



LARA REZENDE LAIGNIER

**INCIDENTES DE SEGURANÇA E RESPONSABILIDADE
CIVIL: EM BUSCA DE UMA MODALIDADE ADEQUADA À
LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS**

**LAVRAS – MG
2023**

LARA REZENDE LAIGNIER

**INCIDENTES DE SEGURANÇA E RESPONSABILIDADE CIVIL: EM BUSCA DE
UMA MODALIDADE ADEQUADA À LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Universidade Federal de
Lavras, como parte das exigências do
Curso de Direito, para a obtenção do título
de Bacharel.

Prof. Dr. Sthéfano Bruno Santos Divino
Orientador

**LAVRAS-MG
2023**

LARA REZENDE LAIGNIER

**INCIDENTES DE SEGURANÇA E RESPONSABILIDADE CIVIL: EM BUSCA DE
UMA MODALIDADE ADEQUADA À LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS**

**SECURITY INCIDENTS AND CIVIL LIABILITY: IN SEARCH OF AN
APPROPRIATE MODALITY UNDER THE GENERAL DATA PROTECTION
LAW**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Universidade Federal de Lavras, como parte das
exigências do Curso de Direito, para a obtenção
do título de Bacharel.

APROVADA em 21/07/2023

Ingrid Drumond Correia Alves - Externo
Prof. Me. Eduardo Henrique de Oliveira Barbosa - PUC Minas

Prof. Dr. Sthéfano Bruno Santos Divino
Orientador

**LAVRAS-MG
2023**

RESUMO

A presente pesquisa é pensada considerando a relevância atribuída ao uso de dados atualmente, cenário que fez a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) ser implementada no Brasil. Contudo, essa lei não foi clara em determinar qual o regime de responsabilidade civil adotado quando ocorrem incidentes de segurança envolvendo dados. Assim, tentando encontrar uma modalidade adequada, estudiosos do tema divergem entre si. Sob esse cenário, a presente pesquisa, utilizando-se do método de pesquisa integrada mediante técnica de pesquisa bibliográfica, procura a resposta para o seguinte problema: qual a modalidade de responsabilidade civil que mais se adequa à tutela protetiva da LGPD? Para tanto, a LGPD será analisada criticamente por meio de seu texto legal, com suporte em produções científicas como livros e dissertações. Assim, nas seções 1 e 2 contextualiza-se o cenário de surgimento da LGPD e de tratamento de dados atual, bem como explica-se porque o problema proposto é relevante. Na seção 3 são realizadas análises de teorias da responsabilidade civil adotadas difundidas no sistema jurídico brasileiro e, posteriormente, é realizada uma verificação da adequação principiológica da LGPD a estas. Na seção 4 apresenta-se a justificativa definitiva sobre qual é a teoria da responsabilidade civil adotada pelo legislador. Ao final, conclui-se que, pelo incentivo da lei à adoção de medidas de precaução, unido às exigências de comprovação da violação da legislação pelos agentes de tratamento, a teoria da responsabilidade civil subjetiva é a mais adequada para tutelar os danos decorrentes de incidentes de segurança envolvendo dados.

Palavras-chave: Incidente de Segurança. Lei Geral de Proteção de Dados. LGPD. Responsabilidade Civil. Vazamento de dados.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	6
2. DATA IS THE NEW OIL.....	8
3. EM BUSCA DA FUNDAMENTAÇÃO DO DEVER DE INDENIZAR NAS TEORIAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	11
3.1. A Teoria da Presunção de Causalidade.....	15
3.2. As Teorias Probabilísticas	16
3.3. A Doutrina Sueca da Verossimilhança	17
3.4. A Teoria da Preponderance of Evidence.....	17
3.5. A Doutrina da Market Share Liability	18
3.6. A Doutrina da res ipsa loquitur	18
3.7. A Doutrina da Redução do Módulo Probatório	19
3.8. Aplicação das Teorias que Relativizam o Nexo Causal	19
4. O REGIME DE RESPONSABILIDADE CIVIL ADOTADO PELA LGPD.....	22
5. CONCLUSÃO	25

1. INTRODUÇÃO

A sociedade atual vive em um contexto de *Big Data*¹ e *Data Analytics*², no qual os dados pessoais possuem papel central. Dessa forma, diante da relevância e riscos atribuídos ao uso de dados nos dias de hoje, surge, no Brasil, a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, Lei Geral de Proteção de Dados, comumente chamada de “LGPD”. O objetivo dessa legislação está previsto em seu art. 1º, a saber: “proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural”.

Nesse sentido, tem-se que as legislações de proteção de dados, a exemplo da LGPD, também possuem o papel de “refrear práticas abusivas desenvolvidas, sem qualquer filtro, na sociedade da informação” (FALEIROS JÚNIOR, 2019, p. 227). Contudo, mesmo com esta incumbência de evitar abusividades, é certo que existe a possibilidade de que os preceitos da referida legislação sejam violados. Isso posto, torna-se evidente que a responsabilidade civil a ser aplicada aos agentes dos danos assume grande relevância, na medida em que “somente um regime suficientemente preciso de responsabilidade civil será capaz de assegurar a tutela efetiva à proteção de dados pessoais” (SCHREIBER 2021, p. 320).

Em que pese a importância da definição de um regime de reponsabilidade civil, a LGPD não foi plenamente explícita quanto à modalidade adotada por ela, motivo pelo qual resta ao intérprete sanar as omissões da lei e buscar por um regime que se mostre coerente e eficaz nos casos de incidentes de segurança (SCHREIBER, 2021). Nesse cenário, na tentativa de encontrar uma modalidade adequada, os estudiosos do tema, a serem mencionados no decorrer dessa pesquisa, divergem entre si, apresentando diversos posicionamentos, destacando-se como mais recorrentes os que acreditam ser a responsabilidade objetiva, e os que consideram ser subjetiva.

Portanto, diante das controvérsias que permeiam o tema e da ausência de adesão majoritária da doutrina ou jurisprudência, o problema apresentado por esta pesquisa traduz-se no seguinte questionamento: “qual modalidade de responsabilidade civil mais se adequa à tutela protetiva da LGPD?”. Para responder a problemática, foi utilizado o método de pesquisa integrada mediante técnica de pesquisa bibliográfica. Dessa forma, pretende-se analisar a

¹ *Big data* traduz-se na “análise de grandes volumes de dados oriundos do uso de internet” (LISSARDY, 2017)

² “*Data Analytics* é a ciência que examina dados brutos de forma inteligente, coletados em ferramentas de *Big Data* e *Business Intelligence*. Através dela é possível tirar conclusões e diversas informações sobre o dado analisado.” (GIROLDO, 2021)

responsabilidade civil sob a ótica de distintos marcos teóricos, além de realizar uma análise crítica da referida lei, com amparo de produções científicas como livros, dissertações e teses relacionados à temática.

Para tanto, na seção 2, contextualiza-se o cenário de coleta e tratamento³ de dados atual, apresentando-se casos relevantes de uso indevido de dados, de forma que reste demonstrada a importância do tema proposto e de se ter uma legislação que regule as atividades de tratamento de dados. Além disso, na referida seção, realiza-se uma breve apresentação sobre a LGPD e as situações em que essa legislação é aplicável. Após a contextualização feita na seção anterior, a seção 3 pretende explorar mais profundamente o problema proposto, realizando, portanto, a análise de teorias da responsabilidade civil adotadas e difundidas no sistema jurídico brasileiro, as quais podem partir de uma relação causal ou podem implicar em uma relativização da lógica da certeza no campo da causalidade.

Dessa forma, apresenta-se, primeiro, nessa ordem, as teorias da responsabilidade civil subjetiva e objetiva. Posteriormente, para analisar as teorias que relativizam o nexos causal, divide-se a seção em itens, abordando-se a Teoria da Presunção de Causalidade (item “3.1”), as Teorias Probabilísticas (item “3.2”), a Doutrina Sueca da Verossimilhança (item “3.3”), a Teoria da *Preponderance of Evidence* (item “3.4”), a Doutrina da *Market Share Liability* (item “3.5”), a Doutrina da *res ipsa loquitur* (item “3.6.”) e a Doutrina da Redução do Módulo Probatório (item “3.7”). Além disso, ao final, é feita uma verificação da adequação principiológica da LGPD frente às teorias que relativizam a lógica da certeza quanto à configuração do nexos de causalidade.

