

Economic Analysis of Law Review

A Responsabilidade Civil Subjetiva de Agentes de Tratamento de Dados Pessoais da Ótica da Análise Econômica do Direito

Personal Data Processing Actors's Subjective Civil Liability in Law and Economic's Perspective

Dânton Hilário Zanetti de Oliveira¹
Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR)

Cinthia Obladen de Almendra Freitas²
Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR)

Sandro Mansur Gibran³
Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR)

Fabio da Silva Veiga⁴
Universidade Lusófona do Porto

RESUMO

Ao não explicitar sua opção pela teoria do risco ou da culpa, a Lei 13.709/2018 – Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) – deixou campo aberto a discussões em relação à modalidade de responsabilidade civil objetiva ou subjetiva dos agentes de tratamento de dados pessoais. Como consequência, surgem controvérsias sobre a necessidade de aferição do elemento culpa nos casos de danos aos titulares dos dados. Considerando que a LGPD se baseia em deveres gerais de conduta impostos aos agentes de tratamento e que a própria lei permite diferentes níveis de adequação e cumprimento destes deveres, o trabalho procurou demonstrar como institutos próprios da Análise Econômica do Direito (AED) podem auxiliar na adequada interpretação da LGPD, concluindo, como regra geral, pelo regime subjetivo de responsabilidade civil como aquele pretendido pelo legislador.

Palavras-chave: Análise Econômica do Direito; Proteção de dados pessoais; Responsabilidade civil; Teoria da culpa.

JEL: K13.

ABSTRACT

By not explaining its option for the theory of risk or guilt, Law 13.709/2018 – General Data Protection Law (GDPL) – left an open field for discussions in relation to the objective or subjective civil liability regime of personal data processing agents. As a result, controversies arise about the need to measure the fault element in cases of damage to data subjects. Considering that the GDPL is based on general duties of conduct imposed on treatment agents and that the law itself allows for different levels of adequacy and compliance with these duties, the work sought to demonstrate how the proper institutes of Law and Economic can assist in the adequate interpretation of the GDPL, concluding, as a general rule, for the subjective regime of civil liability as the one intended by the legislator.

Keywords: Law and Economics; Personal data protection; Civil liability; Guilt theory.

R: 01/04/21 **A:** 11/08/21 **P:** 31/08/22

¹ E-mail: danton.zanetti@gmail.com

² E-mail: cinthia.freitas@pucpr.br

³ E-mail: sandro@rochaadvogados.com

⁴ E-mail: fabio.da@edu.uah.es

1. Introdução

Remonta ao século VI, talhado no Digesto, obra que compõe o *Corpus Juris Civilis* (ou o Código de Justiniano), o princípio do *neminem laedere*, regra que inspira o “não lesar”. As raízes históricas do Direito brasileiro não permitem negar a decisiva influência romana em nossa tradição jurídica, que até hoje conserva este dogma.

Isto não significa dizer que certas nuances dogmáticas não tenham sido incorporadas ao instituto da responsabilidade civil ao longo do tempo. É manifesto o desenvolvimento teórico da temática, que encontra na evolução das relações humanas campo fértil. Exemplo disto é o surgimento da teoria do risco integral, ou das modalidades de dano moral estético e existencial⁵. Ainda, a crescente receptividade dos juristas brasileiros ao ferramental proporcionado pela Análise Econômica do Direito (AED) que, desde sua gênese, nos estudos de Ronald Coase, identifica no dever de indenizar a possibilidade de aplicar conceitos e teorias próprias da visão economicista aos conflitos tradicionalmente solucionados pela perspectiva jurídica.

Esse fenômeno de transformação do Direito não decorre somente do extenso interregno compreendido entre o Digesto e o Código Civil brasileiro de 2002, ou da introdução de novas formas de enxergar o Direito, como a perspectiva econômica. Tal fenômeno se soma às profundas e aceleradas mutações das relações humanas, impulsionadas pelo advento de novas tecnologias, sobretudo aquelas ligadas às Tecnologias da Informação e Comunicação (TICs). O avanço da capacidade de processamento de dados e extração de informação de forma cada vez mais veloz e eficiente nos trouxe à Sociedade Informacional prenunciada por CASTELLS (1999) e, com isso, surgiram novos modelos de negócio impulsionados a partir da utilização de dados pessoais, que caracterizam a chamada “*data driven economy*” ou “*data capitalism*” (MAYER-SCHÖNBERGER; RAMGE, 2018).

De outro lado, também os direitos humanos se remodelam para se adequar à nova realidade social, a fim de resguardar o núcleo duro e garantias individuais já asseguradas – como a vida privada e intimidade – irradiando seus efeitos por todo o ordenamento jurídico infraconstitucional.

A Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), vem para tutelar um direito moderno e que desborda à noção tradicional de privacidade, sobretudo porque no contexto de uma economia movida a dados, a ideia de eficiência reside na coleta do máximo de dados em todas as formas de interação possíveis (KAUFMAN, 2020, p. 94), sendo que a “*violação da privacidade e dos dados pessoais torna-se, portanto, um lucrativo negócio*” (FRAZÃO, 2019, p. 29).

Além de “lucrativo negócio”, a violação da privacidade e da proteção de dados pessoais é fato comum e frequente, contrário ao princípio maior do ‘não lesar’, o que fez com que o legislador pátrio contemplasse o tema da responsabilidade civil decorrente do exercício de atividade de tratamento de dados pessoais, em complemento às normas já existentes no Código Civil e outros diplomas legais.

Ocorre que, ante a juventude da norma, em vigor há poucos meses, e da inexistência de número de decisões judiciais suficientes a formatar um entendimento jurisprudencial sólido, ainda há muito campo para debates em torno da responsabilidade civil dos agentes de tratamento.

⁵ A este respeito, valem as palavras de RODRIGUES JUNIOR (2016, p. 115): “A responsabilidade civil no Direito brasileiro tem recebido novas contribuições teóricas que põem ênfase na chamada flexibilização de seus elementos e pressupostos, como o nexos de causalidade e a culpa, além do surgimento de “novos danos”.

Assim, partindo da premissa de que a LGPD não definiu expressamente o regime de responsabilidade civil no contexto do tratamento de dados pessoais, como problema de pesquisa o presente trabalho endereça as seguintes questões: teria a LGPD adotado a responsabilização subjetiva (teoria da culpa) ou objetiva (teoria do risco)? E, ainda, de que forma pode a AED contribuir para a identificação do regime, em tese, mais adequado?

Para tanto, aplicando-se o método dedutivo de pesquisa e por meio da revisão de literatura especializada, o presente trabalho desenvolve-se em três capítulos: o primeiro, visa apresentar um resgate teórico em relação aos institutos e teorias da responsabilidade civil no Direito brasileiro; o segundo, volta-se à análise do regime de responsabilidade civil próprio da LGPD, trazendo especificidade ao debate; o terceiro, apresenta a AED como ferramenta teórica para a identificação do regime de responsabilidade entendido como mais adequado no contexto do tratamento de dados pessoais endereçado pela LGPD, abordando-se, especialmente, o incentivos (ou “*nudges*”) da lei ao cumprimento de deveres de conduta.

Com isto, ao final, conclui-se que as próprias normas trazidas na LGPD, especialmente quando vistas sob a ótica da AED, caracterizam como subjetiva a responsabilidade civil por danos causados no exercício de atividades de tratamento de dados pessoais, abraçando a teoria da culpa.

