

# Proteção de Dados e Responsabilidade Civil

Agentes de Tratamento e suas responsabilidades



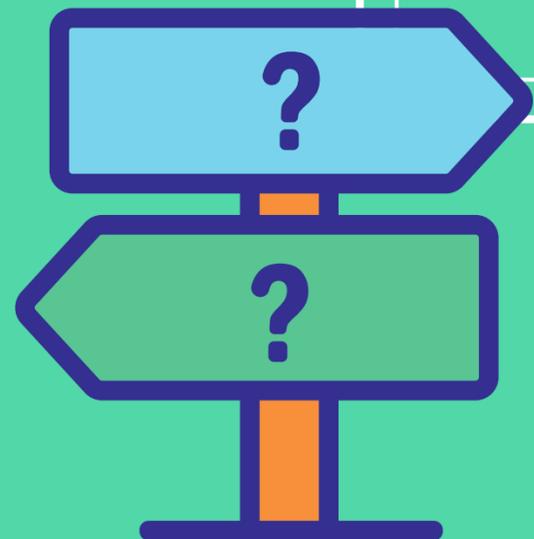


## Maria Cecília Oliveira Gomes

Mestranda em Filosofia e Teoria Geral do Direito na USP. Pesquisadora e Líder de Projeto de Proteção de Dados na FGV. Professora do Data Privacy Brasil. Professora da pós-graduação lato sensu na FIA. Foi Pesquisadora Visitante na Data Protection Unit do Council of Europe (CoE) na França. Foi Pesquisadora Visitante no European Data Protection Supervisor (EDPS) na Bélgica. Pós-graduada em Propriedade Intelectual e Novos Negócios pela FGV Direito SP. Advogada especializada em Privacidade e Proteção de Dados.

# Responsabilização no âmbito da proteção de dados pessoais

A LGPD estabelece diferentes papéis, obrigações e responsabilidades para as partes envolvidas nos tratamentos de dados. Dessa forma, para que seja possível entender o escopo e limite da atuação de cada uma, é necessário compreender quais são as possíveis posições da parte como agente de tratamento.



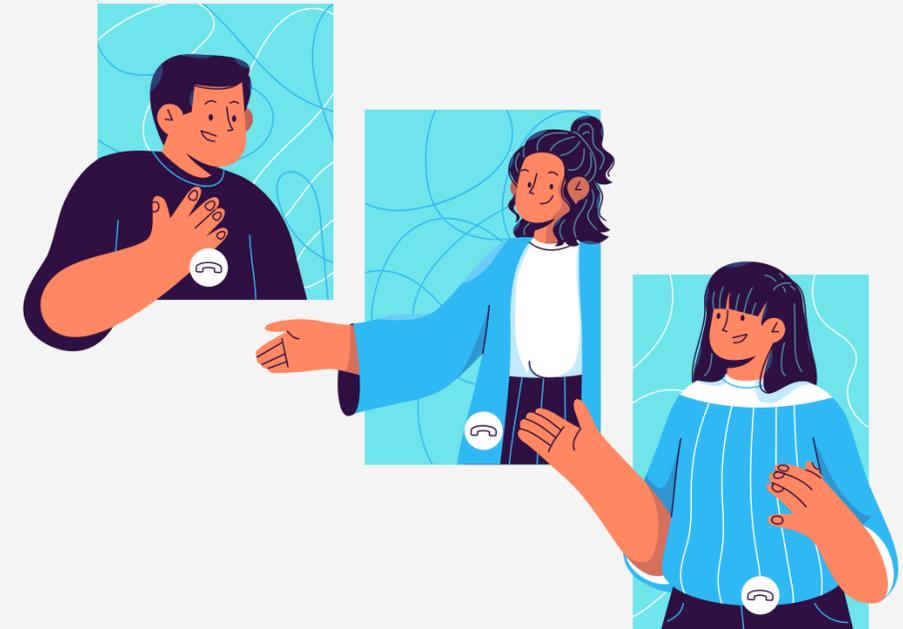
# Quem são os agentes de tratamento?

Art. 5º Para fins desta Lei, considera-se:  
(...)

IX - agentes de tratamento: o **controlador** e o **operador**;

VI - controlador: pessoa **natural** ou **jurídica**, de direito **público** ou **privado**, a quem competem as **decisões** referentes ao tratamento de dados pessoais;

Agente que define e estabelece o que será feito no âmbito das operações de tratamento de dados. E.g. define os propósitos do tratamento, quais dados serão submetidos ao tratamento, quem pode ter acesso a esses dados, etc.