Posteriormente, na seção 4, apresenta-se a justificativa definitiva sobre qual teoria da responsabilidade civil se entende como a adotada pelo legislador. Para tanto, são realizados contrapontos entre as teorias da responsabilidade civil subjetiva e objetiva no contexto da LGPD, demonstrando-se o posicionamento de operadores do Direito que concordam com uma ou outra teoria para, ao final, asseverar o porquê da teoria escolhida como a mais adequada para tutelar os danos decorrentes de incidentes de segurança envolvendo dados. Sendo assim,

³ Lei nº 13.709/18, art. 5º “Para os fins desta Lei, considera-se (...) X - tratamento: toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração;”

apresentados dos aspectos introdutórios relacionados à presente pesquisa, passa-se, a seguir, ao desenvolvimento dessa.

2. *DATA IS THE NEW OIL*⁴

“Os dados são o novo petróleo”: esta frase, tradução livre de “*data is the new oil*”, proferida pelo matemático Clive Humby (TOWARDS DATA SCIENCE, 2022, s.p) e amplamente difundida pelo mundo, demonstra que os dados pessoais se tornaram verdadeiro insumo para o mercado global atual. Não à toa, criou-se o termo “*data-driven economy*” (economia movida a dados) para demonstrar que o capitalismo atual se centra na coleta e uso de dados pessoais (FRAZÃO, 2019, p. 24). Esse novo contorno da sociedade afeta não só a economia, como também a política, a sociedade e as próprias dimensões existenciais dos cidadãos, os quais

passam a sofrer permanente ataque em diversas perspectivas, inclusive naquelas que dizem respeito à própria individualidade, cada vez mais comprometida diante do crescente poder de manipulação que decorre do processamento de dados (FRAZÃO, 2019, p.31).

A título de exemplo dos inúmeros eventos danosos relacionados à exposição de dados no Brasil e no mundo, tem-se o notável caso *Cambridge Analytica*. Esta é uma sociedade empresária que realizava análise de dados e, em 2016, trabalhou em conjunto com a equipe de Donald Trump, até então candidato à presidência dos Estados Unidos da América (EUA). A empresa comprou acesso a informações pessoais de usuários da plataforma *Facebook* e, com isso, criou um sistema para influenciar as escolhas dos eleitores. Tudo isso sem que os usuários soubessem que estavam tendo seus dados coletados para serem usados como forma de manipulação futuramente (BBC, 2018, s.p).

Não obstante, em pesquisa realizada por estudiosos da Universidade de Cambridge, no Reino Unido, constatou-se que “com 150 curtidas o algoritmo podia prever sua personalidade melhor que seu companheiro. Com 250 curtidas, o algoritmo tem elementos para conhecer sua personalidade melhor do que você” (LISSARDY, 2017, s.p). Tais dados exemplificam como o *Big Data* tem possibilitado previsões cada vez mais específicas sobre as pessoas e suas

⁴ “*Data is the new oil*” é uma frase autoral do matemático Clive Humby, que significa “Dados são o novo petróleo”, em tradução livre. (TOWARDS DATA SCIENCE, 2022, s.p).

características e, conseqüentemente, o risco que os usuários correm por estarem cada vez mais expostos. Frazão (2019, p. 26) ressalta que essa possibilidade de coleta de dados, realizada de forma cada vez mais maciça, muitas vezes é feita sem a ciência e o consentimento por parte dos titulares desses dados.

No que diz respeito ao Brasil, pode-se mencionar caso envolvendo a sociedade empresária *Decolar.com*. A referida agência de viagens, através da utilização indevida de dados de usuários, anunciava preços diferentes para uma mesma acomodação, além de apresentar negativas de ofertas de vagas para alguns usuários, mesmo que estas ainda estivessem disponíveis. Tudo isso dependia e era feito a partir da localização do consumidor, práticas conhecidas como *geopricing* e *geoblocking*, respectivamente (BASAN; FALEIROS JÚNIOR, 2021, p. 238-241). Esse constante monitoramento dos usuários, que permite que governos e grandes agentes econômicos saibam tudo sobre os cidadãos, enquanto estes não sabem nada sobre aqueles, leva ao que Frazão (2019, p. 27) chama de capitalismo de vigilância.

Esse fenômeno, conforme esclarece Ferrão (2022, p.23), fez com que os direitos inerentes à condição subjetiva do sujeito tomassem novo contorno pois, hodiernamente, a proteção aos direitos fundamentais à privacidade, à honra e à imagem precisa de garantia também no ciberespaço. Estes direitos, acompanhando as mudanças sociais, fizeram com que surgisse o que se chama de direito à proteção dos dados pessoais (SCHREIBER, 2019, p. 368), considerado um direito e garantia fundamental autônoma (FERRÃO, 2022, p. 28). Não se podia esperar menos, na medida em que, a partir das informações obtidas pelo processamento de dados pessoais “são geradas decisões ou interpretações que podem ampliar ou reduzir as oportunidades do titular no mercado, formatar sua “imagem” perante os setores público e privado, bem como desenvolver sua personalidade” (MENDES; FONSECA, 2020, p. 517).

Diante do cenário descrito, torna-se possível compreender o surgimento, no Brasil, da LGPD. Tal norma se trata do regulamento brasileiro mais recente a dispor sobre o tratamento dos dados pessoais, cujo objetivo, conforme determina seu art. 1º, é de “proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural”.

Os arts. 3º e 4º esclarecem quando deve ou não ocorrer a aplicação da LGPD. Assim, tem-se que essa norma se aplica às operações de tratamento realizadas por pessoa natural ou jurídica de direito público ou privado, independentemente do meio, do país de sua sede ou do país em que estejam localizados os dados, desde que os dados pessoais sejam coletados ou

tratados no território nacional, ou que se tenha por objetivo a oferta ou o fornecimento de bens ou serviços, ou o tratamento de dados de indivíduos localizados no território nacional (LGPD, art. 3º). Por outro lado, esta lei não se aplica ao tratamento de dados pessoais realizado para fins particulares e não econômicos, jornalísticos, artísticos, acadêmicos ou para fins de segurança pública, defesa nacional e investigações penais (LGPD, art. 4º).

Entendidas as possibilidades de aplicação da LGPD, o histórico no qual ela está inserida, e a importância de se protegerem os dados pessoais e a pessoa titular dos dados, vem à tona questão relevante a ser discutida e que diz respeito à responsabilização dos agentes de tratamento quando da ocorrência de incidentes de segurança envolvendo dados. Para tanto, esclarece-se que um incidente de segurança com dados pessoais é entendido como

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 (ANPD, 2022, s.p).

Isso posto e assumindo-se que a responsabilidade dos encarregados pela coleta e tratamento de dados envolvidos em incidentes de segurança pode ser judicial ou extrajudicial, nesse último caso pela aplicação de sanções administrativas pela ANPD, qual deve ser a modalidade de responsabilidade civil adequada ao regime da LGPD?

Em busca de responder tal questão, primeiramente deve-se entender que a referida Lei, no Capítulo VI, Seção III, trata da matéria relativa à responsabilidade civil em razão dos danos decorrentes da violação aos deveres de proteção da segurança dos dados. As hipóteses que levam à responsabilidade civil dos agentes de tratamento estão relacionadas à noção de tratamento irregular prevista no art. 44⁵, que visa sistematizar critérios para aferição da culpa dos agentes e possuem como consequência a obrigação de indenizar (BIONI; DIAS, 2020, s.p).

⁵ Art. 44. O tratamento de dados pessoais será irregular quando deixar de observar a legislação ou quando não fornecer a segurança que o titular dele pode esperar, consideradas as circunstâncias relevantes, entre as quais:

I - o modo pelo qual é realizado;

II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;

III - as técnicas de tratamento de dados pessoais disponíveis à época em que foi realizado.

Parágrafo único. Responde pelos danos decorrentes da violação da segurança dos dados o controlador ou o operador que, ao deixar de adotar as medidas de segurança previstas no art. 46 desta Lei, der causa ao dano.

A técnica legislativa utilizada para determinar o que é tratamento irregular, segundo Bioni e Dias (2020, s.p), é falha. Isso porque tal tratamento, pela letra da lei, estaria relacionado apenas à “violação dos deveres de segurança”, quando deveria se relacionar, também, à “violação das normas da LGPD”. O autor explica que isso pode se dar em razão da ponte existente entre a LGPD e o Código de Defesa do Consumidor⁶ (CDC), o qual prevê, em seu art. 14, §1º que “o serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar”.

