

# APONTAMENTOS SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL NO TRATAMENTO DE DADOS

## REFLECTIONS ABOUT CIVIL LIABILITY OF THE HANDLING OF PERSONAL DATA

**Tatiana Magalhães Florence**

Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).  
Advogada. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-7802-450X>.  
*E-mail:* tatiflorence@gmail.com.

---

**Resumo:** O presente artigo traz algumas reflexões e apontamentos acerca do regime de responsabilidade civil a ser aplicado no âmbito de uma das atividades mais importantes e presentes na sociedade contemporânea: o tratamento de dados pessoais.

**Palavras-chave:** Responsabilidade civil. Tratamento de dados pessoais. LGPD. Presunção de culpa.

**Abstract:** This article analyses the civil liability system applicable in one of the most important and present activity in contemporaneous society: the handling of personal data.

**Keywords:** Civil liability. Handling of personal data. LGPD. Presumption of guilt.

**Sumário:** **1** Introdução. A LGPD e os agentes de tratamento – **2** Breves considerações sobre a evolução do sistema de responsabilização civil e a cláusula geral de responsabilidade civil do Código Civil – **3** O sistema de responsabilidade civil para o tratamento de dados – **4** Conclusão

---

## 1 Introdução. A LGPD e os agentes de tratamento

Com a recente entrada em vigor da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD),<sup>1</sup> ainda é etéreo o instituto da responsabilidade civil que regerá as demandas decorrentes da atividade de tratamento de dados.

---

<sup>1</sup> A entrada em vigor ocorreu em 18.9.2020.

No entanto, e ao menos nesse momento inicial da vigência da lei, arriscamos um primeiro palpite de que os danos causados pela atividade de tratamento de dados serão, como regra, regidos pela responsabilidade *subjetiva*, mas com presunção de culpa dos agentes de tratamento.

Esse bacorejo é, insista-se, fruto de preliminar reflexão sobre a responsabilidade civil prevista na LGPD e os instrumentos processuais para a tutela do direito ressarcitório, cuja aplicação, parece-nos, necessitará de adaptações para enfrentar os desafios, cada vez mais presentes, das novas relações jurídicas que se estabelecerão na chamada era tecnológica.

A LGPD dispôs sobre a responsabilidade pelo tratamento de dados pessoais nos arts. 31, e nos arts. 42 a 45. No entanto, como será abordado mais adiante, a responsabilidade *civil* está tratada nos arts. 42 a 45.

Inicialmente, cabe apontar quem são os agentes envolvidos: de um lado, por parte de quem causa o dano, estão os *agentes de tratamento*; ou seja, o *controlador* e o *operador*; e de outro, está o *titular* dos dados pessoais.

O *controlador* e o *operador* podem ser pessoas naturais ou jurídicas, de direito público ou privado, sendo certo que o *controlador* é quem toma as decisões a respeito do tratamento de dados, e o *operador* é quem realiza o tratamento de dados em nome daquele.

O *titular*, aquele que terá a pretensão ressarcitória contra as pessoas acima referidas, é, nos termos do art. 5º, V, da LGPD, *pessoa natural a quem se referem os dados pessoais que são objeto do tratamento*. Assim, desde já se descarta a possibilidade de eventual ação que discuta a responsabilidade decorrente do tratamento de dados ser ajuizada por pessoa jurídica.

## **2 Breves considerações sobre a evolução do sistema de responsabilização civil e a cláusula geral de responsabilidade civil do Código Civil**

Antes de adentrarmos especificamente a análise dos artigos da LGPD acima referidos, cabe fazer breves considerações sobre o sistema de responsabilização civil adotado pelo nosso ordenamento, notadamente a evolução ocorrida a partir da Constituição Federal de 1988.

A primeira questão que se coloca quando se fala em responsabilidade civil é sobre os seus requisitos; se prescinde ou não do elemento subjetivo; se é responsabilidade objetiva ou responsabilidade subjetiva; e se há presunção de culpa.

Em relação à responsabilidade civil aquiliana, o Código Civil, em seu art. 186, estabelece que comete ato ilícito quem “por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral”.

E, no art. 927, primeiro artigo do Título IX (*Da responsabilidade civil*), Capítulo I (*Da obrigação de indenizar*), prevê a regra da responsabilização civil, segundo a qual “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. A referida redação praticamente repetiu a cláusula geral de responsabilidade civil constante do art. 159 do Código Civil de 1916.