# Quem são os agentes de tratamento?

VII - operador: pessoa **natural** ou **jurídica**, de direito **público** ou **privado**, que **realiza o tratamento** de dados pessoais em nome do controlador.

Agente que segue as instruções do controlador para a realização do tratamento de dados, i.e., cumpre ordens! E.g. fornecedores de serviços em nuvem para simples armazenamento.

# Quem são os agentes de tratamento?

Apesar de não estar expresso na LGPD, a partir das definições acima e com base no que é trazido também pela GDPR, é possível que as partes ocupem 5 posições diferentes:

Controlador

Co-Controlador

Controlador Integral

Operador

Sub-operador

# Quem são os agentes de tratamento?



## Co-controlare

Art. 26, GDPR

Duas ou mais entidades (pessoa natural ou jurídica) tomam decisões referentes ao tratamento de dados pessoais para uma mesma operação, projeto ou processo.

## Controle Integral

Caso em que o controlador, para além das decisões referentes ao tratamento de dados, também o executa tecnicamente.

## Sub-operador

Art. 28(2) e 28(4), GDPR

Entidade (pessoa natural ou jurídica) que auxilia o operador a realizar o tratamento dos dados pessoais em nome do controlador.

# Controlador ou operador? Como definir?

A Information Commissioner's Office (ICO - autoridade de proteção de dados do Reino Unido) indica algumas perguntas norteadoras para auxiliar na identificação do papel como agente de tratamento:

Qual entidade decide:

- coletar os dados pessoais?
- a base legal para a coleta/tratamento?
- quais tipos de dados devem ser coletados?
- as finalidades para o uso dos dados?
- os tipos de titulares cujos dados serão coletados?
- se os dados serão revelados/disponibilizados para alguém e para quem?
- o que informar aos titulares sobre o tratamento?
- como responder às solicitações dos titulares?
- por quanto tempo manter os dados?

