as relações sociais economicamente sustentáveis, justificando a adoção da AED”.⁸⁰

Dessa forma, a análise da culpa ganha centralidade no debate, tendo em vista que é elemento essencial para verificação da modalidade de responsabilidade civil aplicável, a determinação de parâmetros para estabelecer o *quantum indenizatório*⁸¹ e objeto de perquirição quanto a sua influência na maximização da eficiência da norma jurídica pautando-se na Análise Econômica do Direito.

Vejamos: na hipótese da aplicação da responsabilidade civil objetiva no âmbito da LGPD, não há análise da culpa, sendo suficiente a demonstração do nexa causal e do dano. Dessa forma, os incentivos para adoção das medidas de prevenção e, conseqüentemente, aumento dos gastos encontram-se prejudicados, haja vista que aplicar todas os deveres

⁸⁰ OLIVEIRA, Dálton Hilário Zanetti de Oliveira; FREITAS, Cinthia Obladen de Almedra; GIBRAN, Sandro Mansur; VEIGA, Fábio da Silva. A Responsabilidade Civil Subjetiva de Agentes de Tratamento de Dados Pessoais da Ótica da Análise Econômica do Direito. *Economic Analysis of Law Review*, online, n. 2, v. 13, p. 212-229, 2022., Disponível em: <https://bit.ly/3STWXcz>. Acesso em: 09 ago. 2022

⁸¹ De acordo com o Art. 944 do Código Civil: A indenização mede-se pela extensão do dano, e o parágrafo único dispõe que se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização. BRASIL.

de conduta determinados pela lei não seria considerado suficiente para afastar a obrigatoriedade de ressarcir os danos. Por essa razão, aumentar os gastos financeiros para proteção dos dados pode ser considerada medida inócua pelo agente, em razão da imputação direta do dever de indenizar sem análise da culpa.

Nesse contexto, acrescentando-se uma análise concorrencial pautada na responsabilidade objetiva, haveria uma concessão indireta de vantagens pecuniárias aos agentes econômicos que não elevarem os custos da transação. Isso porque ao manter o orçamento inalterado, os gastos serão menores, levando a obtenção de uma vantagem econômica. Em sentido contrário, aquele que optar por investir na adoção de medidas de segurança e aumentar os custos de precaução, perderá competitividade no mercado em razão dos gastos despendidos.⁸²

Nessa conjuntura, estaríamos diante de um cenário contrário a produção de incentivos para maximização dos resultados e promoção do bem estar social. Simultaneamente, aplicar a responsabilidade civil objetiva representa ofensa à própria lógica instituída na LGPD, considerando os dispositivos normativos que objetivam estabelecer mecanismos de incentivo a adoção de práticas de precaução, como por exemplo a excludente de responsabilidade prevista no art. 43⁸³ da Lei Geral de Proteção de Dados.

Nessa toada, é necessário abandonar a percepção de que os danos decorrentes da relação estabelecida entre o agente de tratamento de dados e o titular são de natureza estritamente privada, em que o único ponto de preocupação é o ressarcimento dos danos da vítima. É preciso reconhecer, portanto, as repercussões globais da situação aqui debatida, em que a alocação dos riscos implica na transferência de riquezas e a potencialidade da responsabilidade civil assegurar maior efetividade aos direitos fundamentais com a adoção de uma lógica de incentivos ao aumento dos custos de transação destinados a investimentos medidas de prevenção.⁸⁴

⁸² OLIVEIRA, Dálton Hilário Zanetti de Oliveira; FREITAS, Cinthia Obladen de Almedra; GIBRAN, Sandro Mansur; VEIGA, Fábio da Silva. A Responsabilidade Civil Subjetiva de Agentes de Tratamento de Dados Pessoais da Ótica da Análise Econômica do Direito. *Economic Analysis of law review*, online, n. 2, v. 13, p. 212-229, 2022., Disponível em: <https://bit.ly/3STWXcz>. Acesso em: 09 de ago. 2022

⁸³ De acordo com o Art. 43. da Lei Geral de Proteção de Dados: 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.

