

Economic Analysis of Law Review

Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais: Uma Análise Econômica sobre o seu Regime de Responsabilidade

Brazilian General Data Protection Law: an Economic Analysis of its Liability System

Antônio José Maristrello Porto¹
Fundação Getúlio Vargas (FGV)

Maria Eduarda Vianna e Silva²
Fundação Getúlio Vargas (FGV)

RESUMO

Considerando as controvérsias relacionadas ao regime de responsabilidade civil da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), este trabalho pretende examinar aquele que seria mais eficiente enquanto maximizador de riqueza social a partir de uma perspectiva econômica. Após um breve estudo acerca dos regimes de responsabilidade civil, é apresentada uma discussão doutrinária em torno do tema, seguida pela análise econômica desses regimes. Conclui-se que a LGPD dá azo à existência de dois regimes distintos: objetivo, para relações de consumo, e subjetivo com culpa presumida, para os demais. Verifica-se que mais prevenção nem sempre é socialmente desejável e que o resultado será eficiente desde que o potencial ofensor assuma os custos do ônus probatório. Assim, o regime de responsabilidade poderá ser objetivo ou subjetivo com culpa presumida, sendo mais eficiente, especificamente às relações consumeristas, o objetivo.

Palavras-chave: Direito Civil; Responsabilidade Civil; Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais; Análise Econômica do Direito; Eficiência; Culpa; Dolo; Risco

JEL: K10; K13; K15; K24

ABSTRACT

Considering the controversies related to the Brazilian General Data Protection Law (LGPD) liability regime, this paper aims to examine the kind of liability which would be more efficient as the one capable to maximize social welfare, pursuant to Law and Economics Theory. After a brief study over the liability regimes, a doctrinal discussion concerning this paper theme is presented followed by its economic analysis. We conclude that LGPD authorizes the construction of two distinct regimes: strict, to consumer relations and negligence rule with the defense of contributory negligence, to other cases. We verify that more precaution is not always socially desirable, and that the outcome shall be efficient provided that the potential offender assumes the burden of evidence costs. Thereby, the liability regime may be the strict one or the negligence rule with the defense of contributory negligence. Specifically, in consumer relations the strict liability seems to be more efficient.

Keywords: Civil Law; Tort Law; General Data Protection Law; Law and Economics; Efficiency; Negligence; Malice; Risk.

R: 19/10/20 **A:** 11/08/21 **P:** 31/12/21

¹ E-mail: antonio.maristrello@fgv.br

² E-mail: ma.eduarda.vianna@gmail.com

1. Introdução

Com o escopo de assegurar a proteção aos direitos fundamentais de liberdade, privacidade e ao livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural, bem como fortemente inspirada no Regulamento 2016/679 da União Europeia (Regulamento Geral de Proteção de Dados – GDPR), a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 (Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD), instituiu o tratamento³ de dados pessoais no Brasil, contemplando em seu escopo qualquer informação relacionada à pessoa natural identificada ou identificável⁴. A partir de então, todo tratamento de dados pessoais, independentemente do meio, país de sede ou de localização dos dados, necessariamente precisa observar suas disposições⁵.

Portanto, a novel legislação imputou a toda e qualquer pessoa (física ou jurídica) o ônus de assegurar a proteção de dados pessoais de qualquer pessoa natural. Neste sentido, torna-se evidente o intuito do legislador de garantir e promover incentivos de modo que, independentemente de quem seja o agente operador ou controlador de dados pessoais, deverá obrigatoriamente cumprir as disposições da LGPD, sob pena de sofrer as sanções previstas no art. 52 da referida Lei, as quais variam desde uma simples advertência, com indicação e prazo para adoção de medidas corretivas, até a proibição total do exercício de atividades relacionadas ao tratamento de dados pessoais.

Ciente da imprescindibilidade de conferir tempo aos agentes controladores e operadores de dados pessoais para adequação à norma, o legislador estabeleceu dois prazos para a vigência da LGPD: (i) o dia 28 de dezembro de 2018, em relação aos artigos que tratam da composição e governança da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD); e (ii) 24 (vinte e quatro) meses após a sua publicação (ocorrida em 15 de agosto de 2018). Não obstante, de acordo com dados da Serasa Experian, 85% (oitenta e cinco por cento) das empresas declararam que não estavam preparadas para a vigência da LGPD⁶.

Ocorre que, embora a norma tenha sido bastante clara em relação aos limites da pretensão punitiva Estatal, optou por delegar à ANPD, cuja estrutura inicial ainda está em desenvolvimento,

³ Nos termos do art. 5º, inciso X, da LGPD, tratamento é “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;”.

⁴ Nos termos do art. 4º, da LGPD: “Art. 4º Esta Lei não se aplica ao tratamento de dados pessoais: I - realizado por pessoa natural para fins exclusivamente particulares e não econômicos; II - realizado para fins exclusivamente: a) jornalístico e artísticos; ou b) acadêmicos, aplicando-se a esta hipótese os arts. 7º e 11 desta Lei; III - realizado para fins exclusivos de: a) segurança pública; b) defesa nacional; c) segurança do Estado; ou d) atividades de investigação e repressão de infrações penais; ou IV - provenientes de fora do território nacional e que não sejam objeto de comunicação, uso compartilhado de dados com agentes de tratamento brasileiros ou objeto de transferência internacional de dados com outro país que não o de proveniência, desde que o país de proveniência proporcione grau de proteção de dados pessoais adequado ao previsto nesta Lei.”

⁵ Nos termos do art 3º da LGPD, desde que: “(i) a operação seja realizada em território nacional; (ii) tenha como propósito oferta ou fornecimento de bens ou serviços ou tratamento de dados de pessoas naturais localizadas no Brasil; ou (iii) os dados pessoais tenham sido coletados no Brasil, i.e., que as informações tenham sido captadas em um momento em que o titular estava no território nacional.”

⁶ De acordo com a Serasa Experian, foram entrevistados executivos (Gerentes, Diretores e C-level) de 508 companhias de diferentes portes e segmentos em todas as regiões do Brasil. **85% das empresas declaram que ainda não estão prontas para atender às exigências da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, mostra pesquisa da Serasa Experian.** Serasa Experian. Publicado em 08.08.2019. Disponível em: <https://www.serasaexperian.com.br/sala-de-imprensa/85-das-empresas-declaram-que-ainda-nao-estao-prontas-para-atender-as-exigencias-da-lei-de-protacao-de-dados-pessoais-mostra-pesquisa-da-serasa-experian>. Acesso em set 2020 às 20h04min.

a tarefa de estabelecer as diretrizes e padrões mínimos de observância dos controladores⁷ e operadores⁸ de dados pessoais⁹. Assim, a norma entraria em vigor em agosto de 2020¹⁰ sem algumas diretrizes básicas. A solução salomônica foi postergar a vigência das sanções previstas nos artigos 52, 53 e 54 da LGPD com vistas à conferir segurança jurídica e incentivar a inovação^{11,12}. - Entretanto, embora as punições estejam suspensas por ora, nada impede que pessoas, associações ou entidades não possam requerer indenização pelo tratamento de seus dados pessoais a partir de outras legislações do ordenamento vigente, de modo que o Ministério Público já iniciou a distribuição de Ações Cíveis Públicas neste sentido¹³.

Inobstante a novela em torno da vigência da LGPD no Brasil¹⁴, chama mais atenção o fato de o legislador não ter sido claro na definição da natureza do regime de Responsabilidade Civil estabelecido na Seção III, Capítulo VI, da lei em comento, dando espaço a discussões doutrinárias em torno da adoção da responsabilidade subjetiva ou objetiva a partir da redação e dos fundamentos da norma. A preocupação justifica-se pela relevância da lei ser previsível e clara, delimitando o escopo de interpretação legislativa conferida pelo Poder Judiciário com o fito de evitar discricionariedades e insegurança jurídica que possam promover incentivos adversos aos agentes.