Outras pontes entre CDC e LGPD também são feitas para sustentar determinadas teses de aplicação da responsabilidade civil objetiva no âmbito desta última lei, as quais serão abordadas em tópico oportuno. Em que pese se tenham argumentos no sentido de ser objetiva a responsabilidade, feitas análises dos demais dispositivos contidos na LGPD, nota-se que a lei apresenta lacunas e, portanto, não foi clara em determinar qual é o regime de responsabilidade civil adotado em casos de incidentes de segurança envolvendo dados. Por esse motivo, os estudiosos divergem entre si, Godinho (2020, p. 15), Capanema (2020, p. 166), Lima e Divino (2021, p. 221) entendem se tratar de responsabilidade civil objetiva, outros autores como Tasso (2020, p. 107), Terra (2021, p. 442), Guedes (2021, p. 442) e Tepedino (2021, p. 442) afirmam ser subjetiva.

Diante dessas lacunas deixadas pelo legislador, deve-se esclarecer que a discussão a ser trazida sobre as interpretações conferidas aos dispositivos da LGPD em matéria de responsabilidade civil não se trata apenas de uma questão dogmática, na medida em que a definição do tipo de responsabilidade decorrente dos incidentes de segurança terá impactos na política, na sociedade, nos indivíduos e inclusive, sobre a economia. Isto porque o tratamento de dados tem importância relevante no desenvolvimento da atividade econômica atual (SANTOS; LEITÃO; WOLKART, 2022, p. 71). Feitas essas considerações, passa-se, adiante, a um aprofundamento a respeito da responsabilidade civil.

3. EM BUSCA DA FUNDAMENTAÇÃO DO DEVER DE INDENIZAR NAS TEORIAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Neste momento, é preciso realizar uma análise comparativa das principais teorias da responsabilidade civil adotadas e difundidas no sistema jurídico brasileiro. Afinal, sem

⁶ Lei nº 8.078, de 11 de Setembro de 1990.

conhecimento acerca destas teorias, não seria possível verificar a adequação principiológica da LGPD frente a elas, o que se faz necessário, posto que se trata do cerne do presente trabalho. Portanto, visando realizar um posterior exame de conformidade entre a LGPD e as principais teorias da responsabilidade civil, passa-se a uma breve análise destas, as quais podem tanto partir de uma relação causal, quanto implicarem em uma relativização da lógica da certeza no campo da causalidade, conforme melhor se explica a seguir.

Em princípio, destaca-se que, quando se fala em responsabilidade civil, fala-se do direito da vítima à reparação pelo dano que sofreu e do dever do ofensor em repará-lo. Entendido isso, passa-se à explicação sobre a teoria da responsabilidade civil subjetiva, ou “teoria da culpa”, a qual se repousa no ato ilícito, previsto no Código Civil, arts. 186 e 187⁷. Por isso, para que se configure a responsabilidade civil subjetiva, faz-se necessário que estejam presentes os três elementos do ato ilícito: o dano, a culpa do agente e o nexo de causalidade entre o dano e a culpa (PEREIRA, 2022, p. 70)

O dano trata-se de um prejuízo que é resultado de uma lesão a um direito (PEREIRA, 2022, p. 71). Já a culpa, em se tratando de responsabilidade civil subjetiva, trata-se da culpa no sentido lato, que abrange o dolo, entendido como o conhecimento do mal e direta intenção de o praticar, e a culpa no sentido estrito, considerada a violação de um dever que o agente podia conhecer e acatar (MONTEIRO, 2012, p. 573). Por sua vez, o nexo causal se trata da relação de causa e efeito entre os mencionados ato ilícito e dano. Deste modo, na lógica subjetivista, é preciso que quem alega o dano, comprove a presença destes três elementos. Isso feito, preenchidos estão os requisitos para que o agente seja responsabilizado.

Nota-se, portanto, como ponto positivo desta teoria, o fato de que a atribuição da responsabilidade com base na culpa permite que sejam consideradas as circunstâncias específicas de cada caso e a contribuição direta do responsável pelos danos. Consequentemente, há uma maior segurança jurídica, vez que os requisitos de atribuição de responsabilidade são claros e dificilmente se chegará a um resultado que possa ser considerado injusto para alguma das partes.

⁷ “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”, “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

Ocorre que, com o passar do tempo, observou-se um ponto fraco que gerou grande insatisfação com esta teoria, na medida em que o aumento das situações resultantes em danos demonstrou esta ser insuficiente para cobrir todos os casos de reparação. Muitas vezes, a vítima não consegue comprovar o dano, a culpa e o nexo de causalidade, elementos que, como já mencionado, são imprescindíveis quando se trata da doutrina subjetivista (PEREIRA, 2022, p. 371). Em suma, “a desigualdade econômica, a capacidade organizacional da empresa, as cautelas do juiz na aferição dos meios de prova trazidos ao processo nem sempre logram convencer da existência da culpa” (PEREIRA, 2022, p. 372).

Sob esse cenário surge, na França do século XIX, sob desenvolvimento principalmente de Saleilles e Josserand, a doutrina da responsabilidade civil objetiva, ou “teoria do risco da atividade”. No Brasil, o precursor da teoria foi Alvaro Lima, em 1938, através da tese intitulada “Da culpa ao risco”⁸. Os objetivistas trouxeram enfoque para o dano em si e ao entendimento de que a vítima não precisa ser sacrificada em nome de comprovações que não estão ao alcance desta. Então, sob essa ótica, o que se deve analisar é a ocorrência do fato e se dele ocorreu algum prejuízo. Caso ocorrido, o autor do fato será o responsável por ressarcir a vítima, independentemente da comprovação de culpa deste (PEREIRA, 2022, p. 379).

No Brasil, ajustando-se à evolução trazida por esta teoria, o Código de Defesa do Consumidor (CDC) adota a responsabilidade civil objetiva como regra. Já o Código Civil, paralelamente às cláusulas de responsabilidade subjetiva, também prevê diversas cláusulas objetivistas, como as que mencionam:

O abuso do direito (art. 187), o exercício de atividade de risco ou perigosa (parágrafo único do art. 927), danos causados por produtos (art. 931), responsabilidade pelo fato de outrem (art. 932 c/c o art. 933), responsabilidade pelo fato da coisa e do animal (arts. 936, 937 e 939), responsabilidade dos incapazes (art. 928) (FILHO, 2011, p. 250)

Merece destaque o parágrafo único do art. 927⁹ do Código Civil, que menciona a obrigação de reparar o dano “independentemente de culpa”. Cavalieri Filho (2011, p. 266) explica que, ao utilizar esta expressão, o artigo indica uma cláusula geral de responsabilidade

⁸ Da culpa ao risco / Alvaro Lima. Imprensa: São Paulo, Revista dos tribunais, 1938.

⁹ Art. 927. 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.

objetiva. Contudo, deve-se ressaltar que, diferentemente da responsabilidade subjetiva, que trata das condutas individuais de ação ou omissão, na teoria objetivista, o que se leva em consideração é a atividade reiterada, exercida de forma habitual e organizada profissionalmente para fins econômicos. “Reforça essa conclusão o fato de que a doutrina e a própria lei utilizam a palavra “atividade” para designar serviços” (FILHO, 2011, p. 267).

A título exemplificativo, tem-se o CDC, art. 3º, §2º, que preleciona que, acrescido de outros requisitos, “serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo”. Portanto, a mencionada cláusula geral de responsabilidade civil foi estabelecida com vistas a abranger a gama de serviços existentes no Brasil e não atos individuais sem caráter profissional (FILHO, 2011, p. 267).

Ou seja, a responsabilidade civil objetiva decorre do fato de alguém se dispor a realizar determinado serviço, de maneira que o fornecedor passa a responder pela segurança do serviço que oferece (FILHO, 2011, p. 269). Assim, não se faz necessária a comprovação cabal da culpa do agente quando da ocorrência de dano relacionado a atividade por ele exercida. Isso porque o direito optou por proteger a vítima, considerando que o agente causador do dano está em condições de tirar benefícios da atividade que originou o prejuízo (BESSA, 2018, p. 28).

Em que pese a teoria do risco tenha conseguido priorizar o ressarcimento da vítima em relação à teoria da culpa, ao longo do século XX, viu-se um movimento no sentido de encontrar outras formas de abrandar a carga probatória sobre o nexo de causalidade utilizando teorias probabilísticas (CAPELOTTI, 2012, p. 125). Isso porque “não possuímos “lentes causais” para podermos afirmar as causas de um evento, conectando um diretamente ao outro, daí o inevitável recurso a estimativas, à probabilidade” (CAPELOTTI, 2012, p. 26).