2. Breves Considerações sobre Responsabilidade Civil e Culpa

A responsabilidade civil evoluiu muito como instituto jurídico, sobretudo considerando que no Direito romano, em sua gênese, sequer se admitia a possibilidade – sob qualquer aspecto – de que a vida de algum “homem livre” fosse avaliada em dinheiro, sob pena de lesão à sua dignidade (MORAES, 2009, p. 321). Etimologicamente, “responsabilidade” dizia respeito a todo e qualquer indivíduo sobre quem pesava determinada obrigação e que, assim, poderia ser convocado perante um Tribunal (BARRETO, 2008, p. 59)

Para o Direito Civil contemporâneo, no entanto, referido termo significa o dever de “arcar com as consequências de um ato, fato ou negócio danoso”, pois, “em princípio, toda atividade que acarreta prejuízo gera responsabilidade ou dever de indenizar” (VENOSA, 2012, p. 1), noção que se alinha àquela milenarmente expressada pelo Direito romano. A responsabilidade civil, portanto, não se confunde com uma relação jurídica obrigacional, haja vista que toda obrigação decorre de um dever jurídico primário ou originário. Diversamente, a responsabilidade civil corresponde a um dever sucessivo ou secundário, que exsurge a partir do descumprimento de uma obrigação ou dever originário (MENEZES; COELHO; BUGARIM, 2011, p. 31).

O Código Civil de 2002 (CC/02) sistematizou a disciplina da responsabilidade civil tomando como regra a responsabilidade civil subjetiva, ou seja, aquela que se funda na Teoria da Culpa: “para que haja o dever de indenizar é necessária a existência: a) do dano, b) do nexo de causalidade entre o fato e o dano; c) da culpa *lato sensu* (culpa – imprudência, negligência ou imperícia – ou dolo) do agente”. A responsabilidade civil objetiva, ou seja, aquela que prescinde da culpa – em sentido amplo – do agente para sua caracterização é subsidiária, excepcional, fundando-se na Teoria do Risco: “para que haja o dever de indenizar é irrelevante a conduta (dolo ou culpa) do agente, pois basta a existência: a) do dano; e b) do nexo de causalidade entre o fato e o dano”, ressaltando que apenas se pode cogitar da responsabilidade civil objetiva quanto o legislador expressamente a autorizar, ou em razão do risco proporcionado pelas atividades habituais do agente (NERY JUNIOR; NERY, 2014, p. 1190).

A respeito da Teoria do Risco, que enseja a responsabilização objetiva do agente, esta encontra previsão no parágrafo único do art. 927, do CC/02⁶, alertando Venosa (2012, p. 9-10) que esse sistema nem sempre será “eficaz e justo no caso concreto”, o que deve inspirar cautela aos operadores do Direito, sendo necessário ponderar se tal modalidade se justifica em face de atividades que, por si só, são capazes de expor alguém a um “perigo”, eis que o dano causado deveria ostentar “natureza grave, por mais que se adotem modernas medidas de segurança”. Observe-se que, no contexto aplicável ao tratamento de dados pessoais, as medidas de segurança se referem ao campo da Ciência da Computação denominado de Segurança da Informação, tema a ser abordado mais adiante, no item 3.

Embora não venha ao caso fazer maiores digressões a respeito das diferentes espécies de dano (dano material, moral, individual, coletivo, estético, existencial, etc.), é válido pontuar que, a aferição do dano moral deve levar em conta os seguintes critérios: (i) a dimensão da culpa do ofensor, em seu grau e intensidade; (ii) as condições econômicas do ofensor; (iii) a extensão do dano, a ser avaliada em sua natureza e gravidade; (iv) as condições pessoais da vítima, sob os aspectos social, político e econômico; e (v) a intensidade de seu sofrimento (MORAES, 2009, p. 295-296).

Esta referência é pertinente pois permite tecer algumas considerações a respeito do elemento *culpa*, objeto central do presente estudo, que, em sentido amplo (*culpa lato sensu*), assume a natureza dolosa ou culposa. Conforme ensina a doutrina civilista, o dolo corresponde à “volição deliberada, por ação ou omissão, destinada à violação de direito e à causação de dano a outrem”, enquanto a culpa resta caracterizada quando o agente pratica ato de forma imprudente, negligente ou com imperícia, caso em que a vontade do agente reside em praticar o ato, mas não de gerar um resultado danoso contra alguém (NERY JUNIOR; NERY, 2014, p. 554).

É Aguiar Dias (1979, p. 36), entretanto, quem melhor apresenta a definição jurídica de culpa:

A culpa é falta de diligência na observância da norma de conduta, isto é, o desprezo por parte do agente, do esforço necessário para observá-la com resultado não objetivado, mas previsível, desde que o agente se detivesse na consideração das consequências eventuais de sua atitude.

Fixados estes conceitos, vale consignar que a doutrina clássica – que inspirou e foi inspirada pelo Código Civil de 1916 – por muito tempo ignorou a culpa e, sobretudo, o grau de culpabilidade, como elemento caracterizador e balizador da responsabilidade civil, uma vez que se compreendia que o dano causado deveria ser integralmente reparado.⁷

O Código Civil de 2002, no entanto, alterou este regime, abrandando-o na medida em que o parágrafo único do art. 944⁸ estabeleceu regra de ponderação, flexibilizando a reparação do dano em sua integralidade e, assim, permitindo a redução do montante indenizatório nos casos de desproporção entre o grau de culpa do agente e a extensão dos danos causados à vítima. Portanto, no que tange ao *quantum* indenizatório, entende-se que a dimensão da culpa deve ser

⁶ “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”.

⁷ Representando essa corrente de pensamento, Almeida Costa (2001, p. 542) afirmava não existir correlação entre a gravidade da culpa e a amplitude dos danos, sustentando que “A extensos danos pode corresponder uma culpa leve do agente, assim como, ao invés, podem derivar prejuízos ligeiros de um facto em que se verifique dolo ou culpa grave”.

⁸ Nos termos do art. 944, parágrafo único, do Código Civil: “Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização”.

sopesada para fins de critério da reparação dos danos suportados pela vítima, sendo que um grau ínfimo de culpa, pode implicar na redução do valor da indenização, o que não está ligado à extensão do dano em si, mas ao nível de culpabilidade do agente que, segundo Tartuce (2018, p. 191), representa a culpa em sentido concreto, vista caso a caso, o que é sempre recomendável.

Tal parâmetro (juntamente com outros como a condição econômica do ofensor e da vítima) é geralmente avaliado para fins de estabelecer o grau de punibilidade da conduta do agente, e não propriamente para compensação da vítima (MORAES, 2009, p. 296), uma influência anglo-saxônica às nossas tradições romano-germânicas, decorrente da noção de “*punitive damages*”.

De toda sorte, em se tratando de responsabilidade civil subjetiva, o elemento culpa deverá estar presente para caracterização do dever de indenizar.

3. Responsabilidade Civil por Atos de Tratamento de Dados Pessoais

Embora o instituto da responsabilidade civil e seus pressupostos sejam familiares ao Direito, considerando o paradigmático efeito causado pela releitura do direito à privacidade e o surgimento da proteção de dados pessoais como um direito fundamental contemporâneo e autônomo⁹ é tempo de se avaliar os efeitos práticos da LGPD, norma que apenas recentemente entrou em vigor.¹⁰

Introdutoriamente, vale trazer robusto aporte doutrinário a respeito da autonomia do direito à proteção de dados pessoais em relação à tradicional noção do direito à privacidade. O saudoso jurista italiano Rodotà (2008, p. 17), há muito, já sustentava a existência da distinção, uma vez que o direito à vida privada e familiar reflete a proteção contra interferências externas na vida do indivíduo, enquanto a o direito à proteção de dados regula o processamento de dados e estabelece a legitimidade para a tomada de medidas diversas.