De modo a corroborar para o debate em torno do tema, este trabalho tem como objetivo avaliar a discussão a partir de uma perspectiva de Law & Economics: que tipo de responsabilidade promove o resultado mais eficiente? O conceito de eficiência utilizado na indagação deve ser considerado enquanto maximizador de riqueza¹⁵, ou seja, o regime de responsabilidade civil que oferece o incentivo adequado para que os agentes controladores e operadores de dados pessoais

⁷ Nos termos do art. 5º, inciso VI, da LGPD: “Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se: (...) VI - controlador: pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais;”

⁸ Nos termos do art. 5º, inciso VII, da LGPD: “Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se: (...) VII - operador: pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador;”

⁹ Destaca-se que não se vê qualquer problema à delegação e poderes a uma autoridade especializada no tema, senão o contrário. Questiona-se, diferentemente, os motivos da demora na indicação e estabelecimento de governança da ANPD.

¹⁰ A Medida Provisória nº 959/2020 foi sancionada em 17 de setembro de 2020, de modo que a LGPD entrou em vigor em 18 de setembro de 2020.

¹¹ BECKER, Daniel; ARAUJO, Bernardo. **Splitting the baby: suspensão parcial das multas como alternativa à prorrogação da LGPD: uma solução salomônica de possibilidade de suspensão dos incisos V, VI, X e XII, do art. 52 da lei.** Jota. Publicado em 16.11.2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/regulacao-e-novas-tecnologias/suspensao-parcial-das-multas-como-alternativa-a-prorrogacao-da-lgpd-16112019> Acesso em jun 2020 às 12h10min.

¹² Nos termos do art. 65, inciso I-A, da LGPD: “I-A – dia 1º de agosto de 2021, quanto aos arts. 52, 53 e 54;”.

¹³ GUARIENTO, Daniel Bittencourt; MARTINS, Ricardo Mafféis. **Enquanto uns querem adiar a entrada em vigor da LGPD, outros pretendem aplicá-la antes mesmo da necessária regulamentação.** Jota. Publicado em 08.11.2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/impressoes-digitais/314785/enquanto-uns-querem-adiar-a-entrada-em-vigor-da-lgpd-outros-pretendem-aplica-la-antes-mesmo-da-necessaria-regulamentacao> Acesso em jul 2020 às 21h30min.

¹⁴ Houve uma série de tentativas no sentido de postergar a vigência da referida Lei, destacando-se o Projeto de Lei nº 1.179/2020, e a Medida Provisória nº 959/2020. Em relação a esta última, convém esclarecer que a Câmara dos Deputados havia aprovado a referida Medida Provisória com uma nova proposta de vigência, de modo que a LGPD entraria em vigor em 1º de janeiro de 2021. Ocorre, no entanto, que o Senado Federal retirou o artigo da Medida Provisória que prorrogava sua vigência, de modo que a mesma seria imediata. De modo a mitigar a insegurança jurídica em torno do tema, o Senado Federal emitiu uma nota informando que a LGPD apenas entraria em vigor após sanção ou veto pelo Presidente da República, o que ocorreu em 17 de setembro de 2020. Em resumo, a LGPD apenas entrou em vigor em 18 de setembro de 2020.

¹⁵ POSNER, Richard A. **Economic Analysis of Law.** Aspen Publishers. 2008. p. 12.

adotem níveis ótimos de precaução no tratamento de informações desta natureza. Inicialmente serão avaliados os pressupostos e as principais diferenças dos regimes de responsabilidade subjetiva e objetiva. Na sequência, será feito um estudo jurídico acerca das discussões que envolvem a escolha do tipo de responsabilidade civil adotada pela LGPD para, posteriormente, ser efetuada uma análise econômica sobre o tema, considerando-se o objetivo da adoção do regime mais eficiente (sob a perspectiva econômica já esclarecida). Finalmente, a última seção encarregar-se-á das conclusões pertinentes à moda de fecho.

2. Responsabilidade Civil Baseada em Culpa ou em Risco

A obrigação de indenizar surge a partir da existência de um dano causado por uma conduta culposa ou dolosa¹⁶ de determinado agente, a qual se revela, por consequência, contrária ao ordenamento jurídico. Pautada neste raciocínio, surge a noção da responsabilidade civil subjetiva, construída a partir da tríade: ato ilícito, dano e nexo de causalidade (i.e., a relação de causa e efeito entre o ato ilícito e o resultado danoso). O artigo 186 da Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil) estabelece a cláusula geral desta modalidade de responsabilidade ao dispor: “*aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.*” O dever de indenizar, entretanto, embora aferível pela extensão do dano, poderá sofrer redução equitativa se houver desproporção entre a gravidade da culpa e o dano percebido.¹⁷

Durante anos, a responsabilidade civil preocupou-se em penalizar a conduta ilícita do agente. Entretanto, o desenvolvimento de novas tecnologias e o surgimento de uma sociedade de massa revelou a existência de danos que não necessariamente estão vinculados à atitude ilícita de determinado agente, mas ao potencial lesivo do exercício de determinada atividade, como, por exemplo, acidentes nucleares, aéreos ou até mesmo aqueles oriundos do mau funcionamento de uma máquina. Consequentemente, a responsabilidade civil tornou-se insuficiente para tutelar todas as relações sociais, dada a dificuldade de se identificar o agente ou grupo de agentes responsável por determinado dano. Por esse motivo, o foco deixou de recair sobre um princípio de imputabilidade moral para se voltar à intenção de reparação integral da vítima, promovendo um movimento no sentido de sua objetivação.

A cláusula geral de responsabilidade civil objetiva está prevista no Código Civil no art. 927, parágrafo único, que dispõe: “*haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.*” Com isto, houve a positivação de um tipo de responsabilidade que não mais se alicerça na conduta do sujeito (por isso, *subjetiva*), mas no risco de uma atividade desenvolvida (por isso, *objetiva*). Por conseguinte, substitui-se, neste caso, o ato ilícito pelo exercício

¹⁶ A conduta culposa ocorre quando, no momento da conduta, o agente agiu com menos cuidado do que o esperado, tendo sido imprudente, negligente ou imperito, enquanto a conduta dolosa pressupõe a atuação no sentido de causar o dano. TEPEDINO, Gustavo. BARBOZA, Heloisa Helena. MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. vol. I. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 337

¹⁷ Consoante o art. 944 do Código Civil: “Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano. Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.”

de determinada atividade de risco na tríade essencial à reparação civil, mantendo-se a exigência de constatação de dano e denexo causal entre ambos.¹⁸

Ocorre, entretanto, que a imprecisão acerca da definição de uma “atividade de risco” implicou na necessidade de construção de um conceito pela doutrina e pela jurisprudência. Se por um lado, a determinação de atividade não implicou em maiores desdobramentos, sendo considerada conduta habitual, reiterada e exercida de forma profissional e no sentido da prestação de um serviço,¹⁹ por outro, o conceito de risco engendrou uma série de interpretações que deram azo a diferentes teorias,²⁰ que inclinaram a responsabilidade civil no sentido de sua objetivação.²¹ Conforme o próprio nome sugere, parte-se da premissa de que, aquele que desenvolve determinada atividade potencialmente danosa deve ser o responsável por reparar eventual prejuízo decorrente do desenvolvimento desta atividade, independentemente da culpa.²²

Assim, no caso da responsabilidade civil objetiva, o dever de indenizar nasce quando há violação ao dever de segurança da vítima,²³ de forma que o desenvolvimento de qualquer atividade de risco enquanto serviço ou produto deve atender à legítima expectativa de segurança que se espera a partir de dois critérios: que a periculosidade seja conforme o tipo de produto ou serviço (objetivo) e que o consumidor esteja apto a prevê-la, sem que dela se surpreenda (subjetivo).²⁴ Tal construção doutrinária, entretanto, pode acarretar insegurança jurídica, haja vista que cada intérprete do direito (em última análise, o juiz), avaliará o atendimento à legítima expectativa de segurança a partir de sua perspectiva individual de risco.