Assim, as teorias da responsabilidade civil calcadas na probabilidade ou na verossimilhança, em vez de se basearem nos já mencionados risco ou culpa, se apresentam como uma espécie de terceira via às clássicas teorias da responsabilidade civil objetiva e subjetiva (MULHOLLAND, 2010, p. 282). Estas teorias posteriores concedem uma possibilidade ao magistrado de responsabilizar os agentes ligando o dano à conduta ou à atividade desenvolvida, e não a uma prova estrita da existência de nexo causal, o que se mostra mais eficiente nos casos em que há dificuldade de se encontrar comprovações a respeito dos fatos constitutivos do direito do autor. A seguir serão mencionadas algumas delas, quais sejam: a teoria da presunção de causalidade, as teorias probabilísticas, a doutrina sueca da verossimilhança, a teoria da *preponderance of evidence*, a doutrina da *market share liability*, a

doutrina da *res ipsa loquitur* e a teoria da redução do módulo probatório. Sendo assim, agora passa-se para a análise das referidas teorias.

3.1. A Teoria da Presunção de Causalidade

A começar pela teoria da presunção de causalidade, para melhor entendê-la, deve-se compreender o significado de presunção. Segundo Mulholland (2010, p.197), trata-se de “um mecanismo lógico que possibilita a identificação de determinada situação como sendo semelhante à outra já reconhecida e assimilada”. Ou seja, diante da certeza de um acontecimento anterior, presume-se que outro fato semelhante a este também pode ser considerado correto, inferência esta que pode ser feita através da presunção.

Ressalta-se que a presunção nessa teoria não é a que se retira da própria lei, como no caso da responsabilidade legal por danos ambientais ou nucleares¹⁰. Isto é, não existe uma afirmação na legislação de que a situação analisada se trata de presunção, esta conclusão se dará a partir da interpretação dos fatos e das leis correspondentes (MULHOLLAND, 2010, p. 199). Então, a responsabilidade civil, nesta teoria, deve se fundamentar nos seguintes parâmetros: “(I) impossibilidade objetiva da prova do nexo de causalidade; (II) desenvolvimento de atividade altamente arriscada; (III) verificação de dano tipicamente associado à atividade realizada” (MULHOLLAND, 2010, p. 296).

Como se vê, a atividade realizada assume um papel importante na aplicação desta teoria, motivo pelo qual se faz necessário analisar o custo da exploração da atividade e, sendo o custo social dos danos considerado maior que o resultado econômico da exploração, se abriria a possibilidade para aplicação da teoria, já que o risco da atividade é maior do que o esperado (MULHOLLAND, 2010, p. 295).

Expostos os requisitos acima, tem-se que a causalidade se trataria do provável liame entre a atividade de risco desenvolvida pelo agente e o dano à vítima. Para gerar a responsabilização, Mulholland (2010, p. 300-301) esclarece que a decisão do magistrado deve ser baseada em dados estatísticos obtidos por técnicas corretas, através de análise pericial que

¹⁰ Nas leis nº 6.453/77 (Lei de Danos Nucleares) e nº 6.938/81 (Lei de Proteção do Meio Ambiente), o legislador prevê a presunção legal absoluta de causalidade, pois consta a obrigação de indenizar mesmo em situações de caso fortuito (MULHOLLAND, 2010, p. 199).

demonstre os dados estarem aptos a comprovarem que determinado dano, dentre outros eventos, é estatisticamente mais provável de ter sido causado por determinada atividade ou conduta.

Isso posto, para dizer que esta teoria se aplicaria aos incidentes de segurança envolvendo dados, a atividade regulada pela LGPD precisaria ser arriscada, bem como deveria haver a verificação de dano associado à atividade, já que estes são dois dos três requisitos ora mencionados para que ela se aplique. Estas duas primeiras exigências se confirmam, na medida em que, conforme lecionam Doneda e Mendes (2018, p. 476-477), a atividade de tratamento de dados possui um risco intrínseco a ela, haja vista a potencialidade de lesar direitos personalíssimos e fundamentais.

Para estes autores, o risco inerente à atividade é notado na LGPD, art. 6º, II e III e art. 7º, pois nestes artigos a lei limita a atividade de tratamento de dados apenas ao que for estritamente necessário para o desenvolvimento (art. 6º, III) e para a finalidade desta (art. 6º, II) e às hipóteses que possuem fundamento legal (art. 7º). Estes deveres, portanto, foram estabelecidos justamente em razão de se tratar de uma atividade de risco que precisa de limitações (DONEDA; MENDES, 2018, p. 476).

Quanto ao terceiro requisito, qual seja, a impossibilidade objetiva da prova do nexo de causalidade, poderia este não ser verificado em toda e qualquer situação envolvendo incidentes de segurança. Isso demonstra o caráter excepcional da teoria, que deve ser aplicada em situações atípicas quando, de fato, o nexo causal é de muito difícil comprovação. Por isso, não é possível dizer que tal teoria é a regra adotada pela LGPD que, ao estabelecer as regras atinentes à responsabilidade civil, impõe a reparação do dano pelo agente quando o dano ocorre “em razão do exercício da atividade de tratamento de dados” (art. 42). Isto é, exige um elemento referencial – nexo causal – entre a conduta e o resultado, além de prever excludentes de responsabilidade do agente quando há uma quebra do nexo causal (art. 43, I e III¹¹). Isso posto, apresenta-se a seguir outras teorias que se utilizam da probabilidade para abordar a comprovação da causalidade.

3.2. As Teorias Probabilísticas

¹¹ Art. 43. Os agentes de tratamento só não serão responsabilizados quando provarem:

I - que não realizaram o tratamento de dados pessoais que lhes é atribuído;

II - que, embora tenham realizado o tratamento de dados pessoais que lhes é atribuído, não houve violação à legislação de proteção de dados; ou

III - que o dano é decorrente de culpa exclusiva do titular dos dados ou de terceiro.

As “teorias probabilísticas”, advogadas por Gomes Canotilho em Portugal e por Infantino e Bordon na Itália, são semelhantes à da presunção de causalidade, porém sem a exigência de uma aplicação em casos tão específicos de atividade de risco. Gomes Canotilho e Bordon argumentam que o magistrado pode contar com uma “causalidade probabilística” entre o fato e o dano. Isso seria feito em determinados casos como forma de evitar que uma incerteza de evidências sobre os eventos resulte constantemente em veredito desfavorável ao autor. Assim, poderia se admitir que determinado fato deu causa a um desfecho caso haja uma alta probabilidade, também com base em dados estatísticos, de que isso tenha ocorrido (FACCHINI NETO, 2020, p. 97). A seguir, apresenta-se outra teoria que aborda o uso da probabilidade de forma semelhante à presente teoria.

3.3. A Doutrina Sueca da Verossimilhança

No que diz respeito à doutrina sueca da verossimilhança, essa, utilizando a probabilidade para relativizar a regra do ônus da prova, pressupõe que, se houver um mínimo de preponderância das provas de uma das partes em relação às da outra, o julgamento conforme o ônus da prova já pode ser aceito. Isto é, se uma das partes apresentar uma prova que demonstre um grau de 51% (cinquenta e um por cento) de verossimilhança da alegação, a posição desta estaria mais perto da verdade e “permitiria um julgamento mais racional e mais bem motivado do que aquele que, estribado na regra do ônus da prova, considerasse a alegação como não provada” (MARINONI; ARENHART, 2015, p. 103-104). Entendida tal teoria, discorre-se a seguir sobre outra teoria cuja lógica também se mostra similar a essa.

3.4. A Teoria da *Preponderance of Evidence*

Teoria semelhante à anterior e mais vista na jurisdição civil de *common law* é a chamada, nos EUA, de *preponderance of evidence* e, na Comunidade Britânica e na Escandinávia, de *balance of probability* (SOARES, 2022, p. 06) ou *more probable than not* (FACCHINI NETO, 2016, p. 20). Essa forma de julgamento é simbolizada pela premissa de que uma versão é mais provável de que seja verdadeira do que outra (FACCHINI NETO, 2016 p. 20). Assim, os magistrados interpretam que se há um percentual maior do que 50% (cinquenta por cento) de chance de determinado evento ter causado o dano, já seria possível se estabelecer

o nexa causal (SOARES, 2022 p. 07). Agora, passa-se a análise de uma teoria que também se utiliza da probabilidade, mas se baseia na quota de mercado de determinados agentes.