Em mesma esteira, Doneda (2006, p. 141-142) leciona que a proteção de dados pessoais seria um desdobramento da privacidade, na medida em que esta deixa de ser entendida apenas como um “escudo contra o exterior”, assumindo a função de “elemento positivo, indutor da cidadania, da própria atividade política em sentido amplo e dos direitos de liberdade de uma forma geral”.¹¹

⁹ A respeito, vide decisão proferida pelo Plenário do STF (ADI 6.389/DF, Rel. Min. Rosa Weber, J. 06.05.2020), na qual, paradigmaticamente, reconheceu-se que “A proteção de dados pessoais e a autodeterminação informativa são direitos fundamentais autônomos, extraídos da garantia da inviolabilidade da intimidade e da vida privada (art. 5º, X), do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da garantia processual do habeas data (art. 5º, LXXII), previstos na Constituição Federal de 1988”.

¹⁰ Mais precisamente em 18 de setembro de 2020, ante à caducidade da MP 959/2020 (Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/diarios/ver/105452?sequencia=16>; Acesso em 2. dez. 2020), norma que propunha a prorrogação do período de *vacatio legis* da LGPD.

¹¹ Ainda sobre a autonomia do direito à proteção de dados pessoais como direito individual e garantia fundamental, ver “A proteção de dados pessoais como direito e garantia fundamental na Constituição da República de 1988” (ZANETTI DE OLIVEIRA, Danton Hilário; FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra. **A proteção de dados pessoais como direito e garantia fundamental na Constituição da República de 1988**. In: Direitos fundamentais e a era tecnológica - Law Experience 2020. FERRAZ, Miriam Olivia Knopik; VETTORAZI, Karlo Messa (org.). 1. Ed. Curitiba: FAE/Bom Jesus. 2020, p. 30-50. ISBN nº 978-65-89337-00-3. Disponível em: <https://bit.ly/3anVlnp>; Acesso em: 15 dez. 2020).

A fim de dar melhores contornos ao presente capítulo, vale fazer registro de algumas ressalvas.

Primeiramente, como bem salientaram Moraes e Queiroz (2019, p. 116), desde a década de 1960, reconhece-se que – mesmo apesar das inovações legislativas – os direitos da personalidade não encontram no Código Civil o respaldo necessário para uma tutela eficiente, frente aos desafios modernos. Isto, entretanto, também não significa dizer que a LGPD seja capaz de tutelar adequadamente tais direitos.

Em segundo lugar, é relevante observar que os casos em que a responsabilidade civil decorrente de atos de tratamento de dados pessoais ocorre no âmbito de uma relação de consumo¹², por força do disposto no art. 45, da LGPD¹³, não são objeto, em regra¹⁴, de incidência das normas sobre responsabilidade civil previstas na LGPD e “permanecem sujeitas às regras de responsabilidade previstas na legislação pertinente”, qual seja, o Código de Defesa do Consumidor (CDC).

Fixar a premissa acima é relevante, uma vez que o CDC estabelece a responsabilidade civil objetiva, com base na Teoria do Risco, como regra geral para os casos de fato (arts. 12 e 14, CDC) e vício do produto ou serviço.¹⁵

Uma terceira ressalva necessária é a de que apenas as figuras do “Controlador”¹⁶ e do “Operador”¹⁷ são consideradas pela LGPD como “agentes de tratamento”, não se incluindo neste rol o “Encarregado”¹⁸ de proteção de dados¹⁹. Assim, este último não responde por seus próprios atos diretamente em face do titular dos dados pessoais, mas de maneira diferenciada, ou seja, apenas perante o Controlador ou Operador que se utilizou de seus serviços (COTS; OLIVEIRA, 2018, p. 224).²⁰

¹² Na doutrina de Benjamin, Marques e Bessa (2008, p. 79), a definição de ‘relação de consumo’ pressupõe a existência de uma relação jurídica entre dois atores com posições jurídicas subjetivamente distintas, quais sejam, o consumidor (art. 2º, CDC) e o fornecedor (art. 3º, CDC), pois a própria definição destas figuras jurídicas é relacional.

¹³ A este respeito, Cots e Oliveira (2018, p. 235) anotam que “O artigo 45 prevê que, se a violação do direito do titular se der no contexto de uma relação de consumo, ou seja, com este último atuando como destinatário final de um produto ou serviço, as regras de responsabilização do fornecedor permanecerão sujeitas ao CDC.”

¹⁴ Quanto a essa ressalva, recomenda-se a leitura do artigo de Zanetti e Freitas, intitulado “A responsabilidade civil do fornecedor quanto aos dados pessoais do consumidor: diálogo das fontes entre CDC e LGPD” (no prelo), que aponta para uma hipótese em que o diálogo das fontes entre CDC e LGPD pode auxiliar na tutela dos direitos do titular e, assim, permitir a responsabilização do Operador em casos que este não integra a relação de consumo.

¹⁵ Embora diferentemente da hipótese de responsabilidade civil decorrente do fato do produto ou serviço, a responsabilidade por vício do produto ou serviços ‘independentemente da existência de culpa’ não conte com disposição expressa no CDC, Cavalieri Filho (2003, P. 495) anota que “(...) se nem o Código Civil exige culpa tratando-se de vício redibitório, seria um retrocesso exigir a pelos vícios do produto e do serviço disciplinados no Código do Consumidor, cujo sistema adotado é a responsabilidade objetiva”.

¹⁶ Nos termos do art. 5º, VI, LGPD, o controlador é a “pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais”.

¹⁷ Nos termos do art. 5º, VI, LGPD, o operador é a “pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador”.

¹⁸ pessoa indicada pelo controlador e operador para atuar como canal de comunicação entre o controlador, os titulares dos dados e a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD)

¹⁹ Conforme art. 5º, IX, LGPD: “agentes de tratamento: o controlador e o operador”

²⁰ Posição divergente é manifestada por Capanema (2020, p. 166), que sustenta a possibilidade de responsabilização direta do encarregado (tanto pessoa jurídica, como pessoa física) em casos de relação de consumo, ao fundamento de que este integraria a cadeia de fornecedores. Com a devida vênia, não concordamos com tal posição, uma vez que não se pode confundir as funções típicas do encarregado de proteção de dados (art. 41, § 2º, LGPD) com as atividades fim do controlador da qual se origina uma determinada relação de consumo.

A Responsabilidade Civil Subjetiva de Agentes de Tratamento de Dados Pessoais na Ótica da Análise Econômica do Direito

Feitas estas considerações, cabe chamar a atenção ao fato de que a LGPD é uma norma principiológica, na qual se destaca o rol de princípios previstos no artigo 6º, normas de caráter geral e que servem de balizas interpretativas para as regras previstas ao longo de todo o diploma legal.²¹ Especificamente no que concerne à responsabilidade civil (arts. 42 a 45, da LGPD), pode-se elencar 03 (três) princípios contidos no art. 6º da LGPD intimamente ligados à esfera da responsabilização civil por atos de tratamento de dados pessoais, quais sejam, segurança, prevenção e responsabilização e prestação de contas (MULHOLLAND, 2020) que, alinhados à regra geral prevista nos arts. 186²² e 927²³, do Código Civil, estatuem o dever de indenizar aos agentes de tratamento.