Conforme sustentam os economistas comportamentais, a percepção do risco pode ser distorcida em decorrência de dissonâncias cognitivas.²⁵ Isto ocorre porque cada indivíduo, para tomar uma decisão racional capaz de maximizar seus possíveis retornos, precisa processar uma quantidade significativa de informação, recorrendo a atalhos mentais que visam chegar ao melhor custo-benefício.²⁶ Esses atalhos, denominados heurísticas, são capazes de fazer situações perigosas aparentarem mais brandas pelo maior nível de exposição decorrente da habitualidade. É o que explica, por exemplo, as pessoas terem mais medo de andar de avião do que de dirigir, embora as estatísticas revelem que as chances de acidente da primeira atividade sejam inferiores. Por este motivo, parecem acertados os parâmetros acolhidos pelo Código Civil italiano para definição de

¹⁸ TEPEDINO, Gustavo. BARBOZA, Heloisa Helena. MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. pp. 805-806.

¹⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo : Atlas, 2010. pp.173-174.

²⁰ Sendo as principais correntes: risco-proveito, risco profissional, risco excepcional, risco criado, risco integral. CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo : Atlas, 2010. pp. 143-144.

²¹ Ao ponto de a responsabilidade civil na sociedade contemporânea ser geralmente objetiva, exceto nas relações privadas desprovidas de hipossuficiência e vulnerabilidade.

²² “A doutrina do risco pode ser, então, assim resumida: todo prejuízo deve ser atribuído ao seu autor e reparado por quem o causou, independentemente de ter ou não agido com culpa. 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.” CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo : Atlas, 2010. p. 142.

²³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo : Atlas, 2010. pp. 176-177.

²⁴ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. **Comentários ao Código de Proteção do Consumidor**. Saraiva, 1991, p. 48.

²⁵ “O principal argumento da economia comportamental consiste na afirmação de que os indivíduos, em geral, não tomam decisões em conformidade com os padrões de racionalidade estabelecidos pela teoria econômica clássica, mas, ao invés disto, adotam “atalhos”, ou heurísticas”, que consistem em mecanismos simplificados de solução de problemas complexos. (...) Estes “atalhos” podem funcionar na maior parte dos casos e, portanto, podem ser muito úteis, mas em outros casos podem desviar da decisão racional esperada.” PORTO, Antônio José Maristrello; THEVENARD, Lucas. **Economia Comportamental e Contratos de Adesão**. Revista Direito Empresarial (Curitiba), 2012.

²⁶ TABAK, Benjamin Miranda; AMARAL, Pedro Henrique Rincon. **Vieses cognitivos e desenho de políticas públicas**. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 8, n° 2, 2018 p. 476.

perigo: a quantidade e a gravidade dos danos engendrados.²⁷ Assim, uma atividade de risco deve ser considerada aquela que estatisticamente expõe as pessoas (físicas ou jurídicas) a um grau de dano superior ao normal por mais vezes.²⁸ Afinal, o desenvolvimento de qualquer atividade acarreta a existência de um risco. Vale destacar, ainda, que há quem sustente que a responsabilidade objetiva não decorre da violação de qualquer dever jurídico, sendo danos injustos causados por atos lícitos que, consoante determinação legal, devem ser indenizados.²⁹

A aplicação da teoria da responsabilidade civil objetiva ganhou um significativo impulsionamento com o advento da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor – CDC), que transferiu todos os riscos do consumidor para o fornecedor, instituindo o regime de responsabilidade civil objetiva como regra geral, excluídas as hipóteses de rompimento do nexo causal.³⁰ Em virtude da acepção ampla da ideia de *fornecedor* e, sobretudo de *consumidor*, houve uma massificação das relações sociais no sentido de considerá-las consumeristas, de modo que a responsabilidade civil objetiva passou a ser lugar comum em casos cotidianos de reparação. Neste ponto, houve a superação da dualidade entre relações contratuais e extracontratuais, uma vez que o regime objetivo de indenização será aplicado uma vez configurada a relação de consumo.

Conforme aponta Sérgio Cavaliere, o CDC esposou a teoria do risco do empreendimento, segundo a qual *“todo aquele que se disponha a exercer alguma atividade no mercado de consumo tem o dever de responder pelos eventuais vícios ou defeitos dos bens e serviços fornecidos, independentemente de culpa.”*³¹ Neste sentido, o dever de reparar decorre do simples exercício de empreender, que o faz responder, no oferecimento de produtos e serviços, aos deveres de qualidade e segurança independentemente de culpa, devendo arcar com os ônus probatórios em casos de litígios. Conforme aduz Cláudia Lima Marques: *“parece-nos, portanto, que este sistema de compromisso instituído pelo CDC alcançará seus fins de efetiva reparação dos danos sofridos pelos consumidores (Art. 6º, VI) e de consequente melhoria da qualidade de vida e qualidade de produtos oferecidos no mercado brasileiro (art. 4º).”*³²

A partir de uma breve análise acerca dos principais regimes de responsabilidade civil existentes no Brasil, qual deveria ter sido o modelo adotado pela LGPD, considerando-se seus objetivos e fundamentos?

3. O regime de Responsabilidade Civil da LGPD

A LGPD não foi clara na definição do regime jurídico adotado no que tange ao ressarcimento de danos e à responsabilidade dos agentes controladores e operadores que realizarem tratamento de dados pessoais, inaugurando um debate doutrinário acerca do tema. Os artigos 42 a 45, que dispõem acerca do dever de indenizar, guardam similitude com algumas disposições e princípios do CDC, razão pela qual alguns estudiosos sustentam a aplicação da teoria do risco,

²⁷ “Art. 2050 Responsabilità per l'esercizio di attività pericolose. Chiunque cagiona danno ad altri nello svolgimento di un'attività pericolosa, per sua natura o per la natura dei mezzi adoperati, e tenuto al risarcimento, se non prova di avere adottato tutte le misure idonee a evitare il danno.”

²⁸ TEPEDINO, Gustavo. BARBOZA, Heloisa Helena. MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. pp. 809-810.

²⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva**. In: Revista dos Tribunais, vol. 854. São Paulo: Revista dos Tribunais, dez. 2006, p. 25.

³⁰ Arts. 12, §3º, e 14, §3º, do CDC.

³¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo : Atlas, 2010. p. 484.

³² MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código e Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 4 ed. ver. Atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. pp. 1043-1044.

fundada no potencial lesivo da atividade de tratamento, conforme se verá a seguir. Concomitantemente, há a exigência quanto à observância a certos deveres e condutas de boas práticas (Capítulo VII) e à possibilidade de afastamento do dever de reparação mediante determinadas circunstâncias,³³ levando à leitura, por outros, de que haveria um dever de conduta a ser observado pelo agente, cuja falha instituiria a responsabilidade civil subjetiva. Há, ainda, quem defenda a criação de um regime especial.

A corrente objetiva ressalta as analogias feitas com o CDC, com a semelhança entre o art. 43,³⁴ *caput*, da LGPD, e os arts. 12, §3º,³⁵ e 14, §3º,³⁶ do CDC, os incisos I e III do art. 43 e incisos I e III, do §3º, do art. 12 do CDC e, ainda, a inversão do ônus da prova prevista no art. 42, §2º, da LGPD, analogamente ao art. 6º, VIII, do CDC. Danilo Doneda, um dos integrantes nomeados para compor a ANPD, e Laura Mendes, sustentam, com base nos princípios e propósitos da LGPD, que o escopo seria o de mitigar potenciais danos decorrentes da violação aos direitos fundamentais de natureza personalíssima. Desse modo, conforme aduzem, haveria a existência de um risco intrínseco à atividade³⁷, motivo pelo qual a própria lei em tela limita o tratamento de dados pessoais ao mínimo necessário para a consecução de suas finalidades, sem que haja excesso ou desproporcionalidade.³⁸

Caitlin Mulholland³⁹ argui que, ainda que haja a utilização de expressões nos artigos 42 e 44 da LGPD que possam induzir à leitura de um regime diferenciado de responsabilidade civil,⁴⁰

³³ Nos termos do art. 43 da LGPD: “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.”