3.5. A Doutrina da *Market Share Liability*

A doutrina da *market share liability*, também conhecida como teoria da responsabilidade por quota de mercado, surgiu nos EUA, quando foi aplicada pela primeira vez no caso *Sindell vs. Abbott Laboratories*, julgado em 1980 pela Suprema Corte da Califórnia. Apesar de também ser uma espécie de teoria probabilística, diferentemente das mencionadas anteriormente, esta teoria não se preocupa primordialmente em abordar a causalidade e, sim, a autoria (FACCHINI NETO, 2020, p. 94).

É possível entender melhor esta teoria a partir da explicação do julgamento supramencionado. Nesse caso, a autora da ação que originou o julgado, chamada Sindell, foi uma das inúmeras vítimas de um medicamento utilizado por gestantes que tinham propensão a ter abortos espontâneos. Após anos de venda do medicamento, percebeu-se que parte significativa das filhas fruto da gestação utilizando o referido remédio, como a Sindell, desenvolviam câncer. Por isso, a autora propôs ação contra o laboratório Abbott e outros 10 (dez) fabricantes de remédios que continham o princípio ativo relacionado à doença, haja vista que não era possível saber de qual laboratório era o medicamento consumido pela mãe de Sindell há mais de 10 (dez) anos (FACCHINI NETO, 2020, p. 93-94).

Em razão da impossibilidade de definir qual era a fabricante à época, o tribunal condenou os laboratórios a pagarem os danos na proporção de participação destes no mercado daquele medicamento no Estado da Califórnia no ano da gestação de Sindell. Desta feita, cada laboratório foi responsável pela sua quota de mercado, “*market share liability*”. Assim, “esse percentual revelava o grau de probabilidade de que fosse o seu produto, e não o dos concorrentes, o responsável pelo dano” (FACCHINI NETO, 2020, p. 94). Agora, passa-se a expor outra teoria que se utiliza de artifício diverso para facilitar a defesa da vítima.

3.6. A Doutrina da *res ipsa loquitur*

A doutrina da *res ipsa loquitur*, expressão do latim, que pode ser traduzida como “a coisa fala por si mesma”. Ela foi instituída pelo sistema do *common law* e pressupõe que há uma justificação da inversão do ônus da prova em desfavor do acusado em situações nas quais

“a prova do dano ou da conduta determinante imputada ao ofensor são de difícil realização, ou mesmo impossível de serem produzidas em certas situações” (MIRAGEM, 2021, p. 160).

Caio Mário da Silva Pereira (2022, p. 127), ao mencionar tal doutrina, faz alusão à denominada culpa virtual, comumente utilizada pelos tribunais franceses, a qual traz a ideia de que a culpa resulta do próprio dano, isto é, a coisa fala por si mesma – *res ipsa loquitur*. Para exemplificar a culpa virtual e a aplicação da mencionada doutrina no sistema brasileiro, Pereira (2022, p.127) menciona a culpa do médico, a qual, segundo Lopez (2010, p. 311) pode ocorrer, dentre outras situações, quando o doente vem a falecer no pós-operatório por abandono de cuidados. Entendida a presente teoria, introduz-se, em seguida, a última teoria a ser abordada neste artigo, que também relativiza o nexo causal, como a presente e as anteriores.

3.7. A Doutrina da Redução do Módulo Probatório

A doutrina da redução do módulo probatório é comumente utilizada nos juizados especiais brasileiros e é originária da Alemanha, local em que foi elaborada por Gerhard Walter (FACCHINI NETO, 2016, p. 21). Tal teoria defende que o magistrado, principalmente quando existem leis que protegem determinadas categorias, deve julgar pautado na verossimilhança dos fatos, nas presunções e na regra da inversão do ônus da prova (HIGINO NETO, 2005, p. 54-55). Assim, o julgamento poderá ser feito com uma redução das exigências probatórias nos casos em que a produção de prova seja excessivamente difícil, não devendo o magistrado sempre exigir a mesma prova para qualquer situação, contentando-se a se ater à verossimilhança dos fatos a depender do caso (HIGINO NETO, 2005, p. 54-55).

3.8. Aplicação das Teorias que Relativizam o Nexo Causal

Nota-se que todas as teorias aqui expostas possuem um denominador comum, qual seja, a relativização do nexo causal. Esse, por sua vez, trata-se de um pressuposto tanto da responsabilidade civil objetiva, quanto da subjetiva. Sendo assim, entende-se que as teorias que relativizam o nexo causal são passíveis de serem aplicadas pelo magistrado mesmo quando a legislação aponta para a aplicação da teoria da responsabilidade civil subjetiva ou objetiva. Afinal, aquelas abordam a configuração de um dos pressupostos destas.

No caso da responsabilidade civil subjetiva, pode se mostrar difícil identificar a aplicação dessas teorias, em razão da necessidade de comprovação da culpa do agente. Contudo,

não se deve confundir culpabilidade e causalidade, ambos os conceitos se complementam e se faz necessário, primeiro, investigar a existência de uma relação causal para, somente depois, identificar a existência de determinada conduta culposa (MULHOLLAND, 2010, p. 60). Sendo assim, a relativização do nexos causal não necessariamente impactaria na aplicação da responsabilidade civil subjetiva, que pode ter o pressuposto da culpabilidade do agente analisado em momento diverso da análise do nexos de causalidade.

Essa diferenciação também pode ser melhor identificada quando se entende que o nexos causal, além de servir para identificar o responsável pela reparação do dano, também pode ser utilizado para balizar o *quantum* indenizatório em determinadas situações (MULHOLLAND, 2010, p. 57). Um exemplo dessa última situação é o caso *Sindell vs Abbott*, mencionado quando da explanação sobre a doutrina da *market share liability*, em que a relativização do nexos causal auxiliou na definição do percentual indenizatório que cada agente teve de arcar.

Sob esse contexto, deve-se questionar se tais teorias são compatíveis com o sistema jurídico brasileiro. Nesse sentido, frisa-se que

diante do caráter universal da ciência jurídica, é perfeitamente possível a invocação de teses, doutrinas e entendimentos jurisprudenciais de outros países, desde que compatíveis com os princípios jurídicos vigentes no país para onde se quer importá-los. Aliás, não só é possível como também recomendável, a fim de se fazer avançar as ideias jurídicas (FACCHINI NETO, 2016, p. 17).

Concatenando-se à citação acima, identifica-se decisões que confirmam esse entendimento. A exemplo, acórdãos proferidos pelos Tribunais de Justiça do Rio Grande do Sul¹² e de São Paulo¹³, cujos alguns excertos colaciona-se abaixo:

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Civil nº 70059502898 (...) 4. Como exemplos dessas novas ideias e práticas jurisprudenciais que estão apontando, há décadas, para uma tal flexibilização da prova do nexos de causalidade, citam-se a doutrina da *market share liability*, a doutrina da perda de uma chance (*perte d'une chance*), a doutrina da *res ipsa loquitur*; a doutrina da causalidade alternativa; a doutrina da presunção de causalidade; a doutrina do *more probable than not*; a doutrina da redução do módulo da prova; a doutrina sueca da verossimilhança, bem como a admissão de probabilidades estatísticas (essa última especialmente importante para o

¹² TJRS. Apelação Civil nº 70059502898. Relator: Desembargador Eugênio Facchini Neto. Nona Câmara Cível. Data do julgamento 18/12/2018; Data da publicação: 22/01/2019

¹³ TJSP. Apelação Civil nº 1015707-41.2014.8.26.0053. Relatora: Desembargadora Heloísa Martins Mimessi. 5ª Câmara de Direito Público. Data do julgamento: 14/05/2018; Data da publicação: 16/05/2018

caso em tela). Essas teorias/doutrinas/ práticas jurisprudenciais não constituem simples construções subjetivas que expressam um desejo íntimo e imperscrutável do julgador, mas sim construtos que guardam uma lógica e uma racionalidade que resistem ao diálogo intersubjetivo. Boa parte dessas construções teóricas e jurisprudenciais são conhecidas pela nossa doutrina e aplicadas pela nossa jurisprudência. Nona Câmara Cível. Relator: Desembargador Eugênio Facchini Neto. Data do julgamento 18/12/2018; Data da publicação: 22/01/2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Civil nº 1015707-41.2014.8.26.0053. RESPONSABILIDADE CIVIL. Pretensão do Município de São Paulo à reparação dos danos materiais e sociais sofridos em manifestação contra o aumento da tarifa do transporte público. Contexto das manifestações políticas de junho de 2013. Fato multitudinário. Análise do nexos causal que se desloca para o campo da causalidade alternativa. Responsabilidade solidária de todos os componentes do grupo. Inteligência do art. 942 do Código Civil. Danos sociais. Sensação generalizada de insegurança. Depredação do patrimônio público e privado. Afronta ao exercício legítimo e democrático do direito de manifestação. Recurso não provido. 5ª Câmara de Direito Público. Relatora: Desembargadora Heloísa Martins Mímessi. Data do julgamento: 14/05/2018; Data da publicação: 16/05/2018.