Como premissa metodológica necessária ao presente trabalho, considerando que a responsabilidade do agente decorre comumente do dever geral de proteção de dados, há que se compreender que esta constitui verdadeiro elo com o campo da Segurança da Informação. Isto, de certo modo, amplia o escopo de proteção intencionado pelo legislador para além dos dados pessoais (unidade originária), espalhando-se para os sistemas, os processos e a organização como um todo, como sugere o disposto no art. 6º, incisos VII e VIII, da LGPD, que estatui os princípios da segurança e da prevenção.

Esta noção de Segurança da Informação (SI), pode ser definida a partir da Norma ABNT NBR ISO/IEC 17799²⁴:

a proteção da informação de vários tipos de ameaças para garantir a continuidade do negócio, minimizar o risco ao negócio, maximizar o retorno sobre os investimentos e as oportunidades de negócio. A segurança da informação é obtida a partir da implementação de um conjunto de controles adequados, incluindo políticas, processos, procedimentos, estruturas organizacionais e funções de software e hardware. Estes controles precisam ser estabelecidos, implementados, monitorados, analisados criticamente e melhorados, onde necessário, para garantir que os objetivos do negócio e de segurança da organização sejam atendidos. Convém que isto seja feito em conjunto com outros processos de gestão do negócio.

Assim, tem-se que a proteção de dados integra-se à Segurança da Informação, estabelecendo um ciclo principiológico que se estabelece a partir da LGPD. Esta base principiológica emoldura a atuação do agente de tratamento de dados pessoais. Consequentemente, torna-se vazio o exercício de concretização da principiológica da LGPD, sem a análise e categorização da responsabilidade, que tem como pano de fundo a mitigação de riscos, incluídos aqueles associados à (falta de) Segurança da Informação.

No que se refere à classificação da responsabilidade quanto ao agente, Venosa leciona que “a responsabilidade pode ser direta, se diz respeito ao próprio causador do dano, ou indireta, quando se refere a terceiro, o qual, de uma forma ou de outra no ordenamento, está ligado ao ofensor” (VENOSA, 2012, p. 5).

Apenas a responsabilidade direta pode ser verificada a partir da dicção do *caput* do art. 42, da LGPD²⁵, que prevê o dever de indenizar ao controlador²⁶ ou o operador²⁷ que causa dano a

²¹ Para ALEXY (2017, p. 90), princípios são “mandamentos de otimização”, eis que podem ser satisfeitos em diferentes graus, a depender de condições fáticas e jurídicas do caso em concreto, enquanto SILVA (1998, p. 98) os têm como “normas elementares ou os requisitos primordiais instituídos como base, como alicerce de alguma coisa”.

²² “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

²³ “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

²⁴ A partir de 2007, a norma ISO/IEC 17799 foi incorporada ao novo sistema de numeração de normas, passando a constar como ISO/IEC 27002. ABNT NBR ISO/IEC 17799. Tecnologia da informação — Técnicas de segurança — Código de prática para a gestão da segurança da informação. 2005. p. ix.

outrem em razão do exercício de atividade de tratamento de dados pessoais. O responsável pela reparação do dano é aquele que efetivamente o causou. Já a regra do art. 42, I, § 1º, da LGPD²⁸, estabelece a responsabilidade indireta, criando regime de solidariedade entre operador e controlador ou entre controladores conjuntos.

Portanto, embora o *caput* do aludido dispositivo legal conte com a conjunção alternativa “ou”, indicando a ideia de que há casos em que apenas um ou outro (controlador ou operador) deve responder, o parágrafo primeiro, ao criar regime de solidariedade entre agente e terceiro, estabelece responsabilidade indireta do controlador (em face do operador ou de um “controlador conjunto”²⁹) nos casos em que o operador vier a praticar ato ilícito.³⁰

3.1. O elemento *culpa* na responsabilidade civil por ato de tratamento de dados pessoais

Sem a pretensão de pôr termo a um assunto tão polêmico, considera-se relevante fomentar o debate a respeito da responsabilidade civil no âmbito da LGPD, na busca de trazer contribuições para o alcance de maior segurança jurídica.

O problema e discussões a respeito do tema se originam na própria LGPD, que, digna de críticas nesse ponto em específico, não definiu de forma expressa qual foi a modalidade de responsabilidade civil adotada pelo legislador, se subjetiva ou objetiva (GUEDES; MEIRELES, 2019, p. 322).

Considerando ser justamente este o recorte do presente trabalho, cabe chamar atenção para o pressuposto caracterizador da responsabilidade civil, em torno do qual gira toda a celeuma, qual seja, a *culpa*. Conforme anteriormente analisado, a discussão em torno culpa é determinante para duas finalidades em especial: (i) o enquadramento da modalidade de responsabilidade civil como subjetiva (depende da existência e comprovação de culpa) ou objetiva (independe da existência e comprovação de culpa); e (ii) o estabelecimento de parâmetros para fixação do valor da indenização reparatória, caso se adote a corrente teórica da responsabilização subjetiva.

No Direito brasileiro, atualmente, existem três principais correntes doutrinárias em torno da natureza da responsabilidade civil de agentes de tratamento.

²⁵ “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.”

²⁶ Na definição do art. 5º, V, da LGPD, “controlador” é “pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais”.

²⁷ Na definição do art. 5º, VI, da LGPD, “controlador” é “VII - operador: pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador”.

²⁸ “§ 1º A fim de assegurar a efetiva indenização ao titular dos dados: I - o operador responde solidariamente pelos danos causados pelo tratamento quando descumprir as obrigações da legislação de proteção de dados ou quando não tiver seguido as instruções lícitas do controlador, hipótese em que o operador equipara-se ao controlador, salvo nos casos de exclusão previstos no art. 43 desta Lei; II - os controladores que estiverem diretamente envolvidos no tratamento do qual decorrerem danos ao titular dos dados respondem solidariamente, salvo nos casos de exclusão previstos no art. 43 desta Lei.”

²⁹ De acordo com o art. 26 (1) da Diretiva EU 2018/679 (GDPR), a hipótese em que dois ou mais agentes de tratamento atuam simultaneamente na posição de controlador é denominada “*joint controllership*”.

³⁰ A responsabilização solidária, como bem apontam COTS e OLIVEIRA (2018, p. 227), pode ser objeto de exercício de direito de regresso por um controlador contra outro, como autoriza o art. 934, do Código Civil. Em acréscimo, entendemos que o regresso também pode ser invocado por aquele que houver pago contra o corresponsável, independentemente de sua posição jurídica de controlador, operador ou controlador conjunto.

A primeira delas, capitaneada por Doneda e Mendes (2018, p. 555), propõe a responsabilização objetiva, eis que a principiologia da LGPD inspiraria um dever de cuidado e precaução para com os atos de tratamento de dados pessoais, ante ao risco intrínseco a tais atividades, mormente considerando que a vida privada e a proteção de dados pessoais são (explícita e implicitamente, respectivamente) reconhecidas como direito e garantia fundamental, recebendo um *status* de proteção diferenciado na ordem constitucional.