³⁴ “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.”

³⁵ “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 por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos. (...) § 3º O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar: I - que não colocou o produto no mercado; II - que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste; III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.”

³⁶ “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, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. § 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar: I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste; II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.”

³⁷ “Trata-se dessa forma, de uma regulação que tem como um de seus fundamentos principais a diminuição do risco, levando-se em conta que o tratamento de dados apresenta risco intrínseco ao seus titulares.” DONEDA, Danilo e MENDES, Laura Schertel. **Reflexões iniciais sobre a nova lei geral de proteção de dados**. Revista de Direito do Consumidor, vol. 120, São Paulo: Revista dos Tribunais, nov.-dez./2018. p. 473.

³⁸ Nos termos do art. 6, inciso III, da LGPD: “Art. 6º 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;”

³⁹ MULHOLLAND, Caitlin. **A LGPD e o fundamento da responsabilidade civil dos agentes de tratamento de dados pessoais: culpa ou risco?** In Mígalhas de Responsabilidade Civil. Publicado em 30.06.2020. Acesso em 02 de agosto de 2020 às 20h45min.

⁴⁰ “Assim, enquanto o artigo 42, LGPD, impõe a obrigação de indenizar ‘em razão do exercício de atividade de tratamento de dados pessoais’, o artigo 44 e seu parágrafo único, LGPD, determinam a obrigação de indenizar caso haja tratamento irregular de dados pessoais, identificado como sendo aquele decorrente da ‘violação da segurança dos dados’. Parece que o legislador quis identificar nessa hipótese situações danosas que decorrem especificamente de incidentes de segurança que são, por sua vez, acontecimentos que se relacionam ao risco inerente ao desenvolvimento da atividade de tratamento de dados, como vazamentos não intencionais e invasão de sistemas e bases de dados por

ambos instituem o regime objetivo, afastando-se a necessidade de demonstração de conduta culposa ou dolosa por parte dos agentes controladores e operadores. Isto porque, no mesmo sentido de Danilo Doneda e Laura Mendes, a atividade de tratamento de dados pessoais detém riscos intrínsecos quantitativamente elevados, dada a probabilidade de ocorrência de violações dos deveres de segurança e prevenção, e, ainda, qualitativamente graves, por acarretarem danos a direitos fundamentais (inclusive direitos difusos, o que, por si só, autorizaria a instituição do regime objetivo, conforme sustenta). Assim, para a civilista, vazamentos de dados não intencionais e invasão de sistemas e bases de dados seriam situações não esperadas, mas ordinárias no desenvolvimento da atividade de tratamento de dados, razão pela qual deveriam ser considerados fortuitos internos.

Maria Celina Bodin de Moraes e João Quinelato de Queiroz, diferentemente, polemizam o debate ao enunciarem um novo regime de responsabilidade civil, denominado “responsabilidade ativa” ou “responsabilidade proativa”, que se volta à prevenção da ocorrência de danos alicerçado na criação de *accountability*⁴¹ pela não observância das normas de proteção de dados pessoais.⁴² Neste sistema especial, o dever de reparar surgiria a partir do trinômio: (i) dano; (ii) violação às normas de proteção de dados pelo controlador e/ou operador; e (iii) reparação. Com efeito, a responsabilidade dos controladores e operadores não estaria limitada aos titulares dos dados, mas a qualquer pessoa (“outrem”)⁴³ que sofra um dano decorrente da violação das regras de proteção de dados pessoais, que afetam a privacidade para além de uma perspectiva proprietária, privilegiando sua dimensão voltada aos aspectos não patrimoniais indissociáveis de sua dignidade. Desta forma, não basta aos controladores e operadores cumprir as regras e *standards* estipulados pela LGPD, sendo necessário atestar, por meio de evidências, suas respectivas conformidades com ela, de modo a demonstrar que não teria havido violação à legislação de proteção de dados pessoais.⁴⁴

Gisela Sampaio e Rose Meireles⁴⁵ e, ainda, Márcio Cots e Ricardo Oliveira⁴⁶, por outro lado, arguem que a LGPD teria adotado o regime baseado na verificação de conduta ilícita dos agentes para que surja o dever de indenizar com fundamento nas cláusulas gerais de responsabilidade subjetiva (artigos 186 e 927 do Código Civil). Isto porque, a LGPD teria criado no Capítulo VI

terceiros não autorizados. Neste sentido, esses riscos devem ser necessariamente situados como intrínsecos à atividade de tratamento de dados e, portanto, considerados, em última análise, como hipótese de fortuito interno, incapazes de afastar a obrigação dos agentes de tratamento de indenizar os danos causados pelos incidentes.” MULHOLLAND, Caitlin. **A LGPD e o fundamento da responsabilidade civil dos agentes de tratamento de dados pessoais: culpa ou risco?** In Migalhas de Responsabilidade Civil. Publicado em 30.06.2020. Acesso em 02 de agosto de 2020 às 20h45min.

⁴¹ Embora a tradução não seja precisa, geralmente utiliza-se a expressão “prestação de contas”, a qual será utilizada neste trabalho em virtude do disposto no artigo 6º, inciso X, da LGPD.

⁴² Nos termos do art. 6º, inciso X, da LGPD: “Art. 6º As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios: X - responsabilização e prestação de contas: demonstração, pelo agente, da adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e, inclusive, da eficácia dessas medidas.”

⁴³ Nos termos do art. 42, caput, da LGPD: “Art. 42. O controlador ou o operador que, em razão do exercício de atividade de tratamento de dados pessoais, causar a outrem dano patrimonial, moral, individual ou coletivo, em violação à legislação de proteção de dados pessoais, é obrigado a repará-lo.”

⁴⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de; QUEIROZ, João Quinelato de. **Autodeterminação informativa e responsabilização proativa: novos instrumentos de tutela da pessoa humana na LGPD**. IN: Cadernos Adenauer, volume 3, Ano XX, 2019. pp. 125-134.

⁴⁵ 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, 2019.

⁴⁶ COTS, Márcio; OLIVEIRA, Ricardo. **Lei Geral de Proteção de Dados Comentada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. 2ª ed. p. 175.

uma série de deveres e *standards* de conduta aos agentes que realizarem o tratamento de dados pessoais no sentido da criação e aprimoramento de regras de governança e melhores práticas. Caso o regime fosse objetivo, não faria sentido tal previsão jurídica, uma vez que o dever de indenizar decorreria do próprio risco da atividade. Logo, consoante o regime objetivo, ainda que os agentes tivessem atendido a todos os deveres impostos pela norma, ainda assim subsistiria o dever de reparação, haja vista este não guardar qualquer vínculo com a conduta do agente controlador ou operador de dados.⁴⁷ Por conseguinte, só faz sentido prever tais deveres se o propósito for verificar a conduta dos agentes em conformidade com a LGPD, esperando-se que atuem de forma preventiva.

Assim, em caso de vazamento de dados, por exemplo, não haverá responsabilização senão se os danos decorrerem de “violação à legislação de proteção de dados pessoais”, ou seja, quando a sua conduta não se adequar ao *standard* estabelecido na norma.⁴⁸ Portanto, em caso de invasão de sistemas, o agente deveria ser eximido da obrigação de reparar se, no caso concreto, comprovar ter agido com diligência e cumprido todos os requisitos estabelecidos pela legislação em comento. O artigo 43, inciso II, teria previsto o atendimento à legislação de proteção de dados pessoais como excludente de ilicitude.⁴⁹ A construção do *caput* do artigo 43, nesse sentido, presume a culpabilidade do agente de forma relativa, a qual poderá ser afastada mediante prova de sua diligência. Em conclusão deste raciocínio, a remissão ao CDC seria inócua.