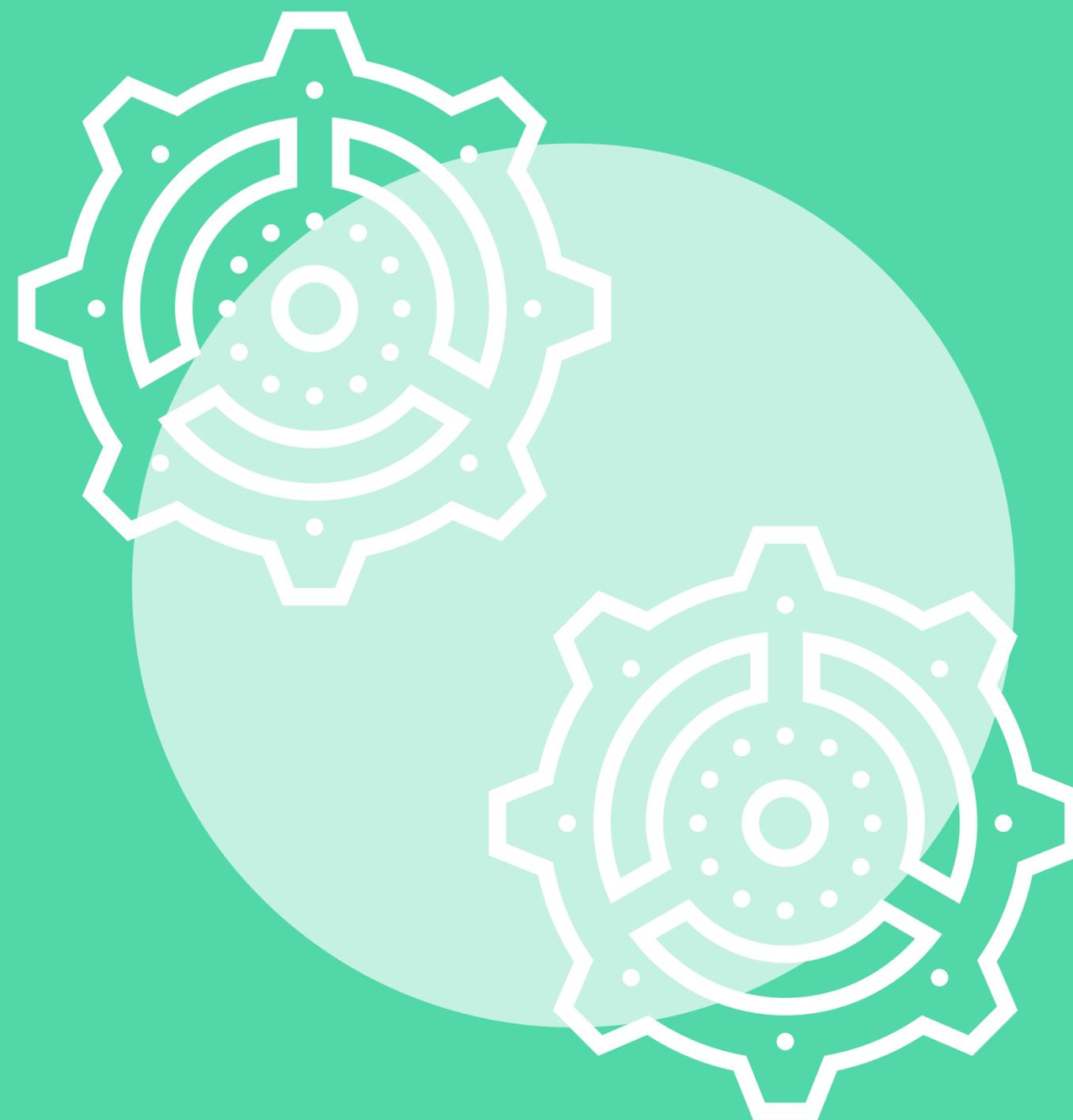
Controlador

Qual entidade decide:

- quais sistemas de TI ou outros métodos utilizar para coletar os dados pessoais?
- como armazenar os dados?
- os detalhes das medidas de segurança utilizadas para proteger os dados pessoais?
- como transferir os dados de uma entidade para outra?
- como recuperar dados sobre determinados titulares?
- como eliminar os dados?

Operador

# Obrigações e responsabilidades dos agentes de tratamento





# Posições de controle

Pelo fato de tomarem as decisões elementares relacionadas ao tratamento de dados, as **posições de controle** implicam mais obrigações e maior responsabilidade às partes.

Exemplos de obrigações específicas dos controladores na LGPD:

Elaboração dos relatórios de impacto à proteção de dados pessoais (art. 5º, XVII; art. 10, §3º; e art. 38)

Atendimento às solicitações dos titulares de dados pessoais com relação ao exercício de seus direitos (art. 18; art. 20, §1º)

O ônus da prova de que o consentimento foi obtido de acordo com a LGPD é do controlador (art. 8º, §2º)

Compete ao controlador informar ao titular no caso de haver mudanças da finalidade do tratamento que não sejam compatíveis com o consentimento original (art. 9º, §2º)

Quando da ocorrência de incidente de segurança que pode acarretar em risco ou dano relevante ao titular, é o controlador quem deve comunicar à ANPD e ao titular (art. 48, caput)

# Operadores

Pelo fato de apenas realizarem os tratamentos em nome do controlador e de acordo com as suas instruções, possuem uma posição menos rígida na cadeia de tratamento de dados. Porém, também possuem obrigações.

Exemplo de obrigação específica dos operadores na LGPD:

O operador deverá realizar o tratamento segundo as instruções fornecidas pelo controlador (art. 39)

# Tanto os controladores quanto os operadores são responsáveis por:

Indicar um encarregado para atuar como canal de comunicação entre o controlador, os titulares de dados e a ANPD (art. 5º, VIII e art. 41, caput).

Manter registros das operações de tratamento de dados pessoais que realizarem, especialmente quando baseado no legítimo interesse (art. 37).

Reparar os danos patrimoniais, morais, individuais ou coletivos decorrentes do exercício de atividade de tratamento de dados pessoais em violação à legislação de proteção de dados pessoais (art. 42, caput).

Responder pelos danos decorrentes da violação de segurança dos dados quando deixar de adotar as medidas de segurança, técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou qualquer forma de tratamento inadequado ou ilícito (art. 44, p. ú. e art. 46).

Responder solidariamente pelos danos causados - nesse caso há diferenças entre a responsabilização do controlador e do operador (art. 42, §1º, I e II).

# Responsabilidade e ressarcimento de danos

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.

§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 (...);

II - os **controladores** que estiverem diretamente envolvidos no tratamento do qual decorreram danos ao titular de dados respondem **solidariamente** (...).

"Conclui-se, portanto, que apesar do uso de expressões diversas em sua redação, tanto o artigo 42, quanto o artigo 44, da LGPD, adotam o fundamento da responsabilidade civil objetiva, (...). Fundamenta esta conclusão o fato de que a atividade desenvolvida pelo agente de tratamento é evidentemente uma **atividade que impõe riscos aos direitos dos titulares de dados**, que, por sua vez, são intrínsecos, inerentes à própria atividade e resultam em **danos a direito fundamental**. Ademais, tais danos se caracterizam por serem **quantitativamente elevados e qualitativamente graves**, ao atingirem direitos difusos, o que, por si só, já justificaria a adoção da responsabilidade civil objetiva (...)"