Uma singela crítica que ousamos fazer aos fundamentos apresentados pelos juristas acima referidos é a de que poderia ser demasiadamente abrangente considerar que todo e qualquer ato de tratamento de dados pessoais implica em risco a outrem. Ora, se, de acordo com o *The Economist*, o recurso mais valioso do mundo não é mais o petróleo, mas sim os dados³¹ – uma verdadeira *commodity* da sociedade movida a dados (*data driven economy*), ou ativo financeiro desta –, cabe ponderar que nem toda atividade envolvendo dados deve ser considerada, automaticamente, uma atividade de risco. Isto equivaleria a afirmar que qualquer atividade envolvendo operações com dinheiro (mesmo aquelas feitas por um pequeno comércio local, por exemplo) consistiriam em atividades de risco acentuado.

Naturalmente, não se olvida que dados pessoais – e sua proteção – merecem ser efetivamente protegidos pelo ordenamento jurídico pátrio, inclusive a nível constitucional, o que, entretanto, não significa dizer que qualquer ofensa a tal direito decorra de responsabilização objetiva. Em reforço, Maldonado e Blum (2019, p. 325-326) afirmam categoricamente que a teoria do risco integral não se aplicaria à responsabilidade civil prevista na LGPD, e que a aplicação precipitada da teoria do risco implicaria na indevida banalização do instituto.

A segunda delas, esposada por Moraes e Queiroz (2019, p. 126), sustenta ser “especialíssima” – no sentido de *diferenciada* – a natureza da responsabilidade civil proposta pela LGPD, uma vez que sistematizada de acordo com as normas do regulamento europeu de proteção de dados (*General Data Protection Regulation* – GDPR). Em suas palavras:

Assim, esta responsabilidade especial, à semelhança do que ocorre no Regulamento europeu, está articulada em torno de três noções fundamentais, que devem ser somadas: i) dano, ii) violação da legislação de proteção dos dados por parte do controlador e/ou operador e iii) reparação. Com efeito, o regime demanda que o dano seja resultante de violação da LGPD e que tenha sido causado por um agente de tratamento dos dados para então impor a obrigação de ressarcir a parte lesada.

Ainda, antecipando eventuais contra-argumentos, mencionados autores afirmam que a redistribuição do ônus probatório não teria o condão de livrar a vítima do “usual calvário probatório” (MORAES; QUEIROZ, 2019, p. 126) em relação à culpabilidade de agentes de tratamento, o que não nos parece ser o caso. Diversamente, esta seria justamente a possibilidade de, em casos de hipossuficiência do titular, viabilizar a produção da prova, tal como já ocorre em microssistemas normativos ainda mais rígidos, como é o consumerista.

A terceira (e última) delas, é justamente a responsabilidade subjetiva, corrente à qual nos filiamos, defendida por Guedes e Meireles (2019, p. 231), que, em tom conclusivo, assim explanam:

Assim, não faz muito sentido – 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

³¹ “*The world’s most valuable resource is no longer oil, but data*” (ou “o recurso mais valioso do mundo não é mais o petróleo, mas os dados”, em tradução livre) foi a emblemática manchete veiculada pelo “*The Economist*”, portal de notícias Inglês, em 06 de maio de 2017. Disponível em: <https://www.economist.com/leaders/2017/05/06/the-worlds-most-valuable-resource-is-no-longer-oil-but-data>; Acesso em 12 dez. 2020.

responsabilidade subjetiva. Se o que se pretende é responsabilizar os agentes, independentemente de culpa de fato, não faz sentido criar deveres a serem seguidos, tampouco responsabilizá-los quando tiverem cumprido perfeitamente todos esses deveres. A lógica da responsabilidade objetiva é outra, completamente diferente: não cabe discutir cumprimento de deveres, porque, quando se discute cumprimento de deveres, o que no fundo está sendo analisado é se o agente atuou ou não com culpa.

Uma vez postas as três principais posições doutrinárias acerca do tema, importa destacar que, segundo o art. 44, da LGPD, também são considerados “irregulares” (ou seria mais adequado dizer, “*ilícitos*”) os atos de tratamento de dados pessoais incapazes de proporcionar segurança jurídica e tecnológica ao titular, seja em relação (i) ao modo pelo qual este é realizado; (ii) aos riscos razoavelmente esperados; (iii) às técnicas aplicáveis ao tratamento de dados, disponíveis ao tempo dos respectivos atos, sendo que “A análise da expectativa deverá sempre ser realizada sobre um caso concreto, utilizando a noção que se espera do homem-médio em relação a determinado tratamento de dados” (COTS; OLIVEIRA, 2018, p. 232).

Essa expectativa criada em torno da licitude, razoabilidade e segurança para com o tratamento de dados pessoais remete à noção do “*bonus pater familiae*”, aplicada ao contexto dos agentes de tratamento. Portanto, a LGPD exige daqueles que manipulam dados pessoais a observância de um padrão comportamental médio e socialmente aceito, o que evidencia a noção de culpa do agente, que deve respeitar esse standard de conduta (GUEDES; MEIRELES, 2019, p. 231).

Avançando para além da afirmação acima, é possível relacionar a expectativa de segurança jurídica e tecnológica em relação ao tratamento de dados com a culpabilidade do agente, mesmo porque, aproveitando do exemplo trazido pelos autores³², se a expectativa de segurança da informação proporcionada por uma instituição bancária é completamente diferente daquela provida por um comércio local, caso a primeira possuísse o mesmo nível de segurança da segunda, ainda que nenhuma norma viesse a ser descumprida em sentido estrito, seria nítida a assunção de risco e, assim, a *culpabilidade* da instituição bancária por eventual acesso não autorizado a dados de titulares sob sua guarda.

Além disso, como bem alertam Molinaro e Ruaro (2019, p. 209), nem sempre a coleta de dados pessoais – e porque não dizer o tratamento, como um todo – será realizada nos “limites da legalidade”, ainda que o titular dos dados seja provocado a ler e aderir a uma política de privacidade (ainda que, em sua racionalidade limitada, o indivíduo desconheça os reais efeitos invasivos à sua privacidade).

Cabe, ainda, ponderar que a própria LGPD, como mencionado, em seu art. 45 faz remissão ao CDC, afirmando expressamente a regência da norma consumerista aos casos de responsabilidade de fornecedores de bens ou serviços, ainda que em razão do tratamento de dados pessoais. Aqui, cabe questionar: precisaria a LGPD, caso realmente houvesse adotado a Teoria do Risco (responsabilidade objetiva) por danos quaisquer causados a titulares no âmbito do tratamento de dados pessoais, redirecionar a questão ao sistema já regulado pelo CDC, onde a modalidade de responsabilização *também* é objetiva?

Com efeito, não haveria qualquer incremento, benefício, ou mesmo utilidade, a uma norma que encampa a responsabilização pela Teoria do Risco, remeter-se a outra (CDC) com a

³² A título provocativo, os autores questionam se um pequeno comércio local deveria “contratar todas as ferramentas tecnológicas que um banco geralmente contrata”, para fins de prover segurança aos atos de dados, a fim de concluir que há “graus de expectativa de segurança” distintos para atividades econômicas distintas (COTS; OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 232).

mesma sistemática, o que nos permite afirmar que a LGPD fez uma opção – implícita, porém consciente – pela Teoria da Culpa, ou seja, pela responsabilidade civil subjetiva dos agentes de tratamento, como regra.

Feitas essas considerações e encerrando o presente tópico com a noção de que a culpabilidade do agente de tratamento tem papel relevante na aferição de responsabilidade civil por atos de tratamento de dados pessoais, resta reforçar a conclusão acima, a partir da correlação da culpa do agente com a AED, na sistemática da LGPD.