Feitas as considerações acima acerca da multiplicidade de interpretações quanto ao regime jurídico adotado na LGPD, cumpre notar que os artigos 42 a 45 da referida norma não fazem qualquer referência expressa à culpa ou ao risco da atividade. Adicionalmente, resta clara a necessidade de prova quanto à existência ou não de violação à LGPD. Note-se que Maria Celina Bodin de Moraes e João Quinelato de Queiroz, embora aduzam a existência de um regime especial, não negam a necessidade do ônus da prova.⁵⁰

Ora, se há necessidade de prestação de contas e, portanto, de evidenciar o cumprimento com os *standards* da referida lei com o fito de demonstrar a conformidade com a LGPD, não há

⁴⁷ “De fato, não se justifica – nem do ponto de vista lógico, nem do jurídico –, o legislador criar uma série de deveres de cuidado se não for para implantar um regime de responsabilidade subjetiva. Se o que pretende é responsabilizar os agentes independentemente de culpa, seria ocioso criar deveres a serem seguidos, tampouco responsabilizá-los quando tiverem cumprido perfeitamente todos esses deveres.” De acordo com os autores, a previsão de dispositivo que remetia à responsabilidade objetiva foi excluída durante a tramitação do processo. TERRA, Aline de Miranda Valverde. **Responsabilidade Civil** / Aline de Miranda Valverde Terra, Gisela Sampaio da Cruz Guedes; organização: Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Forense, 2020. pp. 249-251.

⁴⁸ 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, 2019.p. 231.

⁴⁹ “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 vinculado ao elemento culpa e, exatamente por isso, sua redação não se assemelha à do Código de Defesa do Consumidor.” TERRA, Aline de Miranda Valverde. **Responsabilidade Civil** / Aline de Miranda Valverde Terra, Gisela Sampaio da Cruz Guedes; organização: Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 254.

⁵⁰ “A regra trazida na LGPD continua sendo a exigência da prova do descumprimento por parte do tratador de dados e a exceção, mediante decisão fundamentada e após a instauração judicial da demanda, é apenas a sua inversão.” MORAES, Maria Celina Bodin de; QUEIROZ, João Quinelato de. **Autodeterminação informativa e responsabilização proativa: novos instrumentos de tutela da pessoa humana na LGPD**. IN: Cadernos Adenauer, volume 3, Ano XX, 2019. p. 127.

que se falar na imposição de um regime objetivo, já que, neste último caso, o dever de indenizar prescinde de prova frente à constatação do trinômio dano-nexo-atividade de risco. Portanto, ao impor a prova ao agente potencialmente ofensor, há o reconhecimento da LGPD, por consequência, de que a atividade em si não seria potencialmente danosa e, assim, não seria considerada uma “atividade de risco”.

Compreende-se, portanto, que o tratamento de dados pessoais não se trata de uma atividade capaz de promover riscos intrínsecos quantitativa e qualitativamente elevados, i.e., cujo nível de periculosidade se situe acima do normal. Sendo assim, o regime da responsabilidade objetiva, pautada na teoria do risco, não se justificaria. Não apenas por este motivo, mas, ainda, pelo fato de a LGPD ter previsto uma série de boas práticas e deveres de conduta, parece razoável compreender que o regime instituído teria sido no sentido da responsabilidade subjetiva com presunção de culpa. Desta forma, se o agente gerar um dano, mas comprovar que investiu em precaução em conformidade com os padrões legais (LGPD) e regulatórios (ANPD), não estaria obrigado a repará-lo.

Entretanto, o reconhecimento apenas desta interpretação tornaria inócua a redação do artigo 45 da LGPD. Destaca-se, neste ponto, a redação empregada neste dispositivo, que dispôs: “*Art. 45. As hipóteses de violação do direito do titular no âmbito das relações de consumo **permanecem sujeitas às regras de responsabilidade previstas na legislação pertinente.***” (grifos nossos). A leitura permite inferir que existe uma diferença de regimes de responsabilidade civil entre aquele instituído à LGPD no tratamento de dados pessoais e aquele aplicável às relações de consumo, sobretudo pelo emprego do verbo “permanecer”.

Isto é, como a redação adotada no artigo 45 submete a violação dos direitos atinentes à proteção de dados pessoais especificamente às regras aplicáveis às relações de consumo, o regime de responsabilidade civil aplicável ao tratamento de dados em relações de consumo seguiria a regra geral do CDC, sendo objetiva. Por conseguinte, ao fazer a diferenciação entre o regime aplicável às relações de tal natureza e àquele instituído à LGPD, a legislação em análise teria, por exclusão, sido submetida às regras de responsabilidade civil que não seja aquela aplicada às relações de consumo; logo, a subjetiva.

Tal argumento corrobora com a compreensão da instituição de um regime de responsabilidade civil subjetivo na LGPD, tendo o legislador estabelecido, na própria lei, os parâmetros de observância mínimos necessários à conduta diligente dos agentes, sem prejuízo de estabelecerem uma governança ainda mais estruturada no sentido da promoção de melhores práticas. Desta forma, existindo um dever de *accountability*, revela-se protetora dos fundamentos e propósitos da LGPD a presunção relativa de culpa, imputando-se ao agente controlador e/ou operador de dados pessoais a obrigatoriedade de demonstrar sua diligência no cumprimento dos *standards* previstos na lei sob pena do dever de reparar.

Consequentemente, ao instituir um regime diferenciado para o tratamento de dados em relações de consumo, o legislador teria imputado aos fornecedores do tratamento de dados pessoais não apenas o dever de indenizar com base na teoria do risco (portanto, a responsabilidade objetiva), mas, ainda, a obrigatoriedade de observar os *standards* previstos na LGPD, similarmente a um fornecedor de bens e serviços que deve adequar aos padrões de qualidade da Organização Internacional de Normalização (*International Organization for Standardization – ISO*). Assim, para os casos em que houvesse o reconhecimento de relações de consumo, os vazamentos de dados devem ser considerados fortuitos internos, já que são situações imprevisíveis e, por conseguinte, inevitáveis, mas passíveis de ocorrência do desenvolvimento da atividade.

Considerando-se a divergência interpretativa em torno do assunto, convém avaliar, a partir de uma análise econômica, qual regime de responsabilidade é mais eficiente do ponto de vista social, ou seja, aquele capaz de maximizar riqueza. Este é o escopo da próxima seção.

4. Análise Econômica do Regime de Responsabilidade Civil

Diferentemente do Direito, que historicamente pretendia punir a conduta ilícita de agentes, fosse ela dolosa ou culposa, a Economia não está necessariamente preocupada com o *dever ser* no sentido de gerar comportamentos socialmente desejáveis a um Estado Democrático de Direito, mas sim em promover os incentivos corretos para que os agentes sociais desempenhem condutas desejáveis no sentido da eficiência alocativa de recursos. Em outros termos, a análise econômica do tema não tem como principal objetivo assegurar a reparação integral da vítima, mas sim promover o comportamento dos agentes de forma racional no sentido de maior eficiência à sociedade.

Conforme adverte Antônio Maristrello Porto, “(...) *determinada regra de responsabilização é desejável se fornece incentivos adequados para que os agentes adotem níveis ótimos de precaução no exercício de suas atividades*”.⁵¹ Neste sentido, quais seriam os níveis ótimos? Primeiramente, é importante compreender que o objetivo econômico da responsabilidade civil é 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. Geralmente, a internalização de custos ocorre em virtude da compensação à vítima. Assim, quando potenciais ofensores internalizam os custos dos danos, passam a ter incentivos para investir em precaução em níveis eficientes.⁵²

Para facilitar a visualização da questão, propõe-se a análise de um caso hipotético. Desde já, cumpre destacar que, embora seja possível o vazamento de dados pessoais (considerado aqui como o maior risco da atividade) entre duas pessoas, a preocupação da LGPD recai principalmente sobre a exploração desses dados para fins econômicos.⁵³ Neste sentido, é bastante provável que a maior parte dos vazamentos de informações pessoais ocorra em ambientes e situações em que a vítima não tenha qualquer ingerência sobre a probabilidade de ocorrência de resultado danoso, denominado dano unilateral.⁵⁴ Por esse motivo, o caso a ser analisado a seguir contempla uma situação de dano unilateral.