⁸⁴ COASE, Ronald H. The Nature of the Firm. In: WILLIAMSON, Oliver; WINTER, Sidney. *The nature of the firm: origin, Evolution and development*. Oxford: Oxford University Press, 1991 *apud* OLIVEIRA, Dálton Hilário Zanetti de Oliveira; FREITAS, Cinthia Obladen de Almedra; GIBRAN, Sandro Mansur; VEIGA, Fábio da Silva. A Responsabilidade Civil Subjetiva de Agentes de Tratamento de Dados Pessoais da Ótica da Análise Econômica do Direito. *Economic Analysis of law review*, online, n. 2, v. 13, p. 212-229, 2022., Disponível em: <https://bit.ly/3STWXcz>. Acesso em: 09 ago. 2022

Isto posto, a responsabilidade civil subjetiva insere-se como instrumento do direito responsável por imputar o dever de indenizar quando demonstrada a culpa do agente. Assim, se não há culpa, não deve haver responsabilidade. Seguindo essa lógica e partindo do pressuposto de que a adoção de todas as medidas previstas na LGPD possui o condão de afastar a culpa, a aplicação do regime do regime de responsabilidade civil subjetiva demonstra ser capaz de exercer maior influência para tomada de decisão do indivíduo voltada para prevenção de danos. Observa-se, portanto, que a Análise Econômica do Direito “inspira a busca pela lógica e racionalidade do ordenamento jurídico”.⁸⁵

Por fim, é importante esclarecer que a adoção da responsabilidade civil subjetiva não onera o titular de dados no tocante à produção de provas para demonstrar a culpa do agente e para que haja o reconhecimento do dever de ressarcir os danos, em razão da previsão contida no art. 42, §2º⁸⁶ da LGPD que regulamente a inversão do ônus da prova, quando verificada a hipossuficiência da parte ou quando a produção pelo titular demonstrar ser extremamente onerosa.

Conclusões

Diante do exposto, é possível verificar o desenvolvimento do Big Data em um contexto de economia informacional. Dessa forma, a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) se insere como instrumento jurídico responsável por regular as relações de tratamento de dados. Nessa conjuntura, a partir de uma análise sistemática da LGPD, observa-se o objetivo do legislador em estabelecer deveres de conduta e obrigações a serem cumpridas pelos agentes de tratamento de dados, com o objetivo central de prevenir a ocorrência de danos, em consonância com as diretrizes da Análise Econômica do Direito.

Nessa toada, a Responsabilidade Civil pode ser aplicada como forma de mitigar os riscos e impulsionar a adoção de medidas de prevenção, com a consequente maximização do bem-estar social e proteção aos direitos fundamentais do indivíduo. Desse modo, possibilita-se a aferição da quantia pecuniária a ser utilizada para evitar a ocorrência dos

⁸⁵ GICO JR., Ivo T. Introdução à Análise Econômica do Direito. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. KLEIN, Vinicius (Org.). *O que é Análise Econômica do Direito: uma Introdução*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 13-20, p. 18.

⁸⁶ De acordo com o Art. 42, §2º da Lei Geral de Proteção de Dados: § 2º O juiz, no processo civil, poderá inverter o ônus da prova a favor do titular dos dados quando, a seu juízo, for verossímil a alegação, houver hipossuficiência para fins de produção de prova ou quando a produção de prova pelo titular resultar-lhe excessivamente onerosa.

danos de forma eficiente e, simultaneamente, estabelecer parâmetros para que não haja gastos desnecessários.

Assim, à luz de uma Análise Econômica do Direito, a adoção de uma responsabilidade civil objetiva implicaria em redução de incentivos para que os agentes investissem em medidas de prevenção previstas na LGPD, tendo em vista que para imputar o dever de indenizar seria suficiente demonstrar o nexo causal e o dano.

Desta feita, baseando-se nos em uma análise sistemática da LGPD e com breves considerações na Análise Econômica do Direito e nas diretrizes da fórmula de Hand, a responsabilidade subjetiva se mostra mais adequada e mais eficiente para regular as relações de tratamento de dados, uma vez que estimula a adoção de medidas de prevenção e, por consequência, resguarda os direitos do indivíduo.

Referências Bibliográficas

ADJEI, Joseph K. Monetization of Personal Identity Information: Technological and Regulatory Framework. *IEEE Computer Society Washington*, [s.n], [s.v.]. Washington: 2015. Disponível em: <https://bit.ly/3p6547V>. Acesso em: 9 jul. 2022.

APÓS megavazamento, dados de 40 mil pessoas e 23 mil empresas já circulam na internet. *Gazeta do povo*, Curitiba, 29 jan, 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3QA3mr4>. Acesso em: 05 ago. 2022.

ARAGÃO, Alexandre. 5 grandes vazamentos de dados no Brasil - e suas consequências. *Jota*, São Paulo, 28 jan. 2022. Disponível em: <https://bit.ly/3QwDBI9>. Acesso em: 05 ago. 2022.

BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco; NASPOLINI, Samyra Haydêe Dal Farra. Proteção de informações no mundo virtual: a LGPD e a determinação de consentimento do titular para tratamento de dados pessoais. *Cadernos Adenauer*, Rio de Janeiro, [s.v.], n. 3, p. 137-155, 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3dku2xT>. Acesso em: 10 ago. 2022.

BRASIL. *Emenda n.º 115*, de 10 de fevereiro de 2022. Altera a Constituição Federal para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais e para fixar a competência privativa da União para legislar sobre proteção e tratamento de dados pessoais. Brasília, Diário Oficial da União, 2022. Disponível em: <https://bit.ly/3Pagwdd>. Acesso em: 10 ago. 2022.

BRASIL. *Lei n.º 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, Diário Oficial da União, 2002. Disponível em: <https://bit.ly/3p61Dhs>. Acesso em: 07 ago. 2022.

BRASIL. *Lei nº 13.709*, de 14 de agosto de 2018. Institui a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Brasília, Diário Oficial da União, 2018. Disponível em: <https://bit.ly/3PhEMdw>. Acesso em: 05 ago. 2022.

CASTELLS, Manuel. *A Sociedade em Rede: A era da informação: economia, sociedade e cultura*. São Paulo: Paz e Terra, 1999, v. 1.

CERVANTES, Vinícius; RODRIGUES, David. Big Data e proteção de dados: o desafio está lançado. Atena, [s.n.], [s.v.]. Ponta Grossa: 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3PeXbb3>. Acesso em: 06 ago. 2022.

COTS, Márcio; OLIVEIRA, Ricardo. *Lei Geral de Proteção de Dados comentada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

DANTAS, Thaile. Netshoes terá de pagar R\$ 500 mil por vazamento de dados de milhões de clientes. *Jusbrasil*, online, 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3PfuA5s>. Acesso em: 05 ago. 2022.

DATA Never Sleeps. *DOMO*, American Fork, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3QvPJcw>. Acesso em: 05 ago. 2022.

DIVINO, Sthéfano Bruno Santos; LIMA, Taisa Maria Macena de. Responsabilidade civil na Lei Geral de Proteção de Dados brasileira. *Revista Em Tempo*, online, n. 1, v. 20, 2020. Disponível em: <https://bityli.com/lejMjIA>. Acesso em: 08 ago. 2022.

DONEDA, Danilo; MENDES, Laura Schertel. 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*, [s.n.], v. 120. São Paulo: Editora RT, 2018.

FILHO, Sérgio Cavalieri. *Programa de Responsabilidade Civil*. 15. ed. São Paulo: Grupo Gen, 2011. Disponível em: <https://bit.ly/3pqu6z3>. Acesso em: 07 ago. 2022.

GAROUPA, N. PORTO, A. J. M.; e FRANCO, P. As indenizações pela perda do tempo útil do consumidor. Espera e custos de oportunidade. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 124, p. 263 – 293, Jul – Ago, 2019.

GICO JR., Ivo T. Introdução à Análise Econômica do Direito. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. KLEIN, Vinicius (Org.). *O que é Análise Econômica do Direito: uma Introdução*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 13-20, p. 18.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2022. Disponível em: <https://bit.ly/3CaNUoX>. Acesso em: 07 ago. 2022.

GONÇALVES, Guilherme Simões; OLIVEIRA, Giulia Izabelle. Uso de dados em políticas públicas. *Sigalei*, São Paulo, 3 jun. 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3BWqnx>. Acesso em: 05 ago. 2022.

GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; MEIRELES, Rose Melo Vencelau. Término do tratamento de dados. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.); FRAZÃO, Ana (Coord.); OLIVA,

Milena Donato (Coord.). *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais*. São Paulo: Editora RT, 2019.

GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

INCIDENTES de segurança com dados pessoais e sua avaliação para fins de comunicação à ANDP. *Governo Federal*, online, 22 jul. 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3SHqXrE>. Acesso em: 09 ago. 2021.

JÚNIOR, José Luiz de Moura Faleiros. A culpa presumida como viés intermediário entre a teoria da culpa e a teoria do risco. *Revista Amagis Jurídica*, [s.v.], n. 11. Belo Horizonte: Associação dos Magistrados Mineiros, 2019. Disponível em: <https://bityli.com/NKBvdS>. Acesso em: 09 ago. 2022.

JÚNIOR, José Luiz de Moura Faleiros. O que é, afinal, um "vazamento" de dados? *Migalhas*, online, 10 set. 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3Ae37Nj>. Acesso em: 09 ago. 2022.