Por exigir a ocorrência da ilicitude para a imposição do dever de indenizar, diz-se que a responsabilidade é subjetiva.<sup>2</sup> Em relação ao elemento da culpabilidade, o entendimento de que se reflete em uma das três condutas qualificadas como *negligente, imprudente e imperita* (utilizado em parte no art. 186) remete a um caráter psicológico e moral.

Há, no entanto, certo distanciamento desse elemento psíquico e subjetivo quando, no artigo seguinte (art. 187) e sem correspondente na codificação anterior, é considerado ato ilícito aquele praticado pelo titular de um direito sempre que o faz excedendo manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. No conceito de abuso de direito não há necessidade de se perquirir a culpa (seja o dolo ou a culpa *stricto sensu*).<sup>3</sup>

Pode-se dizer que a responsabilidade civil na era das codificações do século XIX era um reflexo da sociedade liberal da época, focada no voluntarismo e na conduta daquele que causava o dano – homem médio, patriarca, proprietário. À vítima restava a prova difícil da ocorrência da culpa, bem como que o dano sofrido decorria diretamente daquela falta, os chamados “filtros da reparação”.

O individualismo e patrimonialismo de outrora, no entanto, deram lugar a uma mudança gradativa de paradigma nas relações privadas no século seguinte; a solidariedade reconhecida como um princípio constitucional abriu espaço para o desenvolvimento de um sistema de responsabilidade civil com foco na vítima e na reparação do dano injusto. E isso ocorreu de diversas formas, mas a principal delas foi a objetivação da responsabilidade, com a erosão do filtro da culpabilidade; ou, ainda, com a própria objetivação da noção de culpa.<sup>4</sup>

<sup>2</sup> Nesse sentido: “A responsabilidade por ato ilícito depende da verificação de dolo ou culpa por parte do agente, que é um dos elementos dogmáticos do ato ilícito. [...] A verificação da culpa ou dolo – noções reunidas sob a denominação de culpa *lato sensu* – depende de uma valoração da conduta do sujeito, daí chamar-se de *responsabilidade subjetiva*” (TEPEDINO, Gustavo; MORAES, Maria Celina Bodin de; BARBOZA, Heloísa Helena. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 3. ed. Renovar: Rio de Janeiro, 2014. v. I. p. 337). As definições de culpa pela doutrina giram em torno de conceitos e elementos psicológicos, atrelados muitas vezes a uma questão moral. Nesse sentido, para José de Aguiar Dias “a culpa, elemento moral gerador da infração, tem a sua noção inapelavelmente jungida ao requisito moral (DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. Renovar: Rio de Janeiro, 2006. p. 149).

<sup>3</sup> Nesse sentido, veja-se o Enunciado nº 37 do CJF: “Art. 187. A responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico”.

<sup>4</sup> Nesse sentido, MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana – Uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Processo, [s.d.]. p. 207-209.

Após a promulgação da Constituição Federal fundada, entre outros princípios, na dignidade da pessoa humana, e tendo como um de seus objetivos a construção de uma sociedade justa e solidária e a erradicação da pobreza e da marginalização, foram editadas leis extravagantes em que se previu expressamente a responsabilidade “independente de culpa”.<sup>5</sup>

Um exemplo dessas leis foi o Código de Defesa do Consumidor que estabeleceu a responsabilidade objetiva do fornecedor de serviços e produtos,<sup>6</sup> “independentemente da existência de culpa” (cf. arts. 12 e 14).

Alguns anos antes da Constituição, a Lei nº 6.938/81, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, previu em seu art. 14, §1º, que fica o “poluidor obrigado, *independentemente da existência de culpa*, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade”.

Como já mencionado, o Código Civil de 2002 previu o dever de reparação daquele que, nos termos do art. 927, “por ato ilícito” causar dano a outrem; ou seja, que a obrigação ressarcitória pressupõe uma conduta culposa, repetindo, nesse sentido, o quanto previa o art. 159 do Código Civil de 1916.

No entanto, atento aos anseios da sociedade do século XX espelhados nos princípios constitucionais, inovou o legislador ao prever, no parágrafo único, que haverá o dever de indenizar “independente 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”. Assim, passou o sistema de responsabilização civil a ter uma cláusula geral de responsabilidade objetiva *por atividade de risco*.

Essa denominação, contudo, não afasta o entendimento de que a regra, no sistema de responsabilidade civil aquiliana, é a subjetiva;<sup>7</sup> tanto assim, que está prevista no *caput* do referido art. 927, ficando a previsão em comento localizada no parágrafo único, em que se costumam incluir as exceções ao comando estabelecido no *caput*.