Como se percebe, em ambos os julgamentos os julgadores entenderam pela flexibilização do nexos causal quando verificados em casos de difícil comprovação do vínculo causal, situações nas quais essas teorias servem de auxílio e permitem que o magistrado consiga melhor atender as demandas da sociedade atual. Portanto, em que pese advenham do Direito estrangeiro, tais teorias estas são compatíveis e aplicáveis no ordenamento jurídico pátrio e até mesmo realizam princípios presentes nesse ordenamento.

Contudo, analisando tais teorias no contexto da LGPD, não se pode dizer que alguma dessas foi a escolhida pelo legislador como regra atinente a essa lei. Isso porque a relativização do nexos de causalidade não é a regra,

o exame do liame causal ainda é o meio através do qual se estabelece a imputação de responsabilidade àquele que com sua conduta ou atividade gerou o resultado que se busca reparar. E, como se mostra evidente, este elemento não poderá ser apartado definitivamente, sob pena de instaurar-se um verdadeiro sistema de seguridade social, afastando, desta maneira, a função primária da responsabilidade civil (MULHOLLAND, 2010, p. 62)

Nesse sentido, tem-se que as teorias que relativizam o nexos causal são passíveis de serem aplicadas em situações extraordinárias e, em regra, para que surja o dever de indenizar, a LGPD exige uma comprovação efetiva, e não probabilística, acerca da violação da legislação por parte do controlador ou operador, conforme se demonstra a seguir. Mas, antes disso, deve-

se ressaltar que essa lei, no art. 42, §2º, prevê a possibilidade de inversão do ônus da prova em favor do titular dos dados quando o magistrado considerar que há uma hipossuficiência para fins de produção de prova por parte do titular. Isso poderia tornar desnecessária a relativização do nexo causal, já que caberia ao agente suposto causador do dano a comprovação dos fatos e evidência que as teorias que tratam da relativização desse pressuposto da reponsabilidade civil não são a regra adotada pela LGPD.

Outrossim, da leitura do art. 42, §1º, I, que afirma que o operador responderá solidariamente pelos danos causados somente se “descumprir as obrigações da legislação” ou “não tiver seguido as instruções lícitas do controlador”, nota-se uma tendência da lei de exigir uma comprovação concreta e não probabilística dos fatos. Ainda, o art. 42, §1º, II postula que será responsabilizado o controlador que estiver “diretamente envolvido” no tratamento que gerou danos. Ou seja, em ambas as hipóteses, há que se comprovar o efetivo nexo entre o comportamento dos agentes e o dano, o que não se compatibiliza com a ideia de responsabilização destes somente por existir uma possibilidade de nexo entre a conduta destes e o dano.

Ainda, as hipóteses previstas no art. 43 da LGPD também adotam essa mesma lógica de necessidade de comprovação categórica dos fatos, e não do aceite de uma mera probabilidade. Por isso, o art. 43 requer a comprovação de que o agente de tratamento não realizou o tratamento (inc. I) ou de que, tendo realizado, não violou a LGPD (inc. II), ou ainda que se comprove a culpa exclusiva de terceiro (inc. III). Ou seja, a LGPD, em seus arts. 42 e 43, exige comprovações acerca da conduta do agente e o nexo causal dessa para com a ocorrência do dano, o que não condiz com as teorias calcadas na probabilidade e verossimilhança, que justamente não se mostram tão exigentes quanto a LGPD no que diz respeito ao ônus probatório e ao nexo causal. Sendo assim, no capítulo a seguir, discorre-se sobre qual foi, então, o regime de responsabilidade civil adotado pela LGPD nos casos envolvendo incidentes de segurança.

4. O REGIME DE RESPONSABILIDADE CIVIL ADOTADO PELA LGPD

Considerando que nenhuma das teorias anteriormente analisadas se adequam ao regime de responsabilidade civil adotado pela LGPD, faz-se, agora, uma última análise para definir qual seria, então, a modalidade eleita. Os defensores da ideia de se tratar de responsabilidade civil objetiva alegam que a atividade de tratamento de dados possui um risco intrínseco a ela, que é reconhecido pela LGPD, por exemplo, no já mencionado art. 6º, III, que limita a atividade

de tratamento de dados apenas ao que for estritamente necessário para o desenvolvimento desta, vinculando-se a responsabilidade, então, à teoria do risco (DONEDA; MENDES, 2018, p. 555). Ainda, complementam que, da análise do art. 42 da LGPD, o legislador não fez uma alusão direta à necessidade de comprovação de conduta culposa por parte do agente e, diante da suposta ausência de comprovação da conduta culposa e do risco inerente à atividade, o legislador teria adotado a teoria da responsabilidade civil objetiva (MULHOLLAND, 2020, s.p).

Contudo, nota-se que o art. 42 também não afirma que a responsabilidade ocorrerá independentemente da culpa. Nesse ponto, destaca-se que, tanto o Código Civil, nos arts. 927¹⁴ e 931¹⁵ quanto o CDC, nos arts. 12¹⁶ e 14¹⁷, quando fazem alusão à responsabilidade objetiva, deixam claro que essa se dá “independentemente de culpa”, o que leva a crer que, caso fosse objetiva a responsabilidade, tal termo, isentando a necessidade de comprovação de culpa, também teria sido utilizado (SCHREIBER, 2021, p. 324). Não obstante a omissão quanto a dispensa de comprovação da culpa, o art. 42 ainda postula que a responsabilidade do agente se dará mediante “violação à legislação de proteção de dados pessoais”, redação semelhante à do GDPR¹⁸ europeu, que faz alusão aos danos decorrentes de “uma violação do regulamento” (art. 82, §1º) e cujo continente tem defendido a adoção do regime da responsabilidade civil subjetiva (CORDEIROS; FRAZÃO; TEPEDINO; DONATO OLIVA, 2019, p. 779-780).

No artigo seguinte, mais precisamente, art. 43, II, a LGPD traz uma hipótese de excludente de responsabilidade tipicamente relacionada à responsabilidade civil subjetiva, pois determina que, caso demonstre que cumpriu as normas da LGPD, o agente não pode ser responsabilizado, mesmo que existente o dano (GUEDES; MEIRELES, 2019, p. 231). Aqui, faz-se importante mencionar que esta hipótese não pode ser comparada à do CDC, art. 12, §3º, II¹⁹, pois tal artigo exclui a responsabilidade do fornecedor que demonstrar inexistência do

¹⁴ Art. 927. (...) 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.

¹⁵ Art. 931. Ressalvados outros casos previstos em lei especial, os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação.

¹⁶ Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores (...).

¹⁷ Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços

¹⁸ “GDPR” é a sigla de “*General Data Protection Regulation*”, em tradução livre, “Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados”, aplicável à União Europeia e ao Espaço Econômico Europeu.

¹⁹ Art. 12. (...) § 3º O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar (...) II - que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste;

defeito alegado pela parte e, na LGPD, o dano pode existir e, ainda assim, o agente se eximirá de indenizar caso comprove não ter violado a lei. Ou seja, o que a LGPD, art. 43, II, faz é demonstrar que há uma presunção culpa do agente de tratamento e, conforme leciona Cavalieri Filho (2011, p. 77), a culpa presumida não afasta o sistema da responsabilidade subjetiva, pois admite discutir amplamente a culpa do causador do dano, ao qual resta elidir a presunção de culpa contra si para afastar a própria responsabilização.