4. Uma Análise do Elemento Culpa na Responsabilidade Civil por Atos de Tratamento na Ótica da AED

Pode-se compreender a AED como um “exercício de interdisciplinaridade” capaz de aperfeiçoar o Direito, especialmente na concepção de regras jurídicas ou avaliação de seus efeitos em face da análise de aspectos econômicos. Como um ferramental teórico e empírico, a AED permite a expansão da aplicação dos postulados jurídicos também ao campo da economia, dando-lhes viés ainda mais prático.³³

Tal empirismo – ou *consequencialismo* – é resultado da identificação dos problemas sociais e consequências advindas dos comportamentos dos sujeitos afetados pelos efeitos das regras jurídicas. Referidos sujeitos e suas ações compõem o complexo de relações entre pessoas físicas e jurídicas envolvidos em um contexto de escassez, próprio do sistema econômico (ZYLBERSZTAJN e SZTAJN, 2005, p. 132). Portanto, a AED inspira a busca pela lógica e racionalidade do ordenamento jurídico (GICO JR., 2011, p. 13; 18-20).

Essa noção é confirmada por Hugo Acciarri, acrescentando que, para ser perfeita e concreta, a AED deve partir do pressuposto de que pessoas possuem comportamentos egoísticos, centrados em si mesmas e, conseqüentemente, apenas respondem de forma diversa (de forma não-egoística) mediante incentivos econômicos. Por isto, objetiva-se com a AED avaliar diferentes vertentes regulatórias a fim de permitir a opção pela mais eficiente delas, especialmente em se tratando de agentes econômicos (ACIARRI, 2014, p. 22). Afinal, “Nenhum sistema produtivo é imune a custos; Ninguém empreende a custo zero” (MONACO, 2019, p. 153), não sendo possível desconsiderar os custos de transação envolvidos em uma determinada atividade econômica.

E são essas as premissas que inspiram a construção de uma tecitura normativa apta a maximizar a promoção do bem-estar social, tal como idealizado por Richard Posner, na medida em que o aperfeiçoamento de normas e políticas públicas, ao mesmo tempo em que atenuam fatores de insegurança jurídica, também impulsionam as relações sociais economicamente sustentáveis, justificando a adoção da AED (TABAK, 2020).

Trazendo a AED mais para perto do debate acerca da função elemental da culpa na responsabilidade civil, Acciarri (2014, p. 22) menciona o paradigmático caso³⁴ em que uma empresa, ao realizar o reboque marítimo de uma embarcação aportada no porto de Nova York, fez uma barcaça colidir com outra e afundar, causando danos aos proprietários. No caso concreto, embora os danos tenham sido causados pela empresa de reboques, houve

³³ Segundo BARELLA e GIBRAN (2020, p. 2), o marco inaugural da AED ocorreu na Escola de Chicago em 1937, com a edição da revista “*Journal of Law and Economics*”, por Aaron Director, em 1937.

³⁴ O caso “United States v Carroll Towig” (159 F.2d 169 [2d Cir.1947]).

reconhecimento de culpa concorrente, considerando que o proprietário do barco naufragado deveria manter tripulação a bordo durante o procedimento de reboque, e que, ao não o fazer, teria deixado de adotar as precauções adequadas e esperadas. Uma espécie de negligência que foi sopesada em termos econômicos na fundamentação da decisão. Para Acciarri (2014, p. 26),

Esta solução que se expressa como ‘há culpa quando o investido em prevenção é menor do que os danos esperados’ (...) parece um meio muito diferente de valorar as condutas envolvidas. No entanto, esta conclusão ainda está longe de constituir uma teoria.

Tal raciocínio, próprio da AED, pode ser bem aplicado ao contexto da LGPD. Considerada uma norma de ‘implementação’ (MARINHO, 2020, p. 6-9), as regras nela previstas devem ser internalizadas nos processos organizacionais dos agentes que, com o advento da nova lei, ficam obrigados a cumprir uma série de deveres de conduta que, invariavelmente, implicam no aumento de seus custos de transação. Isto é confirmado por Guedes e Meireles (2019, p. 231), que assim anotam: “A estrutura da LGPD é toda pautada na criação de deveres. O legislador criou uma série de deveres de cuidado que devem ser seguidos pelo controlador e pelo operador, sob pena de virem a ser responsabilizados”.

Com efeito, em meio a tantas obrigações abertas, inspiradas pelo princípio da prevenção (art. 6º, VIII, LGPD)³⁵, sobretudo aquelas dispostas no Capítulo VI da LGPD, que nos artigos 46 a 50 estabelece os deveres quanto à segurança da informação (medidas de segurança, técnicas e administrativas) e sigilo de dados, e as boas práticas de conduta para agentes de tratamento, constata-se claramente que o legislador procurou estabelecer, de um lado padrões de conduta, mas de outro, mecanismos de incentivo (ou “nudges”) aos bons agentes de tratamento, ou seja, aqueles que elevam seus custos de transação de modo a investir em boas práticas de proteção de dados pessoais, adotando postura proativa e preventiva (diferentemente do proprietário da embarcação – do caso julgado pela corte norte-americana – que, negligentemente, deixou-a abandonada).

Aqui, cabe retomar a definição de culpa de Aguiar Dias (1979, p. 136) já mencionada, que muito bem se alinha às noções da AED, sobretudo considerando que esta representa o “desprezo” por parte do agente em relação ao “esforço necessário” para observância dos deveres de conduta. Esse raciocínio é reforçado por Venosa, que destaca o distanciamento do elemento culpa do estado de ânimo do agente e sua paulatina releitura como “erro” ou “desvio de conduta” (VENOSA, 2012, p. 25).

Desta feita, é possível concluir que os padrões de conduta prescritos pela LGPD constituem justamente essa arquitetura normativa de incentivos (“nudges”³⁶), cuja função é estimular os agentes de tratamento, para que assumam maiores custos de transação³⁷ em prol da

³⁵ O princípio da prevenção propõe a “adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais”.

³⁶ O termo “nudge” vem do inglês e pode ser traduzido como “cutucão” que, na concepção de THALER (2020), consiste em “pequenas mudanças no *design* que afetam especialmente o comportamento dos indivíduos”. Para a AED, portanto, consiste em uma arquitetura de incentivos para que um determinado agente econômico se sinta inclinado a adotar determinado padrão de conduta

³⁷ De acordo com o clássico artigo “The Nature of the Firm” (COASE, 1937), o sistema de formação de preços no livre mercado, ou seja, aquele regido pela lei da oferta e da procura, depende de uma gama de variáveis, chamadas de “custo de transação”. Os custos de transação podem ser entendidos como os custos envolvidos para operar no mercado, como: (i) Obtenção de informações; (ii) Contratação de mão-de-obra; (iii) Negociação; (iv) Monitoramento, cumprimento e execução de contratos; etc.

proteção de dados pessoais dos titulares, adotando as medidas técnicas, administrativas e segurança exigidas pelo art. 46 da LGPD.³⁸

É certo que ninguém deve ser “premiado” por não causar dano a outrem. Nada obstante, considerando que muitas das normas previstas na LGPD (e, vale dizer, também em outras normas setoriais) correspondem a *standards* de conduta, o cometimento de um ilícito em razão de atuação por negligência, imprudência ou imperícia torna-se questão relevante a ser enfrentada casuisticamente, o que deve afastar a responsabilização objetiva do agente.