Considere-se que a empresa A tem dúvidas em relação a investir ou não em segurança de dados pessoais a partir de uma relação de custo-benefício, partindo-se da premissa de um comportamento racional e sem considerar a variável relativa aos níveis de atividade.⁵⁵ O custo da

⁵¹ PORTO, Antônio José Maristrello. Análise Econômica da Responsabilidade Civil. In: Luciano Benetti Timm. (Org.). **Direito e Economia no Brasil**. 1ed. São Paulo: Atlas, 2012, v., p. 181.

⁵² COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and Economics**. Berkley Law Books. Book 2. 6th ed. 2016. pp. 189-190.

⁵³ Nos termos do art. 4º, inciso I da LGPD: “Art. 4º Esta Lei não se aplica ao tratamento de dados pessoais: I - realizado por pessoa natural para fins exclusivamente particulares e não econômicos”

⁵⁴ “it will be supposed that accidents are unilateral in nature: Only injurers’ exercise of care or precautions affects accident risks; victims’ behavior does not. When an airplane crashes into a building, for example, or when a rupture in a water main causes a flood in a basement, the victims probably could not have done much to prevent harm. In these cases, the accidents may be seen as almost literally unilateral.” SHAVELL, Steven. **Economic analysis of accident law**. Harvard University Press, 2009. Disponível em: <https://www.nber.org/papers/w9694>. Chapter 2, p. 2.

⁵⁵ A variável de níveis de atividade mensura a quantidade de vezes que dados pessoais são, por exemplo, compartilhados, salvos em ambientes não seguros etc., o que influenciaria a probabilidade do dano. Dada a dificuldade

Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais: Uma Análise Econômica sobre o seu Regime de Responsabilidade

empresa investir em cyber segurança é, em média, de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais). As chances de ocorrer um vazamento de dados pessoais na empresa A que possam acarretar um prejuízo na empresa B equivalente a 2% (dois por cento) do faturamento de R\$360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) que esta empresa auferiu no exercício social anterior, são reduzidas de 70% (setenta por cento) para 40% (quarenta por cento) caso a empresa A invista em cyber segurança. É eficiente a empresa A investir em cyber segurança? A empresa A poderia ser responsabilizada caso optasse por não investir em prevenção?

Sem investir em precaução, o dano esperado inicial da empresa B é de R\$ 67.200,00 (0,7 x 96.000). Ao investir em cyber segurança, o dano esperado passa a ser de R\$ 38.400,00 (0,4 x 96.000). Nesta situação, o benefício marginal será de R\$ 28.800,00. Assim, será eficiente a empresa A incorrer no custo de R\$ 25.000,00 para implementação de cyber segurança, uma vez que gerou um benefício marginal superior ao custo em que incorreu (gerando uma riqueza de R\$ 3.800,00). Em um cenário de custo de transação igual a zero, em que se aplicaria o Teorema de Coase,⁵⁶ as empresas A e B poderiam negociar entre R\$ 25.000,00 e R\$ 28.800,00 para que a empresa A investisse em cyber segurança, já que o resultado continuaria a ser uma alocação eficiente de recursos. Acima deste valor, no entanto, os custos passariam a ser maiores do que os benefícios, e o investimento em prevenção passaria a ser ineficiente sob a ótica econômica.

Contudo, diferentemente de uma situação contratual de barganha, a responsabilidade civil obriga ao cumprimento de obrigações estabelecidas pelo ordenamento jurídico, que, por sua vez, impõe limites à negociação e à cooperação entre partes, elevando os custos de transação. Em decorrência, muitas vezes o resultado pode ser menos eficiente “*se comparada ao eficientismo porventura decorrente de estipulações motivadas pela livre iniciativa dos próprios negociantes*”.⁵⁷ Dessa forma, considerando a baixa possibilidade de as empresas A e B negociarem, caberá ao Judiciário arbitrar, no caso da imputação de responsabilidade subjetiva, a existência de conduta culposa ou não da empresa A caso deixe de investir em prevenção. Uma forma econômica simples de avaliar a existência de conduta reprovável do agente é a aplicação da fórmula de Learned Hand ($C < DE$), segundo a qual haverá conduta ilícita se os custos marginais de investir na prevenção forem inferiores à redução marginal do dano esperado e o agente optar por não fazê-lo.⁵⁸

No exemplo acima, a empresa A teria agido ilicitamente se não tivesse investido em cyber segurança, uma vez que o custo (R\$ 25.000,00) é inferior ao benefício marginal (R\$ 28.800,00). Se, por outro lado, os custos de implementação da medida de prevenção custassem R\$ 50.000,00, a empresa A não agiria culposamente se tivesse deixado de investir em cyber segurança (pois $C > DE$). O *quantum* indenizatório, entretanto, depende da magnitude do dano.⁵⁹ Nessas circunstâncias restritas, em que a conduta da vítima não influencia no resultado e, por isso, denominadas de danos

dos juízes em obter informações sobre os níveis de atividade dos ofensores e, ainda, considerando que geralmente não possuem conhecimentos em Economia, voltam as regras de responsabilidade civil à verificação da conduta dos agentes.

⁵⁶ COASE. Ronald H. **The problem of social cost**. The Journal of Law and Economics, v. III. 1960.

⁵⁷ MARISTRELLO PORTO, A. J.; FERNANDO FRANCO, P. **Uma Análise Também Econômica do Direito de Propriedade**. Economic Analysis of Law Review, [s. l.], v. 7, n. 1, p. 207, 2016. Disponível em: <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edb&AN=119017311&lang=pt-br&site=eds-live>. Acesso em: 26 set. 2020.

⁵⁸ PORTO, Antônio José Maristrello. Análise Econômica da Responsabilidade Civil. In: Luciano Benetti Timm. (Org.). **Direito e Economia no Brasil**. 1ed.São Paulo: Atlas, 2012, v., p. 184.

⁵⁹ “The measure of the compensation depends on the magnitude of the harm, which is the first element of tort liability.” DARI-MATTIACCI, Giuseppe. **Tort law and economics**. Utrecht University Working Paper. 2003. p. 2. Em relação ao valor a ser indenizado, cumpre destacar que o Código Civil prevê em seu artigo 944, regra que atende à lógica econômica com o intuito de promover a reparação integral do dano ocorrido: “Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano. Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.”

unilaterais, a fórmula de Learned Hand pode ser aplicada sem qualquer tipo de ressalva, sendo insuficiente em caso de bilateralidade de condutas.