Não fosse isso, a própria redação do parágrafo único não deixa dúvidas de que a responsabilidade “independente de culpa” ocorrerá, excepcionalmente, em duas situações (i) quando a lei assim previr; e (ii) quando analisada a natureza da atividade e se verificar que dela é ínsito o *risco* aos direitos de terceiros.

<sup>5</sup> Antes da Constituição a responsabilidade objetiva estava prevista no Decreto das Estradas de Ferro (Decreto nº 2.681/12); no Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei nº 7.565/86); e na Lei nº 6.453/77, relativa às atividades nucleares.

<sup>6</sup> No caso do fornecedor do produto, o legislador previu a responsabilização de outros partícipes do ciclo produtivo-distributivo; a saber, o fabricante, o produtor, o construtor, e o importador.

<sup>7</sup> No entanto, há quem entenda o contrário; que a responsabilidade civil é predominantemente objetiva no sistema jurídico brasileiro. Nesse sentido, SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil* – Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. São Paulo: Atlas, 2007. p. 22.

É evidente que o próprio sentido de ser de uma cláusula geral é a abrangência – daí seu nome; mas isso não autoriza o operador de direito a deixar de observar que, sendo uma exceção à regra, a interpretação deve ser restritiva.<sup>8</sup>

A doutrina debruçou-se sobre o sentido do quanto estabelecido no parágrafo único do art. 927 do Código Civil.

Há quem sustente que as atividades serão aquelas que tragam risco elevado, provável e verdadeiro perigo de dano. Outros defendem que a cláusula espelha a teoria do risco criado porque o Código não fez referência à necessidade de lucro com a atividade da qual decorreu o dano; outros do risco proveito.<sup>9</sup> Outros não vislumbraram muita inovação no texto, considerando que o Código de Defesa do Consumidor já abrangeria essas atividades.<sup>10</sup> A crítica que se faz a esse entendimento é que o parágrafo único do art. 927 tem o foco no risco decorrente de determinadas atividades (que tragam risco elevado) e se estabelecem em uma relação entre particulares, iguais, sem se falar em hipossuficiência, em destinatário final ou ainda, sem que se exija o defeito.

<sup>8</sup> Há, contudo, uma corrente doutrinária que entende que o sistema de responsabilidade civil é dualista, ou seja, prevendo lado a lado as teorias subjetiva e objetiva, cada qual com sua cláusula geral, não se podendo afirmar que a segunda seria exceção à primeira. Nesse sentido, *vide*: PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 268.

<sup>9</sup> Pode-se afirmar que essa corrente é menos expressiva, sendo a maioria filiada à corrente do risco criado como aquela adotada pelo legislador pátrio. Sobre o assunto: “Há várias concepções de risco, havendo também diversas teorias em debate, no que se refere à aplicação do parágrafo único do art. 927 do CC: o risco criado, o risco proveito, o risco do empreendimento, o risco profissional, o risco excepcional, o risco integral etc. Pela teoria do risco proveito ou risco benefício entende-se que deva suportar responsabilização pelos danos todo aquele que tire proveito de determinada atividade que lhe forneça lucratividade ou benefício. A teoria do risco profissional sustenta igualmente este proveito, mas relativamente à atividade empresarial específica, já a teoria do risco criado, mais ampla, afirma que toda atividade que expõe outrem a risco torna aquele que a realiza responsável, mesmo nos casos em que não haja atividade da empresa ou atividade lucrativa propriamente dita. A teoria do risco excepcional trata do risco advindo de atividades que, em si, apresentem risco exacerbado, como ocorre, na normativa brasileira, com a exploração de energia nuclear (Lei nº 6.453 de 17.10.1977). Já a teoria do risco integral é a mais extremada, não admitindo qualquer excludente. Discute-se qual, dentre as teorias do risco, se aplicaria o parágrafo único do art. 927. Para alguns, trata-se da teoria do risco criado, porque é genérica e porque o Código não faz outras exigências, além da atividade do agente e porque o Código não faz outras exigências; para outros, seria a teoria do risco proveito, porque mais condizente com a ideia do risco como fundamento da responsabilidade objetiva. Nesse último sentido, por exemplo, invoca-se Alvinio Lima, para quem ‘a teoria do risco não se justifica desde que não haja proveito para o agente causador do dano, porquanto, se o proveito é a razão de ser justificativa de arcar o agente com os riscos, na sua ausência deixa de ser fundamento a teoria’ (Alvinio Lima, *Culpa e Risco*, p. 198). [...] Por outro lado, favorável à aplicação da teoria do risco criado está Caio Mario da Silva Pereira, considerado o idealizador do preceito” (TEPEDINO, Gustavo; MORAES, Maria Celina Bodin de; BARBOZA, Heloísa Helena. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 3. ed. Renovar: Rio de Janeiro, 2014. v. I. p. 807-808).