Neste sentido, Acciarri (2014, p. 36) explica que a AEDD (“Análise Econômica do Direito de Danos”), apoiada nos estudos de Ronald Coase e Guido Calabresi, não enxerga a ocorrência de danos exclusivamente como um “problema distributivo privado”, no qual o ofensor deve indenizar a vítima, mas de uma maneira macro, global, em que a alocação de riscos implica na transferência de riquezas. Afinal, “ao escolher o que é melhor para si, cada parte pode tentar impor perdas às contrapartes, o que pode acarretar em resultado pior para todos” (ZYLBERSZTAJN e SZTAJN, 2005, p. 116).

Igual conclusão pode ser extraída a partir da análise de cenários concorrenciais envolvendo a exploração de dados pessoais em um contexto de *Big Data*, pois embora os dados sejam relevante ativo econômico, a fim de extrair valor de um conjunto de dados é necessário empregar as ferramentas tecnológicas adequadas e, com o advento da LGPD, fornecer nível de proteção aos dados pessoais adequado. Sem isto, as informações processadas não são apenas de pouca utilidade, mas também são fator de risco, uma vez que seu tratamento poderá implicar na responsabilização do detentor em virtude da falta de medidas técnicas, administrativas e de segurança capazes de resguardá-las (RAGAZZO; MONTEIRO, 2018, p. 170).

Isso fica muito claro quando, retomando a discussão acerca da Teoria da Culpa no âmbito dos atos de tratamento de dados pessoais, constata-se que, a nível macro, os atores que realizam o tratamento de dados pessoais serão estimulados a atuar de forma proativa e preventiva, assumindo novos custos de transação em prol de medidas de segurança jurídicas e tecnológicas voltadas à proteção de dados pessoais dos indivíduos com quem se relacionam. Logo, é evidente que em uma relação entre agentes econômicos concorrentes, levará vantagem econômica aquele que deixar de seguir os deveres de conduta previstos na LGPD, mantendo inalterado seus custos de transação, enquanto o outro, ao investir em medidas em prol da atuação em conformidade com a lei, elevando seus custos de transação, perderá competitividade.

Destarte, nesta balança econômica, os agentes de tratamento não devem considerar apenas o custo de aquisição dos dados necessários à consecução de suas atividades; tão importante quanto o acesso à informação é a sua manutenção em uma estrutura de governança capaz de proporcionar grau de proteção satisfatório, em observância aos parâmetros estabelecidos pela LGPD.³⁹

³⁸ “Os agentes de tratamento devem adotar medidas de segurança, técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou qualquer forma de tratamento inadequado ou ilícito”.

³⁹ Em análise similar feita por Ragazzo e Monteiro (2018, p. 170-171), os autores explicam que em um mercado movido a dados e impulsionado por tecnologias voltadas ao *Big Data*, as barreiras de entrada existentes para o alcance de um nível concorrencial dependem de diversos fatores, destacando-se a possibilidade de acesso a dados pessoais disponíveis para que um determinado agente de tratamento possa efetivamente vir a utilizá-lo. Considerando que a LGPD é uma norma de implementação, que apresenta diversos deveres gerais de conduta não prescritivos, a licitude no tratamento de dados pessoais dependerá de esforços do agente em prol da adequação de processos organizacionais, bem como da adoção mecanismos de prevenção quanto à segurança da informação, o que implica no aumento de custos de transação.

Assim, mediante a renúncia a seus próprios interesses egoísticos e elevação dos custos de transação de suas próprias atividades, os agentes de tratamento que investirem em mecanismos de prevenção, segurança e lisura aos atos de tratamento de dados pessoais atenderão aos deveres de conduta impostos pela LGPD, protegendo os titulares de dados com os quais mantêm relação.

Se tudo isto for levado em consideração, é justo que para que reste configurada a responsabilidade civil do agente de tratamento, seu grau de culpabilidade para com o eventual não atendimento dos referidos deveres de conduta merece ser objeto de avaliação em uma eventual ação de reparação de danos por tratamento irregular de dados pessoais.

Ademais, nas palavras de RODRIGUES JUNIOR (2016), há que se considerar que

um debate sobre a adequada utilização de sistemas, categorias e elementos da responsabilidade civil faz-se cada vez mais necessário na medida em que é fundamental disciplinar os campos de interferência recíproca de fatores jurídicos e metajurídicos no direito delitual com a finalidade de se manter a utilidade da doutrina sobre a responsabilidade civil e também para se exigir os custos argumentativos das decisões judiciais em um regime democrático.

Corroborando a afirmação acima, tem-se que a reavaliação da culpa e seu papel no regime de responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro a partir de uma análise interdisciplinar – junto à ciência econômica – se mostra mais que necessária, dessa vez para bem acolher o dever de indenizar decorrente dos atos de tratamento de dados pessoais.

Portanto, não se deve desconsiderar a economicidade aferível na atuação dos agentes de tratamento de dados pessoais e a elevação de seus próprios custos de transação em prol do interesse de terceiros, quais sejam, os titulares de dados pessoais. É a partir deste exercício de análise econômica aplicada ao instituto jurídico da responsabilidade civil em seus diferentes regimes que permite concluir que a própria arquitetura da LGPD, ao estabelecer tais deveres de conduta, incentivando

5. Conclusão

É bastante nítida a evolução da responsabilidade civil como instituto jurídico que, de tempos em tempos, deve ser repensado em razão dos avanços sociais, tecnológicos e jurídicos, sendo que o elemento culpa centraliza diversas das discussões a respeito do tema.

O advento da LGPD suscita novos debates acerca da Teoria da Culpa, o que pode ser atribuído, em grande medida, à conta do próprio legislador que não explicitou sua opção pelo regime jurídico de responsabilidade civil objetiva ou subjetiva, dando margem a diferentes teorias e, conseqüentemente, todo o desenvolvimento de uma jurisprudência vacilante a respeito de uma regra que já poderia constar do texto legal.

Foi com este intento que o presente artigo procurou aprofundar alguns aspectos e nuances próprios da LGPD que, uma vez relacionados à sistematização do tema da responsabilidade civil já assente na legislação pátria (especialmente no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor) e ao ferramental da AED, dá suporte à tese de que o legislador fez uma opção pela responsabilidade civil subjetiva.

Tal conclusão pode ser extraída da própria LGPD, decorrendo do fato de que esta, como uma norma de implementação, estabeleceu – ainda que de modo abstrato e não prescritivo – uma série de obrigações e deveres de conduta envoltos por uma principiologia própria. Isto, sob a

ótica da AED, seriam “*nudges*”, ou seja, incentivos dados pela própria norma para que os bons atores de mercado – os agentes de tratamento – procurem atender tais padrões de conduta e comportamento compatíveis com as melhores práticas de proteção de dados pessoais e segurança da informação.

Assim, o aumento dos custos de transação do agente de tratamento que investe recursos em prol do titular, mereceria ser reconhecido e “premiado” quando da aferição de sua responsabilidade civil, mediante a aferição de sua culpa, nos moldes da teoria do risco. Caso a responsabilidade fosse pura e simplesmente objetiva, não haveria incentivos aos bons *players*, o que precarizaria o nível de proteção geral dado pelo mercado aos titulares de dados pessoais, bem como teria efeitos concorrenciais favoráveis aos maus agentes econômicos.