Propõe-se, então, a seguinte reflexão: mais proteção ao titular de dados é um objetivo socialmente desejável? Do ponto de vista jurídico, sim, uma vez que a LGPD tem como fundamento assegurar, dentre outros objetivos, o desenvolvimento da personalidade das pessoas naturais. Do ponto de vista econômico, depende. O aumento da proteção de dados somente será desejável se o nível de proteção for eficiente. Imputar um ônus regulatório significativo e de custos elevados, mas incapaz de reduzir proporcionalmente a ocorrência de danos seria ineficiente⁶⁰ em uma análise de custo-benefício. Retomando o caso hipotético, faria sentido a empresa A investir mais em cyber segurança? Para facilitar a compreensão, observe a tabela a seguir:⁶¹

Nível de cuidado	Custo de cuidado	Probabilidade de acidente	Perdas esperadas	Custo social total
Nenhum	R\$ 0	70%	R\$ 67.200,00	R\$ 67.200,00
Médio	R\$ 25.000,00	40%	R\$ 38.400,00	R\$ 63.400,00
Alto	R\$ 50.000,00	20%	R\$ 19.200,00	R\$ 69.200,00

Note-se que o aumento do nível de prevenção de nenhum para o médio reduz drasticamente as perdas esperadas incorrendo-se em um custo de R\$ 25.000,00, reduzindo o custo social em R\$ 3.800,00. Entretanto, no caso do aumento do nível médio para o alto, ainda que haja redução das perdas esperadas pela metade a um custo de R\$ 50.000,00, houve um aumento do custo social total em R\$ 5.800,00. Assim, o nível ótimo de prevenção seria o médio, por ser aquele capaz de criar a alocação mais eficiente de recursos.⁶² Sendo assim, o que se propõe é um nível médio ideal de precaução em conformidade com o risco de cada atividade, seja com base em conceituação deontológica de dever geral de cuidado ou econômica de precaução instrumental para promoção de eficiência econômica.⁶³

Verificou-se, então, a possibilidade de se estabelecer parâmetros econômicos para avaliar eventual ilicitude na conduta do agente em caso de dano unilateral e, ainda, como mensurar um nível social ótimo de prevenção, considerando-se que o total dos custos sociais será igual ao custo de prevenção social e o dano esperado ($CS = CP + DE$). Entretanto, como o regime de responsabilidade civil aplicado incentivará o comportamento dos agentes?

A adoção de um regime de responsabilidade civil objetiva ou subjetiva depende, em última análise, do comportamento estratégico dos agentes pautado na Teoria dos Jogos. Entretanto,

⁶⁰ PORTO, Antônio José Maristrello. *Análise Econômica da Responsabilidade Civil*. In: Luciano Benetti Timm. (Org.). **Direito e Economia no Brasil**. 1ed.São Paulo: Atlas, 2012, v., p. 181

⁶¹ Caso hipotético criado pelos autores a partir da análise dos esclarecimentos de “Social welfare optimum” de Steven Shavell. SHAVELL, Steven. **Economic analysis of accident law**. Harvard University Press, 2009. Chapter 2, p. 2.

⁶² Conforme esclarecem Cooter e Ulen, o cálculo dos custos sociais totais pode ser feito a partir da fórmula $CS=CP + DE$. COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and Economics**. Berkley Law Books. Book 2. 6th ed. 2016. p. 200.

⁶³ PORTO, Antônio José Maristrello. *Análise Econômica da Responsabilidade Civil*. In: Luciano Benetti Timm. (Org.). **Direito e Economia no Brasil**. 1ed.São Paulo: Atlas, 2012, v., p. 182

considerando que no exemplo em tela, que se acredita corresponder à maioria dos casos de vazamento de dados pessoais, não há que se falar em comportamento estratégico, haja vista que a conduta da vítima (empresa B) em nada afeta o comportamento do ofensor (empresa A). De qualquer forma, seja em danos unilaterais ou danos bilaterais, a responsabilidade civil deve ter como propósito, sob uma perspectiva econômica, atribuir ao ofensor incentivos suficientes para evitar o acidente a partir da internalização das externalidades. Em outros termos, deve conferir incentivos para atingir um nível ótimo de prevenção, ou seja, uma alocação ótima de riscos entre o ofensor e a vítima.⁶⁴

Conforme esclarece Steven Shavell, no caso da responsabilidade objetiva, o ofensor deverá arcar com todos os danos causados. Dessa forma, os custos totais serão iguais aos custos sociais. Como os ofensores buscarão reduzir seus próprios custos e estes são idênticos aos sociais, este regime de responsabilidade induz os ofensores a escolherem o nível social ótimo de cuidado. Na subjetiva, o ofensor somente será responsabilizado em caso de imperícia, negligência ou imprudência. Portanto, é necessário que seu nível de cuidado seja aquém do devido para que surja o dever de reparar. Caso as cortes estabeleçam um nível de cuidado devido que seja idêntico ao nível social ótimo, os ofensores deverão observar tal padrão de conduta sob pena de responsabilização. Ressalta-se que, no regime subjetivo, os ofensores não terão incentivos para investir mais em cuidado e prevenção do que o nível necessário, uma vez que incorreria em custos adicionais desnecessários, já que excludente de ilicitude surge pelo atendimento aos *standards* definidos.⁶⁵

Conclui-se que em ambos os regimes existem incentivos para que o comportamento do agente potencialmente ofensor seja no sentido de adotar um comportamento socialmente desejável. Ocorre, no entanto, que outras questões são geralmente consideradas na escolha pelo regime jurídico a ser instituído. Primeiramente, é bastante provável que os tribunais não tenham acesso a dados (ou sequer consigam compreender quais sejam efetivamente necessários, no caso de matérias complexas) suficientes para determinar níveis socialmente desejáveis de precaução e, ainda, também não os recebam de forma homogênea. Soma-se a isto o fato de cada julgador, ainda que evite fazê-lo, contar com a sua experiência de vida ao decidir, o que explica a multiplicidade de decisões díspares sobre um mesmo tema, gerando insegurança jurídica em torno da questão.

Além disso, embora ambos os regimes de responsabilidade sejam capazes de direcionar os agentes no sentido de uma conduta socialmente desejável, o regime subjetivo imputa à vítima o ônus probatório, de modo que ela passa a ter que arcar com os custos e despesas judiciais, de peritos etc. (custos administrativos). Assim, considerando que o Direito tem vieses distributivos, sob esta perspectiva, seria melhor a atribuição de um regime em que o próprio ofensor tenha que arcar com os custos de provar que atendeu aos padrões legais estabelecidos, o que pode ocorrer tanto no caso da responsabilidade objetiva quanto em um regime subjetivo com instituição de culpa presumida.

Nos casos em que existe uma relação de consumo e que a vítima é consumidora do agente ofensor (aqui considerado enquanto empresa), este terá incentivos para reduzir os riscos oriundos de seus produtos e serviços não apenas para evitar o dever de indenizar, mas também para vender a melhores preços, tendo em vista que a disposição de compra dos consumidores é influenciada pela maneira na qual percebem os riscos dos produtos e serviços.⁶⁶ Neste ponto, aplica-se o raciocínio de que os tribunais teriam dificuldade em obter informações sobre as empresas, o que poderia levar a dois problemas: erro de cálculo nos níveis de cuidado, levando a níveis de prevenção

⁶⁴ DARI-MATTIACCI, Giuseppe. **Tort law and economics**. Utrecht University Working Paper. 2003. p. 6.

⁶⁵ SHAVELL, Steven. **Economic analysis of accident law**. Harvard University Press, 2009. Capítulo. 2, p. 3.

⁶⁶ SHAVELL, Steven. **Economic analysis of accident law**. Harvard University Press, 2009. Capítulo 3, p. 1.

alguém (e, portanto, responsabilidade) ou além (e, conseqüentemente, alocação ineficiente de recursos), ou, também, falha na dimensão do comportamento das empresas na determinação de negligência – imperícia ou imprudência – (o que pode desincentivar os agentes a ter qualquer atitude no sentido de redução do risco). Neste caso, a responsabilidade objetiva resolveria o problema, uma vez que os fornecedores seriam motivados a reduzir os riscos na medida do necessário.⁶⁷

Em virtude do escopo deste trabalho recair sobre a avaliação do regime de responsabilidade civil adotado pela LGPD, buscou-se restringir a discussão da análise econômica às modalidades subjetiva e objetiva (esta última, com especial enfoque às relações de consumo), uma vez que não parece ter sido a intenção do legislador afastar qualquer forma de responsabilidade, criando uma lei isenta de responsabilidade quanto ao tratamento de dados pessoais, ou tampouco a existência de literatura econômica acerca de um regime de responsabilidade proativo defendido por Maria Celina Bodin de Moraes. Entretanto, cumpre frisar que as alternativas econômicas para lidar com a alocação eficiente de custos não se restringem às modalidades de responsabilidade civil analisadas, sendo possível, por exemplo, o agente optar pela contratação de um seguro, que poderá eventualmente ser a melhor solução econômica em virtude da probabilidade de ocasionar um dano a outrem e dos custos administrativos que poderá enfrentar.⁶⁸ A seguir, as conclusões cabíveis.