<sup>10</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. O Novo Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor: convergência ou antinômias? *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 20, p. 1101-114, 2002.

Em sua obra *A cláusula geral da responsabilidade civil objetiva*, Raquel Bellini de Oliveira Salles destaca que a atividade focada no parágrafo único em questão é aquela que se identifica com a noção de *atividade perigosa*,<sup>11</sup> tendo concluído:

é de se ver, assim, que o termo risco, utilizado pelo legislador na cláusula geral, na acepção de risco criado, como já explicitamos, quer efetivamente significar perigo, haja vista a sua proteção ao externo, isto é, em direção a terceiros. [...], caso em que a responsabilidade não resulta de um ato ilícito, mas tão-só, do exercício de uma determinada atividade que, apesar de lícita, é perigosa.<sup>12</sup>

Um dos critérios para investigar se uma atividade pode ser considerada perigosa é a avaliação de dois elementos (um quantitativo e outro qualitativo): a quantidade de danos habitualmente causados e a gravidade de tais danos. Logo, será considerada perigosa a atividade “quando, devido a circunstâncias de modo, tempo ou lugar, revele-se provável que a mesma cause danos frequentes e graves”.<sup>13</sup>

Ainda, examinando o giro conceitual da responsabilidade civil em direção à reparação do dano injusto, outro caminho percorrido foi o da presunção da culpa, que é intermediário à sua completa desconsideração. Nesses casos, não se elimina o elemento subjetivo da culpa, mas se desloca o ônus da prova da vítima para o agente que praticou o ato.

Além disso, também se pode afirmar que os tribunais têm utilizado parâmetros de comportamento específicos e diferenciados para cada situação, no que

<sup>11</sup> Citando doutrina italiana sobre o tema, a autora distingue os conceitos de risco e perigo: “Ainda mais esclarecedora é a lição de Marco COMPORTI, um dos autores que mais se dedicaram ao estudo da responsabilidade pelo exercício de atividade perigosa do direito italiano, segundo a qual risco é fenômeno subjetivado, porque diz respeito à valoração essencialmente econômica da álea que um sujeito assume em uma empresa ou em um negócio. Não se confunde com perigo, que é um fenômeno objetivado, correspondente a uma ameaça notável de dano a terceiro, ou seja, a uma grave probabilidade de lesão, derivada de uma determinada atividade ou de um determinado comportamento ou situação” (SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. *A cláusula geral de responsabilidade objetiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 131).

<sup>12</sup> SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. *A cláusula geral de responsabilidade objetiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 131. Concordamos com essa interpretação da cláusula geral que aproxima o conceito de risco ao de perigo, tal como o faz a doutrina italiana. No entanto, cabe destacar que há outras correntes que entendem o parágrafo único do art. 927 de forma diversa, mais abrangente, como TARTUCE, Flavio. *Direito civil*. Direito das obrigações e responsabilidade civil. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 2. Nesse sentido, inclusive, é que se dá o Enunciado nº 448 da V Jornada de Direito Civil, realizada pelo Conselho da Justiça Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça: “A regra do art. 927, parágrafo único, segunda parte, do CC aplica-se sempre que a atividade normalmente desenvolvida, mesmo sem defeito e não essencialmente perigosa, induza, por sua natureza, risco especial e diferenciado aos direitos de outrem. São critérios de avaliação desse risco, dentre outros, a estatística, a prova técnica e as máximas de experiência”.

<sup>13</sup> SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. *A cláusula geral de responsabilidade objetiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 131.

se chamou de “fragmentação do modelo de conduta”, como uma alternativa ao método *in abstracto* do comportamento do homem médio.<sup>14</sup>

### 3 O sistema de responsabilidade civil para o tratamento de dados

Pois bem, uma vez analisada, de forma sucinta, a evolução do instituto da responsabilidade civil, passemos, então, a tratar especificamente do dever de reparar em decorrência da atividade objeto da LGPD: o tratamento de dados pessoais.

Na seção II, “Da Responsabilidade”, do Capítulo IV, consta o art. 31, que assim dispõe: “Quando houver infração a esta Lei em decorrência do tratamento de dados pessoais por órgãos públicos, a autoridade nacional poderá enviar informe com medidas cabíveis para fazer cessar a violação”.