Apresentando mais evidências quanto à adoção do regime subjetivo, a LGPD, art. 44, parágrafo único, ao tratar dos incidentes de segurança, determina 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”. Mais uma vez, a legislação não optou pela responsabilização independente da culpa e, sim, quando o agente deixar de adotar as medidas necessárias. Ainda, não se pode olvidar do fato de que a LGPD dedicou o Capítulo VII (arts. 46 a 51) inteiro a orientações sobre segurança e boas práticas, no qual o legislador estabeleceu um *standard* de condutas a serem seguidas pelos agentes de tratamento de dados (TEPEDINO; TERRA; GUEDES, 2020, p. 438).

Tudo isso indica que não foi adotado o modelo da responsabilidade civil objetiva, já que “não haveria razão para o legislador impor tantos deveres, fixando preciso padrão de conduta, se fosse para responsabilizar os agentes, independentemente de terem esses agido ou não com culpa” (TEPEDINO; TERRA; GUEDES, 2020, p. 438). Ainda, sob a ótica de uma análise econômica do Direito, caso os agentes seguissem todos os padrões de conduta previstos na LGPD e, não obstante a isso, fossem responsabilizados objetivamente, os custos despendidos nas ações preventivas seriam dispensáveis e haveria um desincentivo à adoção de medidas de prevenção. Isso porque, independentemente de terem maiores gastos financeiros com a proteção de dados ou de se manterem inertes, os agentes seriam responsabilizados de qualquer forma, bastando que houvesse dano e nexos causal. Ou seja, os agentes que seguissem os preceitos recomendados pela LGPD teriam uma perda de competitividade em relação aos que não adotassem o *standard* de condutas previsto na lei, afinal, ambos teriam as mesmas chances de serem responsabilizados sem análise de culpa, mas um teria elevado os custos para adotar medidas preventivas, e outro teria o orçamento inalterado (DIVINO; ALVES, 2022, p. 124-125). Desta feita, seria um contrassenso a LGPD estimular a adoção de boas práticas e medidas de governança e, ao mesmo tempo, acolher um regime de responsabilidade civil que desincentiva os agentes a investirem nas referidas medidas.

Portanto, seguindo a lógica instituída pela LGPD, que estimula a adoção de práticas de precaução, os agentes de tratamento devem seguir padrões de conduta e medidas de segurança previstos na lei e, em caso de ocorrência de incidentes de segurança, para que sejam responsabilizados, não só o dano será analisado, mas também a atuação dos agentes para evitá-lo ou conter seus efeitos (TEPEDINO; TERRA; GUEDES, 2020, p 439). Essa sistemática de funcionamento da LGPD reflete-se no art. 6º, inciso X, da lei, que anuncia o princípio da “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”. Vê-se, portanto, que a responsabilidade civil na LGPD, de forma semelhante ao Regulamento europeu, funda-se em três noções, que devem ser somadas: “i) dano, ii) violação da legislação de proteção dos dados por parte do controlador e/ou operador e iii) reparação” (BODIN DE MORAES; QUINELATO, 2019, p. 126).

Sabendo-se que a caracterização da responsabilidade objetiva “independe, completamente (...) da violação de qualquer dever jurídico por parte do agente” (BODIN DE MORAES, 2006, p. 25), é evidente, então, que a LGPD não adotou tal regime. Noutra giro, como já elucidado no presente artigo, a culpa, necessária para a designação da responsabilidade subjetiva, pode se tratar da culpa em sentido estrito, considerada a violação de um dever que o agente podia conhecer e acatar (MONTEIRO, 2012, p. 573), no caso, a violação da legislação de dados e dos deveres gerais de segurança e prevenção impostos por ela. Feitas essas considerações, constata-se que a modalidade de responsabilidade civil adequada ao regime da LGPD é a da responsabilidade civil subjetiva.

5. CONCLUSÃO

Das exposições realizadas na presente pesquisa, constata-se que a sociedade atual tem recebido um novo contorno, no qual os dados pessoais são de fácil acesso e passaram a se tornar um insumo para o mercado global. Nesse sentido, a atividade de processamento de dados compromete a privacidade dos indivíduos e permite que agentes econômicos tenham poder de manipulação sobre a população. Não à toa, de forma recorrente são relatados diversos eventos danosos relacionados à exposição de dados, como os casos envolvendo a *Cambridge Analytica* e a *Decolar.com*, mencionados nesta pesquisa, e que mostram o uso indevido de dados cujos titulares sequer sabiam que tiveram suas informações pessoais expostas.

Por isso, viu-se o surgimento do direito e da garantia fundamental à proteção de dados e, sob esse contexto, a LGPD é implementada no Brasil, visando proteger os direitos fundamentais à liberdade e à privacidade, bem como o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural. Como uma das formas de garantir seus objetivos, essa lei estabelece a responsabilização do controlador e do operador de dados quando da ocorrência de incidentes de segurança envolvendo dados. Contudo, a LGPD não estabeleceu de forma explícita qual é a modalidade de responsabilidade civil aplicável aos agentes nessas situações, cenário que gera controvérsias entre os estudiosos do assunto. As principais divergências perpassam pelos que acreditam se tratar de responsabilidade civil objetiva e os que acreditam ser subjetiva.

Sob esse cenário, a presente pesquisa objetivou identificar qual é a modalidade de responsabilidade civil que mais se adequa à tutela protetiva da LGPD. Para tanto, foi realizada a análise da responsabilidade civil sob a ótica das teorias da responsabilidade civil objetiva, da responsabilidade civil subjetiva, da Teoria da Presunção de Causalidade, das Teorias Probabilísticas, da Doutrina Sueca da Verossimilhança, da Teoria da *Preponderance of Evidence*, da Doutrina da *Market Share Liability*, da Doutrina da *res ipsa loquitur* e a Teoria da Redução do Módulo Probatório.

Dessa forma, constatou-se que todas as teorias ora mencionadas são aplicáveis ao ordenamento jurídico brasileiro, mas, no que diz respeito à LGPD, após realização do exame do texto legal e comparando-o às referidas teorias, a modalidade de responsabilidade civil que se mostrou mais adequada a essa lei foi a da responsabilidade civil subjetiva. Isso porque, em suma, a LGPD, em diversos momentos, demonstra preocupação em exigir a comprovação da culpa do agente para a ocorrência do dano, além do nexo causal. Isto é, para que haja a responsabilização civil dos agentes de tratamento, entendeu-se que a lei exige que estejam presentes todos os requisitos da responsabilidade civil subjetiva, mais precisamente o dano, o nexo causal, e a violação da legislação de dados, sendo que essa última é entendida como a externalização do elemento culpa.

Além disso, a LGPD não se preocupou em tão somente apresentar punições aos agentes responsáveis por possíveis incidentes de segurança, mas também se empenhou em incentivar medidas de prevenção à ocorrência desses. Para isso, a lei estabeleceu um verdadeiro *standard* de condutas sobre segurança e boas práticas a serem seguidas pelos agentes de tratamento. Desta feita, a necessidade de análise do elemento culpa, que leva à responsabilidade civil subjetiva, torna-se ainda mais evidente, na medida em que não faria sentido algum que a legislação quisesse incentivar a adoção de medidas de prevenção e, ao mesmo tempo,

responsabilizasse os agentes independentemente da adoção ou não dessas medidas, que seria o caso de uma responsabilização sem análise da culpa.

Em que pese se tenha entendido que o legislador optou por adotar a responsabilidade civil subjetiva quando da ocorrência de incidentes de segurança envolvendo dados, deve-se reconhecer que a extensa discussão que permeia o assunto é fundada. Isso porque as outras diversas perspectivas sustentadas por doutrinadores e estudiosos que defendem outros posicionamentos também partem de premissas juridicamente válidas. Assim, uma resposta definitiva só poderia ser vista caso o legislador alterasse o texto legal atual de forma que este postulasse, expressamente, quais são os pressupostos da responsabilidade civil necessários para a responsabilização dos agentes de tratamento.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Rubia Maria Ferrão de. **Excludentes de responsabilidade civil no contexto da proteção de dados pessoais**. São Paulo: USP/Faculdade de Direito, 2022;

Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD). Semana da Proteção de Dados 2022. **Incidentes de Segurança com dados pessoais**. Disponível em: [https://www.gov.br/anpd/pt-br/semana-da-protecao-de-dados-2022/incidentes-de-seguranca-com-dados-pessoais#:~:text=Um%20incidente%20de%20seguran%C3%A7a%20com,dados%20inadequada%20ou%20il%C3%ADcita%2C%20os](https://www.gov.br/anpd/pt-br/semana-da-protecao-de-dados-2022/incidentes-de-seguranca-com-dados-pessoais#:~:text=Um%20incidente%20de%20seguran%C3%A7a%20com,dados%20inadequada%20ou%20il%C3%ADcita%2C%20os;);