Por fim, temos que a culpa é relevante e não deve escapar aos olhos do operador do direito, nem da sociedade. Embora seja de todo relevante o papel do Poder Judiciário na formação de um entendimento jurisprudencial a respeito do tema, é possível concluir que a abordagem de teorias que relacionam o Direito à Economia procura tratar da *causa* dos problemas e não apenas de suas *consequências*, na medida em que é o planejamento normativo social, multidisciplinar e empírico que será capaz de impulsionar os atores sociais para o caminho do justo.

6. Referências

- ACIARRI, Hugo A. **Elementos da análise econômica do direito de danos**. Coord. ed. brasileira: Marcia Carla Pereira Ribeiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva, 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017.
- ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. **Direito das obrigações**. 9. Ed, ver. aum. Coimbra: Almedina, 2001.
- BARELLA, Ana Lúcia. GIBRAN, Sandro Mansur. **A desconsideração da personalidade jurídica sob a ótica da análise econômica do direito**. Santa Maria: Revista Eletrônica de Direito, v. 15, n. 1, 2020.
- BARRETO, Vicente de Paulo. **Responsabilidade e teoria da justiça contemporânea**. In: SILVA FILHO, José Carlos Moreira da; PEZZELLA, Maria Cristina Cereser (coord.). *Mitos e rupturas no direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- BRASIL. **Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, Código de Defesa do Consumidor - CDC, 1990**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em: 12 dez. 2020.
- _____. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, Código Civil - CC, 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 12 dez. 2020.

_____. **Lei 13.709, de 14 de agosto de 2018, Lei Geral de Proteção de Dados - LGPD, 2018.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em: 12 dez. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.389/DF.** Rel. Min. Rosa Weber. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754358482>; Acesso em 12 dez. 2020.

CAPANEMA, Walter Aranha. **A responsabilidade civil na Lei Geral de Proteção de Dados.** Cadernos Jurídicos, São Paulo, ano 21, n° 53, p. 163-170, Janeiro-Março/2020.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

COASE, Ronald H. **The Nature of the Firm.** In: WILLIAMSON, O. & WINTER, S. (eds.) (1991) *The nature of the firm: origin, Evolution and development.* Oxford: Oxford University Press.

COTS, Márcio; OLIVEIRA, Ricardo. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais Comentada.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil.** 2 v. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

DONEDA, Danilo. **Da Privacidade à Proteção de Dados Pessoais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FRAZÃO, Ana. **Fundamentos da proteção dos dados pessoais – Noções introdutórias para a compreensão da importância da Lei Geral de Proteção de Dados.** In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato. *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no direito brasileiro.* 1. Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

GICO JR., Ivo T. Gico. **Introdução à Análise Econômica do Direito.** In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. KLEIN, Vinicius (Org.). *O que é Análise Econômica do Direito: Uma introdução.* Belo Horizonte: Fórum, 2011.

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 e suas repercussões no direito brasileiro.* 1. Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, p. 219-241. 2019.

KAUFMAN, Dora. **Data Capitalism: Efficiency as a sociability degree function.** In: *Economic Analysis of Law Review (EALR)*, V. 11, n° 2, p.82-96, Mai-Ago, 2020.

MALDONADO, Viviane Nóbrega; OPICE BLUM, Renato. **Lei Geral de Proteção de Dados Comentada.** São Paulo: Saraiva, 2019.

MARINHO, Fernando. **Os 10 mandamentos da LGPD: Como implementar a Lei Geral de Proteção de Dados em 14 passos.** São Paulo: Atlas, 2020.

MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor; RAMGE, Thomas. **Reinventing capitalism in the age of big data.** London: John Murray, 2018. Disponível em: <https://www.ealr.org/issue/v13n2>; EALR, V. 13, n° 2, p. 212-229, Mai-Ago, 2022

https://www.researchgate.net/publication/326856030_Reinventing_Capitalism_in_the_Age_of_Big_Data; Acesso em: 20 jul. 2021.

MENDES, Laura Schertel. **Habeas data e autodeterminação informativa: os dois lados da mesma moeda.** *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 12, n. 39, p. 185-216, jul./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, 2018.

MENEZES, Joyceane Bezerra de; COELHO, José Martônio Alves; BUGARIM, Maria Clara Cavalcante. **A expansão da responsabilidade civil na sociedade de riscos.** *Scientia Iuris*, Londrina, v. 15, n. 1, p. 29-50, jun. 2011.

MOLINARO, Carlos Alberto; RUARO, Regina Linden. **Fim da privacidade: divulgação e negociação de dados pessoais.** *In Economic Analysis of Law Review (EALR)*, V.10, nº 3, p.205-220, Set-Dez, 2019.

MONACO, Rafael de Oliveira; SILVA, Rogerio Borba da. **A teoria da empresa em direito e economia.** *In: Revista de Direito Empresarial – RDEmp.* Belo Horizonte, ano 16, n. 3, p. 143-160, set. /dez. 2019.

MORAES, Maria Celina Bodin. **Danos à Pessoa Humana: Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais.** Rio de Janeiro: Renovar. 2009.

MORAES, Maria Celina Bodin; 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.

MULHOLLAND, Caitlin. **A LGPD e o fundamento da responsabilidade civil dos agentes de tratamento de dados pessoais: culpa ou risco?** Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/329909/a-lgpd-e-o-fundamento-da-responsabilidade-civil-dos-agentes-de-trata%E2%80%A6>; Acesso em: 12 dez.2020.

NERY JUNIOR, Nelson; Nery, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Comentado.** 11ª ed. Ver., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2014.

RAGAZZO, Carlos; MONTEIRO, Gabriela. **Big Data e Concorrência: Quando Big Data é Uma Variável Competitiva em Mercados Digitais e Deve Ser Considerada na Análise Concorrencial?** *In Economic Analysis of Law Review (EALR)*, V.9, nº 3, p. 150-177, Set-Dez, 2018.

RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. **Nexo causal probabilístico: Elementos para a crítica de um conceito.** *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 8. ano 3. p. 115-137. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 2016.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico.** Rio de Janeiro: Forense, 1998.

Dânton Hilário Zanetti de Oliveira, Cinthia Obladen de Almendra Freitas, Sandro Mansur Gibran, Fabio da Silva Veiga

TABAK, Benjamim Miranda. **A Análise Econômica do Direito: Proposições legislativas e políticas públicas**, *In* Revista de Informação Legislativa. Ano 52 Número 205, p. 321-345, jan./mar. 2015, p. 323. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/205/ril_v52_n205_p321.pdf. Acesso em: 03 de agosto 2020.

TARTUCE, Flávio. **Manual de responsabilidade civil: volume único**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

THALER, Richard H. **The power of Nudges, for good and bad**. New York: The New York Times. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2015/11/01/upshot/the-power-of-nudges-for-good-and-bad.html>; Acesso em 12 dez. 2020.

ZANETTI DE OLIVEIRA, Dânton Hilário; FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra. **A proteção de dados pessoais como direito e garantia fundamental na Constituição da República de 1988**. *In*: Direitos fundamentais e a era tecnológica - Law Experience 2020. FERRAZ, Miriam Olivia Knopik; VETTORAZI, Karlo Messa (org.). 1. Ed. Curitiba: FAE/Bom Jesus. 2020, p. 30-50. ISBN nº 978-65-89337-00-3. Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/1Bl6r8vXEtomkhsKN7SNwX0W-ypSrVKVn/view>; Acesso em: 15 dez. 2020.

_____. **A responsabilidade civil do fornecedor quanto aos dados pessoais do consumidor: diálogo das fontes entre CDC e LGPD**. No prelo, 2020.

ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. **Direito e economia: análise econômica do direito e das organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.