Embora num primeiro momento possa suscitar dúvidas quanto à natureza da responsabilidade tratada nesse dispositivo – se civil ou administrativa –, como se demonstrará, o artigo diz respeito a esta última.

Isso porque o dispositivo não se refere ao dever de indenizar o titular por danos causados pelo tratamento de seus dados.

O que ele afirma é que, se o tratamento de dados não for realizado de acordo com as normas previstas na LGPD, isso implicará a possibilidade – e não o dever – de a Autoridade Nacional, que é o ente regulador dessa atividade, enviar informe com as medidas cabíveis para fazer cessar a violação.

Então, trata-se, na verdade, de uma previsão de responsabilidade perante a Autoridade Nacional, isto é, *administrativa*. Aqui se prevê que, havendo infração às normas, poderá ser o Poder Público sujeito a sanções (medidas cabíveis) para cessar a violação.

O dever de reparar (responsabilidade civil) é independente das sanções aplicadas pela Autoridade Nacional e com elas não se confunde. Sendo, assim, verificado que não se trata de dispositivo relativo à reponsabilidade civil, passemos a analisar, a seguir, os arts. 42 a 45,<sup>15</sup> constantes na Seção III, “Da

<sup>14</sup> SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil – Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 40.

<sup>15</sup> “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, salvo nos casos de exclusão previstos no art. 43 desta Lei; II - os controladores que estiverem diretamente envolvidos no tratamento do

Responsabilidade e do Ressarcimento de Danos”, do Capítulo VI, “Dos Agentes de Tratamento de Dados Pessoais”.

Nesta seção, está clara a previsão de reparação de danos; de responsabilidade civil do controlador ou do operador pela atividade de tratamento de dados.

Nos termos do art. 5º, X, considera-se tratamento “toda operação realizada com dados pessoais, como as que 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” de dados pessoais.

No que diz respeito ao regime da responsabilidade civil adotado pela LGPD, a primeira constatação é a de que a redação não foi clara a esse respeito, o que tem suscitado debate na doutrina, com entendimentos para ambos os lados, isto é: há quem defenda que se trata de responsabilidade objetiva, e quem defenda que o regime estabelecido é subjetivo.

É certo que, diante das inovações tecnológicas, do novo modelo de se fazer negócios, da relevância dos *big data* – o “petróleo” de outros tempos – para a economia que se desenvolveu no século XXI a partir do fenômeno da internet, dos *smartphones* e das redes sociais, haverá muita discussão sobre a responsabilidade por danos.

Assim, as ideias aqui expostas devem ser vistas na perspectiva de que ainda existem muitas dúvidas sobre como o instituto da responsabilidade civil deverá responder às demandas que nascem do mundo virtual. É certo que o debate em torno desse tema está no início e será intensificado com a entrada em vigor da lei, e contará não só com os operadores do direito, mas com a sociedade, a Autoridade Nacional e a indústria.

---

qual decorreram danos ao titular dos dados respondem solidariamente, salvo nos casos de exclusão previstos no art. 43 desta Lei. §2º O juiz, no processo civil, poderá inverter o ônus da prova a favor do titular dos dados quando, a seu juízo, for verossímil a alegação, houver hipossuficiência para fins de produção de prova ou quando a produção de prova pelo titular resultar-lhe excessivamente onerosa. §3º As ações de reparação por danos coletivos que tenham por objeto a responsabilização nos termos do caput deste artigo podem ser exercidas coletivamente em juízo, observado o disposto na legislação pertinente. §4º Aquele que reparar o dano ao titular tem direito de regresso contra os demais responsáveis, na medida de sua participação no evento danoso. 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. Art. 44. O tratamento de dados pessoais será irregular quando deixar de observar a legislação ou quando não fornecer a segurança que o titular dele pode esperar, consideradas as circunstâncias relevantes, entre as quais: I - o modo pelo qual é realizado; II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam; III - as técnicas de tratamento de dados pessoais disponíveis à época em que foi realizado. Parágrafo único. Responde pelos danos decorrentes da violação da segurança dos dados o controlador ou o operador que, ao deixar de adotar as medidas de segurança previstas no art. 46 desta Lei, der causa ao dano. 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”.



De todo modo, sopesadas as incertezas, nesse momento atual da análise da lei ainda em *vacatio legis*, parece-nos que a LGPD teria previsto a responsabilidade *subjetiva* em decorrência de danos causados pela atividade de tratamento de dados.