5. Conclusões

Este trabalho pretendeu corroborar para o debate doutrinário acerca do regime de responsabilidade civil adotado pela LGPD buscando oferecer reflexões não apenas jurídicas em torno do tema, mas, sobretudo, a partir de uma análise econômica das modalidades subjetiva e objetiva, considerando-se o regime mais eficiente, qual seja, aquele capaz de maximizar o bem estar social.

Após recapitular alguns conceitos básicos sobre Responsabilidade Civil, a análise foi destrinchada em duas partes principais: a jurídica e a econômica. No âmbito jurídico, demonstra ser acertada a compreensão de que a LGPD teria instituído dois regimes de responsabilidade civil, sendo o regime da referida lei o subjetivo, com presunção de culpa, e, no caso de relações de consumo, o regime objetivo, em consonância com as diretrizes do CDC, mantido o dever do fornecedor de atender às regras de boas práticas instituídas no Capítulo VI.

Em uma análise econômica, identificou-se, primeiramente, que mais investimento em prevenção nem sempre é socialmente desejável. Em seguida, neste tipo de análise, não afeta a vieses distributivos, mas sim alocativos, constatou-se que em ambos os regimes existem incentivos para que o comportamento do agente potencialmente ofensor seja no sentido de adotar um comportamento socialmente desejável. Entretanto, existem outras variáveis que podem direcionar a escolha ao regime objetivo, como assimetria de informação, custos administrativos e vieses distributivos. Verificou-se que o resultado será eficiente quando o regime de responsabilidade transferir o custo da vítima para o agente ofensor, de modo que seria possível instituir, para além da responsabilidade objetiva, a subjetiva com atribuição de culpa presumida.

⁶⁷ SHAVELL, Steven. **Economic analysis of accident law**. Harvard University Press, 2009. Capítulo 3, p. 8.

⁶⁸ “The key factors in the economic analysis are not cause but the probability of the accident and the costs of legal administration. In so analyzing the causation cases we are admittedly far from the language concepts in which the courts analyze these cases”. LANDES, William M.; POSNER, Richard A. **Causation in tort law: an economic approach**. The Journal of Legal Studies, v. 12, n. 1, p. 134.

Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais: Uma Análise Econômica sobre o seu Regime de Responsabilidade

Especificamente nas relações de consumo, em que a vítima é consumidora do agente ofensor, como a decisão de compra está intimamente associada à percepção que se tem acerca do risco do produto, existirão incentivos para redução deles de modo a aumentar a segurança para vender mais e a melhores preços (i.e., repassando menores custos de indenização). Assim, se nas relações de consumo há um incentivo econômico para que o fornecedor invista em prevenção, justifica-se, sob esta ótica, a submissão dos fornecedores aos deveres e condutas estabelecidos no Capítulo VI da LGPD.

Em conclusão, observa-se que, embora o Direito e a Economia possam ter fundamentos muitas vezes distintos, eles parecem estar alinhados em relação aos contornos a serem conferidos ao regime de responsabilidade civil no tratamento de dados pessoais. Espera-se, assim, ter contribuído para a construção da interpretação jurídica em torno do tema.

Referências

BECKER, Daniel; ARAUJO, Bernardo. **Splitting the baby: suspensão parcial das multas como alternativa à prorrogação da LGPD: uma solução salomônica de possibilidade de suspensão dos incisos V, VI, X e XII, do art. 52 da lei.** Jota. Publicado em 16.11.2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/regulacao-e-novas-tecnologias/suspensao-parcial-das-multas-como-alternativa-a-prorrogacao-da-lgpd-16112019>.

BENJAMIN. Antônio Herman de Vasconcellos e. **Comentários ao Código de Proteção do Consumidor.** Saraiva, 1991.

BRASIL, **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais**, de 14 de agosto de 2018, publicada em 15 de agosto de 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em jun de 2020.

BRASIL, **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, publicada em 11 de janeiro de 2002.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em jun de 2020.

BRASIL, **Lei nº8.078, de 11 de setembro de 1990, publicada em 12 de setembro de 1990.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm. Acesso em jul de 2020.

CAVALIERI FILHO. Sérgio. **Programa de Responsabilidade civil.** 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

COASE. Ronald H. **The problem of social cost.** The Journal of Law and Economics, v. III. 1960.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and Economics.** Berkley Law Books. Book 2. 6th ed. 2016.

COTS. Márcio; OLIVEIRA. Ricardo. **Lei Geral de Proteção de Dados Comentada.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. 2ª ed.

DARI-MATTIACCI, Giuseppe. **Tort law and economics.** Utrecht University Working Paper.

2003.

DONEDA, Danilo e MENDES, Laura Schertel. **Reflexões iniciais sobre a nova lei geral de proteção de dados**. Revista de Direito do Consumidor, vol. 120, São Paulo: Revista dos Tribunais, nov.-dez./2018.

GUARIENTO, Daniel Bittencourt; MARTINS, Ricardo Mafféis. **Enquanto uns querem adiar a entrada em vigor da LGPD, outros pretendem aplica-la antes mesmo da necessária regulamentação**. Jota. Publicado em 08.11.2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/impressoes-digitais/314785/enquanto-uns-querem-adiar-a-entrada-em-vigor-da-lgpd-outros-pretendem-aplica-la-antes-mesmo-da-necessaria-regulamentacao> Acesso em jul 2020 às 21h30min.

LANDES, William M.; POSNER, Richard A. **Causation in tort law: an economic approach**. The Journal of Legal Studies, v. 12, n. 1.

MARISTRELLO PORTO, A. J.; FERNANDO FRANCO, P. **Uma Análise Também Econômica do Direito de Propriedade**. Economic Analysis of Law Review, [s. l.], v. 7, n. 1, p. 207, 2016. Disponível em: <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edb&AN=119017311&lang=p t-br&site=eds-live>. Acesso em: 26 set. 2020.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código e Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 4 ed. ver. Atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

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

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva**. In: Revista dos Tribunais, vol. 854. São Paulo: Revista dos Tribunais, dez. 2006

MULHOLLAND, Caitlin. **A LGPD e o fundamento da responsabilidade civil dos agentes de tratamento de dados pessoais: culpa ou risco?** In Migalhas de Responsabilidade Civil. Publicado em 30.06.2020. Acesso em 02 de agosto de 2020 às 20h45min.

PORTO, Antônio José Maristrello. **Análise Econômica da Responsabilidade Civil**. In: Luciano Benetti Timm. (Org.). Direito e Economia no Brasil. 1ed.São Paulo: Atlas, 2012, v., p. 180-200.

PORTO, Antônio José Maristrello; THEVENARD, Lucas. **Economia Comportamental e Contratos de Adesão**. Revista Direito Empresarial (Curitiba), 2012.

POSNER, Richard A. **Economic Analysis of Law**. Aspen Publishers. 2008.

SHAVELL, Steven. **Economic analysis of accident law**. Harvard University Press, 2009. Disponível em: <https://www.nber.org/papers/w9694>

TABAK, Benjamin Miranda; AMARAL, Pedro Henrique Rincon. **Vieses cognitivos e desenho de políticas públicas**. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 8, nº 2, 2018 pp.

472-491.

TEPEDINO, Gustavo. BARBOZA, Heloisa Helena. MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. vol. I. 2^a ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

TEPEDINO, Gustavo. BARBOZA, Heloisa Helena. MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TERRA, Aline de Miranda Valverde. **Responsabilidade Civil** / Aline de Miranda Valverde Terra, Gisela Sampaio da Cruz Guedes; organização: Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Forense, 2020.