Caitlin Mulholland

"De acordo com Gisela Sampaio e Rose Meireles, a LGPD adotou claramente a teoria subjetiva da responsabilidade civil, devendo haver a **prova da conduta culposa do agente de tratamento** na ocasião do dano, por sua vez fundamentada (i) **na omissão na adoção de medidas de segurança** para o tratamento adequado dos dados ("quando não fornecer a segurança que o titular dele pode esperar,"); (ii) **no descumprimento das obrigações impostas na lei** ("em violação à legislação de proteção de dados pessoais" ou "quando deixar de observar a legislação")".

## Objetiva ou Subjetiva?

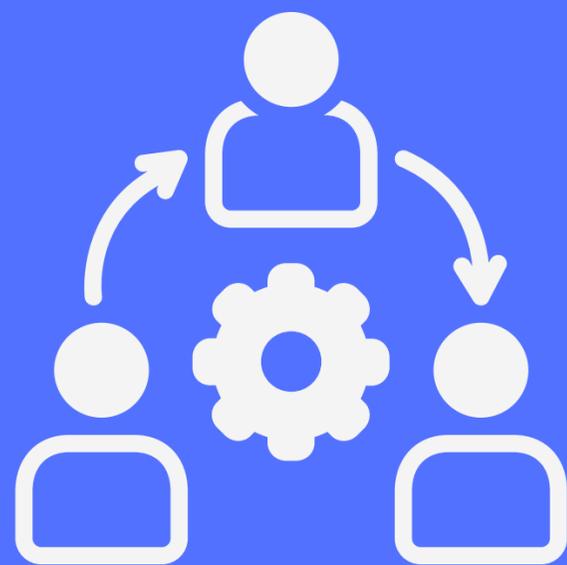
A LGPD não especifica se a responsabilidade dos agentes de tratamento será objetiva ou subjetiva.

E agora?



MCOG

# Responsabilidade solidária



De acordo com Sérgio Cavalieri Filho, o conceito de responsabilidade solidária tem uma de suas bases no art. 942 do CC/02, que dispõe que "se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação". Dessa forma, tem-se que "cada um dos agentes que concorrerem adequadamente para o evento é considerado pessoalmente causador do dano e, conseqüentemente, obrigado a indenizar".

CAVALIERI FILHO, S. *Programa de Responsabilidade Civil*. 12ª edição revista e ampliada. São Paulo: Atlas, 2015. p. 87.

Art. 42, §4º, LGPD. Aquele que reparar o dano ao titular tem **direito de regresso** contra os demais responsáveis, na medida de sua participação no evento danoso.

# O que a LGPD considera como tratamento irregular de dados?

O tratamento que não observa a legislação ou que não fornece a segurança que o titular dele pode esperar, considerando as circunstâncias relevantes, dentre elas (art. 44):

- O modo pelo qual o tratamento é realizado;
- O resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;
- As técnicas de tratamento de dados pessoais disponíveis à época em que ele foi realizado.

A redação do artigo se assemelha às disposições do CDC que definem defeito do produto e do serviço (arts. 12, §1º e 14, §1º, CDC).

# Exceções (art. 43)

Os agentes de tratamento não serão responsabilizados nas seguintes hipóteses:

Quando provarem que não realizaram o tratamento de dados pessoais que lhes é atribuído;

Quando provarem que, embora tenham realizado o tratamento, não houve violação à legislação de proteção de dados;

Quando provarem que o dano é decorrente de culpa exclusiva do titular de dados ou de terceiro.

# Encarregado

Atua como canal de comunicação entre os agentes de tratamento, os titulares de dados e a ANPD (art. 5º, VIII). A LGPD não estabelece que o encarregado precisa ser uma **peessoa natural**.



Funções do encarregado (art. 41, §2º):

- Aceitar **reclamações** e **comunicações** do titular, prestar **esclarecimentos** e adotar providências;
- **Receber comunicações** da ANPD e adotar providências;
- **Orientar** os funcionários e os contratados da entidade com relação às práticas de proteção de dados pessoais;
- Executar **demais atribuições** determinadas pelo controlador ou em normas complementares.

*A ANPD poderá definir hipóteses de dispensa da necessidade de indicação do encarregado (levando em conta a natureza e porte da entidade ou volume de operações de tratamento)*



# Obrigada!



Maria Cecília Oliveira Gomes



[mariacecilia.og@usp.br](mailto:mariacecilia.og@usp.br)