O dever de indenizar depende da violação das regras estabelecidas na referida legislação. O art. 42 fala em causar dano a outrem “em violação à legislação de proteção de dados pessoais”. No §1º, I, do mesmo dispositivo, é prevista a solidariedade entre os agentes quando algum deles “descumprir as obrigações da legislação de proteção de dados pessoais”, ou, ainda, deixar de seguir as instruções do controlador.

Vale dizer, exige-se o descumprimento de um dever jurídico para a caracterização da responsabilidade.

O art. 43 repete, a *contrario sensu*, a previsão do seu antecedente. Igualmente, o art. 44 fala em “tratamento irregular”, i.e., em desacordo com a lei, o que, para alguns, traria o conceito de “culpa normativa”.<sup>16</sup>

O primeiro aspecto a ser notado é que na redação dos referidos dispositivos não se incluiu a expressão “independentemente de culpa”, que costuma ser adotada pelo legislador quando se está na presença de um regime objetivo de responsabilidade.<sup>17</sup>

Além disso, na responsabilidade objetiva, o dever de indenizar, em alguns casos, como nas atividades de risco, pode ocorrer mesmo com a realização de uma atividade regular, basta existir o nexo de causalidade entre o dano causado e a atividade exercida.<sup>18</sup> Na responsabilidade por dano ambiental, por exemplo,

<sup>16</sup> Também designada como “culpa objetiva”. Nesse sentido: “sob tal designação, a culpa passou a ser entendida como ‘erro de conduta’, apreciado não em concreto, com base nas condições e na capacidade do próprio agente que se pretendia responsável, mas em abstrato, isto é, em uma objetiva comparação comum modelo geral de comportamento. A apreciação em abstrato do comportamento do agente, imune aos aspectos anímicos do sujeito, justifica a expressão *culpa objetiva*, sem confundir-la com responsabilidade objetiva, que prescinde da culpa. Para evitar confusões, contudo, parte da doutrina passou a reservar a tal concepção a denominação de *culpa normativa*, por fundar-se juízo normativo entre a conduta concreta do sujeito e o modelo abstrato de comportamento” (SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil* – Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. São Paulo: Atlas, 2007. p. 33-34). Como mencionado anteriormente, a objetivação da noção de culpa faz parte do movimento que se deu para mitigar os filtros da responsabilidade civil; as condutas-padrão como elemento culposo do dever de indenizar são uma opção que se adotou nesse sentido.

<sup>17</sup> Como visto anteriormente, assim ocorre com a Lei nº 6.938/81, o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil.

<sup>18</sup> Sobre os requisitos da responsabilidade objetiva: “independe completamente de negligência, imprudência, imperícia ou mesmo a violação a qualquer dever jurídico por parte do agente. São danos (injustos) causados por atos lícitos, mas que, segundo o legislador, devem ser indenizados” (MORAES, Maria Celina Bodin de. Risco, solidariedade, e responsabilidade objetiva. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 834, dez. 2006. p. 25). A jurisprudência também se pronunciou sobre o tema: “A jurisprudência tem admitido claramente que, mesmo ausente a ilicitude, a responsabilidade existe, ao fundamento de que o fato de terceiro que exonera a responsabilidade é aquele que com o transporte não guarde conexão. Se o acidente

mesmo que o empreendedor possua todas as licenças em dia, se ocorrer de sua atividade ser a causadora direta de um dano ambiental, não irá se eximir do dever de indenizar alegando a licitude da atividade. O mesmo se dá com a responsabilidade civil do Estado, prevista no art. 37, §6º da CF.<sup>19</sup>

A LGPD exige que para haver dever de indenizar o tratamento de dados deve ser realizado em violação aos diversos *standards* ali previstos; ou seja, exige que exista uma irregularidade na atividade em relação às regras preestabelecidas e aos padrões minimamente esperados. O legislador, ao assim fazer, teria afastado a *responsabilidade objetiva*.

Nesse sentido, é interessante analisar como se deu a tramitação do Projeto de Lei nº 5.276 em relação aos artigos que dispunham sobre o dever de indenizar. O art. 33 e o art. 45 do PL (inseridos, respectivamente, no Capítulo V – “Transferência Internacional de Dados” e no Capítulo VI, Seção II – “Dos Agentes de Tratamento” e “Responsabilidade e Ressarcimento de Danos”), tinham a seguinte redação:

Art. 33. O cedente e o cessionário respondem solidária e objetivamente, pelo tratamento de dados, independentemente do local onde estes se localizem em qualquer hipótese.