LUCCA, Roberta De. Como os algoritmos são utilizados para influenciar consumidores. *TMJuntos*, São Paulo, jan. 2022. Disponível em: <https://bit.ly/3QAYHFC>. Acesso em: 06 ago. 2022.

MELLO, Ana Paula; MIRAMONTES, Giovanna. LGPD: agentes de tratamento, responsável e ANPD. *Cadernos jurídicos da faculdade de direito de Sorocaba*, Sorocaba, n. 1, v. 3, p. 73-80, 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3bKiPpT>. Acesso em: 07 ago. 2022.

MENDES, Laura Schertel Ferreira. Autodeterminação informativa: a história de um conceito. *Pensar*, Fortaleza, v. 25, n. 4, p. 1-18, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3BWWsrY>. Acesso em: 05 ago. 2022.

MODESTO, Jéssica Andrade. Breves Considerações acerca da monetização de dados pessoais na economia informacional à luz da Lei Geral de Proteção de Dados. *Revista de Direito, Governança e Novas Tecnologias*, n. 1, v. 6. Florianópolis: 2020.

MULHOLLAND, Caitlin. A LGPD e o fundamento da responsabilidade civil dos agentes de tratamento de dados pessoais: culpa ou risco? *Migalhas*, online, 2020. Disponível em: <https://bityli.com/ilDDPv>. Acesso em: 08 ago. 2022.

NOVASKI, André; NASPOLINI, Samyra. Responsabilidade Civil na LGPD: Problemas e soluções. *Compedi Law Review*, n. 1, v. 6. Florianópolis: 2020.

OLIVEIRA, Dálton Hilário Zanetti de Oliveira; FREITAS, Cinthia Obladen de Almedra; GIBRAN, Sandro Mansur; VEIGA, Fábio da Silva. A Responsabilidade Civil Subjetiva de Agentes de Tratamento de Dados Pessoais da Ótica da Análise Econômica do Direito. *Economic Analysis of law review*, online, n. 2, v. 13, p. 212-229, 2022., Disponível em: <https://bit.ly/3STWXcz>. Acesso em: 09 ago. 2022.

PINHEIRO, Patricia Peck. *Proteção de dados pessoais: comentários à Lei n. 13.709/2018 (LGPD)*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

PORTO, Antônio José Maristrello. Análise Econômica da Responsabilidade Civil. In: Luciano Benetti Timm. (Org.). *Direito e Economia no Brasil*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

PORTO, Antônio José Maristrello; SILVA, Maria Eduarda Vianna. Lei geral de proteção de dados pessoais: uma análise econômica sobre o seu regime de responsabilidade. *Economic analysis of law review*, n. 2, v. 11. Brasília, 2020.

PORTO, Antônio José Maristrello; FRANCO, Paulo Fernando. Uma Análise Também Econômica do Direito de Propriedade/Also an Analysis of Economic Property Rights. *Economic Analysis of Law Review*, v. 7, n. 1, p. 207, 2016.

POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. 3. ed. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2012, p. 149

QUEIROZ, Bruna Pamplona. GONÇALVES, Everton das Neves Gonçalves. Análise Econômica do Direito: A Responsabilidade Civil na Prevenção do Dano ao Consumidor. *Conpedi Law Review*, n. 2, v. 3, Braga, 2017, p. 84 - 105.

SANTOS, Carlos; CARVALHO, Felipe. *Privacidade e proteção de dados na era do big data*. 32 p. Monografia (Graduação em Direito) - Universidade Federal de Fluminense, Rio de Janeiro, 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3Pfoejv>. Acesso em: 06 ago. 2022.

TECHAMERICA FOUNDATION'S FEDERAL BIG DATA COMMISSION. Demystifying Big Data: A Practical Guide To Transforming The Business of Government. *Techamerica Foundation's*, [s.n.], [s.v.]. Washington: 2012. Disponível em: <https://bit.ly/3JRD5m3>. Acesso em: 05 jul. 2022.

TODD, Steve. O valor dos dados em um mundo impulsionado por informações. *Mundo Digital*, [s.l.], 23 out. 2015. Disponível em: <https://bit.ly/3CoeSIj>. Acesso em: 04 ago. 2022.

VAZAMENTO de dados netshoes, 2,5 milhões de cliente. *Associação Nacional dos Profissionais de Privacidade de Dados*, São Paulo. Disponível em: <https://bit.ly/3QBxfmq>. Acesso em: 05 ago. 2022.