BASAN, Arthur Pinheiro; FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. Desafios da predição algorítmica na tutela jurídica dos contratos eletrônicos de consumo. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil, Belo Horizonte**, v. 30, p. 237-254, out./dez. 2021. DOI: 10.33242/rbdc.2021.04.011;

BBC News. Entenda o escândalo de uso político de dados que derrubou valor do Facebook e o colocou na mira de autoridades. **BBC News Brasil**, 20 mar 2018. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-43461751>;

BESSA, Leonardo Roscoe. Responsabilidade objetiva no Código de Defesa do Consumido. **Revista Jurídica da Presidência Brasília** v. 20 n. 120, p. 20-43. Fev./Maio 2018;

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**, v. 9, n. 3, p. 1-23, 22 dez. 2020;

BODIN DE MORAES, Maria Celina. LGPD: um novo regime de responsabilização civil dito “proativo”. **Editorial à civilistica.com**. Rio de Janeiro: a. 8, n. 3, 2019. Disponível em: <http://civilistica.com/lgpd-um-novo-regime/>;

BODIN DE MORAES, Maria Celina; QUINELATO João de Queiroz. Autodeterminação informativa e responsabilização proativa: novos instrumentos de tutela da pessoa humana na LGPD. In: **Cadernos Adenauer xx (2019), nº3 Proteção de dados pessoais: privacidade versus avanço tecnológico**. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, outubro 2019. isbn 978-85-7504-230-4;

BODIN DE MORAES, Maria Celina. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 854, p. 25. Dez. 2006;

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, Diário Oficial da União, 2002;

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;

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1990;

CAPANEMA, Walter Aranha. A responsabilidade civil na Lei Geral de Proteção de Dados. In: **Cadernos Jurídicos**. São Paulo, ano 21, nº 53, p. 163-170, Janeiro-Março/2020;

CAPELOTTI, João Paulo. **O nexos causal na responsabilidade civil: entre a certeza e a probabilidade**. Orientador: Rodrigo Xavier Leonardo – Curitiba, 2012;

CORDEIRO, António Barreto Menezes. **Repercussões do RGPD sobre a responsabilidade civil**. In: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo; DONATO OLIVA, Milena (coords.). Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no direito brasileiro. São Paulo: Thomson Reuters, p. 779-780, 2019;

DIVINO, Sthéfano Bruno Santos; ALVES, Ingrid Drumond Correia. A responsabilidade civil na Lei Geral de Proteção de Dados brasileira: breves considerações sob a ótica da Análise Econômica do Direito. **Revista de Direito Empresarial – RDEmp**, Belo Horizonte, ano 19, n. 03, p. 105-130, set./dez. 2022;

DIVINO, Sthéfano; LIMA, Taisa. Responsabilidade civil na lei geral de proteção de dados brasileira. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho – PR, Brasil, n. 34, p. 201-226, 2021;

EBERLIN, Fernando Büscher Von Teschenhausen. Responsabilidade dos fornecedores pelos danos decorrentes dos riscos do desenvolvimento: análise sob a ótica dos princípios gerais da atividade econômica. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 64. p. 28, ou/dez., 2007;

FACCHINI NETO, Eugênio. A ciência estatística e sua repercussão no nexos causal da responsabilidade civil: levando a sério a probabilidade. In: **Estudos de Direito, desenvolvimento e novas tecnologias**. 1ª edição: Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos. Porto – Portugal, p. 97, 2020;

FACCHINI NETO, Eugênio. A relativização do nexos de causalidade e a responsabilização da indústria do fumo – a aceitação da lógica da probabilidade. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 5, n. 1, 2016. Disponível em: <http://civilistica.com/a-relativizacao-do-nexo-de-causalidade/>;

FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. **A tutela jurídica dos dados pessoais sensíveis à luz da Lei Geral de Proteção de Dados**. In: FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura; LONGHI, João Victor Rozatti. Estudos essenciais de direito digital. Uberlândia: LAECC, p. 227, 2019. ISBN 978-65-80358-03-8.;

FILHO, Sergio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**.: Grupo GEN, 2011. *E-book*. ISBN 9786559770823, p. 250. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559770823/>;

FRAZÃO, Ana. **Fundamentos da proteção dos dados pessoais: Noções introdutórias para a compreensão da importância da Lei Geral de Proteção de Dados**. In: 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. p. 23-52. ISBN 978-85-5321-663-5;

TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Fundamentos do direito civil: responsabilidade civil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021;

GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; MEIRELES, Rose Melo Vencelau, **Término do tratamento de dados**. In: Tepedino, Gustavo; Frazão, Ana; Oliva, Milena Donato. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, Editora RT: São Paulo, p. 231, 2019;

HIGINO NETO, Vicente. A Teoria da redução do módulo da prova como instrumento de concretização dos princípios do devido processo legal e da igualdade substancial. **Revista Jurídica Consulex**, Ano IX, nº 195, 28/02/2005;

LISSARDY, Gerardo. ‘Despreparada para a era digital, a democracia está sendo destruída’, afirma guru do ‘big data’. **BBC News Brasil**, 9 abr 2017. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-39535650>;

LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**. Quartier Latin, p. 311, 2010;

MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo. Reflexões iniciais sobre a nova Lei Geral de Proteção de Dados. **Revista de Direito do Consumidor**. vol. 120. ano 27. p. 469-483. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2018;

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;

MENDES, Laura Schertel; FONSECA, Gabriel Soares da. PROTEÇÃO DE DADOS PARA ALÉM DO CONSENTIMENTO: tendências contemporâneas de materialização. **REI - Revista Estudos Institucionais**, 6(2), 507–533, 2020. <https://doi.org/10.21783/rei.v6i2.521>;

MIRAGEM, Bruno. **Responsabilidade Civil**. Grupo GEN, 2021. *E-book*. ISBN 9788530994228, p. 26; p. 160. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530994228/>;

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil. Col.5. Direito das obrigações**. 2ª parte. Atualizador por Carlos Alberto Dabus Maluf, Regina Beatriz Tavares da Silva. 39.ed. São Paulo: Saraiva, p. 573, 2012;

MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. A LGPD e o fundamento da responsabilidade civil dos agentes de tratamento de dados pessoais: culpa ou risco? In: **Migalhas de Responsabilidade Civil**. 30 de junho de 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>;

MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. **A responsabilidade civil por presunção de causalidade**. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2010;

PEREIRA, Caio Mário da S. **Responsabilidade Civil**. Grupo GEN, 2022. E-book. ISBN 9786559644933, p. 96; p. 70-71. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559644933/>;

ROSENVOLD, Nelson. O *compliance* e a redução equitativa da indenização na LGPD. In: **Migalhas de Proteção de Dados**. 19 de março de 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-protecao-de-dados/342032/o-compliance-e-a-reducao-equitativa-da-indenizacao-na-lgpd?s=LI>;

SANTOS, Rômulo Marcel Souto dos; LEITÃO, André Studart; WOLKART, Erik Navarro. A responsabilidade civil na lei geral de proteção de dados pessoais e a regra de Hand. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, v. 20, n. 34, p. 60-84, maio/ago. 2022;

SCHREIBER, Anderson. **Direito ao Esquecimento e Proteção de Dados Pessoais na Lei nº 13.709/2018: distinções e potenciais convergências**. In: TEPEDNO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; e OLIVA, Milena Donato (Coord.). Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no direito brasileiro. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, p. 367-384. p. 368, 2019;

SCHREIBER, Anderson. **Responsabilidade Civil na Lei Geral de Proteção de Dados**. In: MEN-DES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz (coord.). Tratado de proteção de dados pessoais. p. 320. Rio de Janeiro: Forense, 2021;

SOARES, Fabiana Rampazzo. Poluição do ar: recente condenação nos EUA expõe a importância do nexos causal na responsabilidade civil. **Revista IBERC** v. 5, n. 3, p. IV-X, set./dez. 2022;

TOWARDS DATA SCIENCE. Is Data The New Oil of the 21st Century or Just an Overrated Asset? 21 de julho de 2022. **Medium.com**. Disponível em: <https://towardsdatascience.com/is-data-the-new-oil-of-the-21st-century-or-just-an-overrated-asset-1dbb05b8ccdf>.