“Art. 42. *Todo aquele que, em razão do exercício de atividade de tratamento de dados pessoais, causar a outrem dano patrimonial, moral, individual ou coletivo, é obrigado a repará-lo.*”

Note-se que no primeiro artigo era utilizada a palavra “objetivamente” para adjetivar o tipo de responsabilidade, eliminando qualquer dúvida de que se tratava de responsabilidade objetiva. Já no segundo, não havia a menção ao fato de a atividade de tratamento de dados ser realizada “em violação à legislação de proteção de dados pessoais”.

---

ocorre enquanto trafegava o ônibus, provocado por outros veículos, não se pode dizer que ocorreu fato de terceiro estranho ou sem conexão com o transporte. E sendo assim, o fato de terceiro não exclui o nexo causal, obrigando-se a prestadora de serviço público a ressarcir as vítimas, preservado o seu direito de regresso contra o terceiro causador do acidente. É uma orientação firme e benfazeja baseada no dever de segurança vinculado ao risco da atividade, que a moderna responsabilidade civil, dos tempos do novo milênio, deve consolidar” (STJ, 3ª Turma. REsp nº 469.867/SP. Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 27.9.2005. *DJ*, 14 nov. 2005).

<sup>19</sup> “É que a responsabilidade objetiva do poder público, com base na teoria do risco administrativo, não exige que a ação administrativa causadora do dano seja ilícita. Celso Antônio Bandeira de Mello, ao examinar o fundamento da responsabilidade do Estado, não obstante entender que ele se biparte – pois, ‘no caso de comportamentos ilícitos, comissivos u omissivos, o dever de reparar o dano e contrapartida da violação da legalidade’ – deixa claro, no que concerne aos atos ilícitos, que o ‘fundamento da responsabilidade estatal é a idéia de igualdade dos cidadãos perante os encargos públicos, repartindo-se os ‘ônus provenientes dos atos lesivos, evitando que alguns suportem prejuízos ocorridos por ocasião do exercício de atividade desempenhada no interesse de todos’ (Celso Antônio Bandeira de Mello, *ob.cit.* p. 260)” (STF, 2ª Turma. RE nº 113.587. Rel. Min. Carlos Veloso, j. 18.2.1992).

A responsabilidade pela transferência internacional de dados (art. 33) acabou excluída da lei, mas o art. 42, como visto, foi modificado justamente para acrescentar a expressão “em violação à legislação de proteção de dados pessoais”, o que nos permitiria inferir que, caso a responsabilidade fosse objetiva, não haveria *utilidade* para a inclusão do texto em questão. Logo, como a lei não contém palavras inúteis, não haveria aderência com a lógica que o regime fosse da responsabilidade civil objetiva, de forma indistinta.

Todavia, quem defende que a LGPD traz o regime da responsabilidade civil objetiva, assim o faz por entender que a atividade de dados seria, sim, uma atividade de risco, que poderia ser enquadrada na cláusula geral da responsabilidade civil, prevista no art. 927, parágrafo único do Código Civil.

Ao menos nesse momento inicial, em que se busca compreender todo o alcance e importância dos dados pessoais, bem como mapear as ocorrências de violações e seus impactos, parece-nos prematuro enquadrar a atividade de tratamento como uma atividade de risco, tendo por parâmetro a doutrina anteriormente citada, que parte do pressuposto de que será perigosa a atividade quando *se revele provável que esta cause danos frequentes e graves*.<sup>20</sup>

Há ainda quem sustente ser objetiva a responsabilidade, tendo em vista que o legislador utilizou dois critérios objetivos no art. 42, *caput*, isto é, *o exercício da atividade de dados*, por si só, e *a violação à legislação de proteção de dados*. E, ainda, que essa redação estaria muito próxima daquela adotada no Código de Defesa do Consumidor.

De todo modo, entendemos que quando o tratamento de dados for diretamente atrelado a alguma atividade que suscite a aplicação da responsabilidade objetiva, o operador e o controlador responderão independentemente de culpa, como exemplo, na relação de consumo.<sup>21</sup> Nesses casos, como o tratamento de dados será parte essencial para a realização do serviço ou fornecimento do produto, o regime será, sem dúvida, o da responsabilidade objetiva.

Isso porque, a nosso ver, o elemento que faz impor a responsabilidade objetiva a determinada atividade (seja por força de lei, seja pela cláusula geral de responsabilidade objetiva do parágrafo único do art. 927 do CC) não pode contaminar irrestritamente todas as etapas que dela decorram. Ou seja, nesses casos específicos de responsabilidade objetiva *da atividade*, é a casuística que definirá o regime da responsabilidade decorrente *do tratamento de dados* desta mesma atividade.

<sup>20</sup> Vide nota 11.

<sup>21</sup> “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”.

Por exemplo, se uma transportadora, que responde objetivamente pelos danos causados com a carga, vem a realizar o tratamento de dados de seus clientes (pessoas naturais, evidentemente) de forma irregular nos termos da LGPD, a princípio não nos parece que eventual dano causado por essa violação tenha que ser reparado de forma objetiva tão somente porque a atividade principal (*transporte de bens*) assim o é.

Ainda que se sustente que a responsabilidade adotada teria sido a subjetiva, a LGPD, em consonância com os princípios mais modernos da responsabilidade civil que voltam a sua atenção para a reparação integral da vítima, previu mecanismos que facilitam o ressarcimento dos titulares dos dados violados.

Nesse contexto, podemos interpretar que o art. 43, ao estabelecer que os agentes de tratamento “só não” responderão pelos danos quando provarem que agiram de determinada maneira, está presumindo a culpa. Os *standards* de conduta que afastarão essa presunção estão previstos nos seus incisos e são os seguintes (os quais deverão ser provados pelos agentes): a) se não tiverem realizado o tratamento de dados em questão; b) que mesmo tendo realizado, ao assim fazer não violou nenhuma disposição da legislação de proteção de dados; c) que o dano decorreu de culpa exclusiva do titular dos dados ou de terceiro.

Tal previsão se justificaria em virtude do fato de que o agente é quem tem, na maioria dos casos, condições técnicas ou econômicas para demonstrar que atuou de acordo com a lei e aderiu às regras de governança.

Há, ainda, a teor do art. 42, §2º, em prestígio à teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, a faculdade do juiz de inverter o ônus da prova em favor do titular de dados, desde que haja verossimilhança e hipossuficiência ou a produção da prova seja excessivamente onerosa à parte. Nesses casos, o titular será dispensado, inclusive, da prova da ocorrência do fato em si. Sobre a inversão do ônus também consta do art. 8º, §2º, que é do controlador o ônus da prova em relação à obtenção do consentimento em conformidade com o disposto na LGPD.

Outro mecanismo que assegura a efetividade da indenização é a definição, constante do art. 44, de que será caracterizado como tratamento irregular (e sujeito à responsabilização) aquele que não fornecer “a segurança que o titular dele pode esperar”. Por ser uma expressão com alguma margem de subjetividade, o legislador buscou auxiliar o intérprete indicando as circunstâncias que devem ser levadas em consideração para esse juízo de valor nos incisos I, II e III, a saber: a) o modo pelo qual é realizado o tratamento de dados; b) o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam; e c) as técnicas de tratamento de dados pessoais disponíveis à época em que foi realizado.

Nesse sentido, é importante que os agentes de tratamento tenham conhecimento dos avanços da tecnologia de segurança de informação, em todas as

épocas, a fim de poder comprovar que aquela adotada foi a condizente com as melhores opções no mercado, não se tratando de um sistema já ultrapassado. Outro aspecto a ser ressaltado é a locução “que razoavelmente dele se esperam” no tocante aos riscos e a legítima expectativa do titular, a qual abre a possibilidade para a formação de um juízo discricionário por parte do julgador, de modo que uma exposição de dados sensíveis ou de operações financeira terá um peso maior do que a exposição de um dado fornecido para cadastro em um pequeno comércio; são elementos para apurar a falha na segurança hábil a ensejar a responsabilização civil.

No parágrafo único é, ainda, previsto que o descumprimento das medidas de segurança mencionadas no art. 46 que venha a causar danos ao titular atrai igualmente o dever de indenizar.

Nesse ponto, então, há, em boa medida, uma objetivação da culpa dos agentes dentro dos *standards* acima descritos. Em outras palavras, o próprio legislador já preestabeleceu hipóteses em que se considerará irregular o tratamento.

## 4 Conclusão

Concluindo, a lei nos parece estar mais inclinada à adoção da responsabilidade civil subjetiva com presunção de culpa e de danos, para os danos causados pela atividade de tratamentos de dados, salvo as hipóteses de tratamento de dados em relação de consumo.

Contudo, e como visto, essa é a conclusão atingida após reflexões tecidas ainda no campo teórico, e apenas o passar do tempo e a vivência é que nos trarão elementos objetivos para o amadurecimento desses debates e da posição que aqui se adota.

---

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

FLORENCE, Tatiana Magalhães. Apontamentos sobre a responsabilidade civil no tratamento de dados. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 30, p. 223-235, out./dez. 2021. DOI: 10.33242/rbdc.2021.04.010.

---

Recebido em: 03.02.2020

Aprovado em: 25.04.2020