



RESPONSABILIDADE DO FORNECEDOR PELO TRATAMENTO DE DADOS DOS CONSUMIDORES FRENTE AOS ATAQUES *HACKERS*

Gabriela Fernandes Lima
Graduada pela Universidade
Federal do Rio de Janeiro (UFRJ).
Advogada.

Resumo- com o advento da LGPD/18, cujo objetivo é a regulamentação da proteção de dados no ordenamento jurídico brasileiro, surgiram discussões acerca do regime de responsabilidade a ser aplicado aos agentes de tratamento de dados, tanto no âmbito do sistema de proteção de dados como no âmbito do direito do consumidor, em que a proteção de dados se torna tema relevante em virtude da expansão do comércio online. Dado os desafios próprios da tecnologia, e a cada vez maior incidência de incidentes de segurança oriundos de ataques *hackers*, necessária se torna a discussão acerca da responsabilidade do fornecedor, a quem o consumidor confia dados pessoais como meio de obter um produto ou serviço, pelo tratamento daqueles, frente àqueles incidentes de segurança.

Palavras-Chaves- Responsabilidade Civil. Direito do Consumidor. Lei Geral de Proteção de Dados. Incidentes de Segurança. Ataque “Hackers”.

Sumário- Introdução. 1. Discussões acerca do regime de responsabilidade civil adotado pela Lei nº 13.709/2018. 2. Análise do art.45 da Lei nº 13.709/2018(LGPD): aplicação da responsabilidade objetiva na seara da proteção de dados. 3. Caso de dano *in re ipsa*: o dano moral pelo tratamento inadequado dos dados dos consumidores frente à ataques hackers. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica visa discutir a responsabilidade dos fornecedores em relação ao tratamento de dados confiados pelos consumidores àqueles, em especial no que tange a ocorrência de eventuais acidentes de segurança como os ataques perpetrados por *hackers*, que invadem as bases de dados e “furtam” as informações neles armazenadas.

Com o aumento do comércio eletrônico - em especial após a pandemia que atingiu o mundo no ano de 2020 - a disposição dos dados pessoais dos consumidores aos fornecedores aumentou exponencialmente, o que cria para os fornecedores, em especial após a entrada em vigor da Lei nº 13.709/2018 – Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD/2018), obrigações no sentido de seguir diretrizes e aplicar técnicas com o fito de dar adequado tratamento aos dados pessoais dos consumidores que lhes confiaram as suas informações.

O tema é controvertido pois a novel legislação de tratamento de dados há pouco completou sua *vacatio legis*, de modo que ainda há inúmeras questões a serem pacificadas diante da complexidade dos casos relativos à proteção de dados, visto que as inovações tecnológicas constantes resultam no surgimento constante de novas plataformas, bem como de

novos modos para a obtenção ilegal dos dados armazenados por terceiros com intenções maliciosas

Nesse diapasão, busca-se inicialmente analisar, a partir das regras Capítulo VI, Seção III da LGPD/2018, o regime de responsabilidade adotado por aquela, dado o tratamento de dados ser tema específico que não deverá ser tratado pela ótica das regras de responsabilidade hodiernamente impostas pelo Código Civil (Lei nº 10.406/2002). Ademais, deve haver um cotejo do tema em relação à responsabilidade prevista na seara consumerista, visto que se busca analisar quais seriam as consequências para os fornecedores que, para viabilização do comércio eletrônico, se tornam detentores de vasta base de dados que inclui informações pessoais de seus consumidores, dados esses que possuem valor mercadológico e cujo vazamento pode potencialmente gerar danos aos seus detentores.

O primeiro capítulo deste trabalho enuncia o debate doutrinário acerca do regime de responsabilidade civil adotado pela LGPD/2018, ao demonstrar os argumentos daqueles que defendem a adoção do regime de responsabilidade subjetiva e dos que defendem a adoção do regime de responsabilidade objetiva. Ao final, demonstra-se que o regime de responsabilidade que melhor se coaduna com os objetivos da LGPD/2018 é o regime de responsabilidade subjetiva.

Por sua vez, o segundo capítulo procura especificamente debater qual o regime de responsabilidade civil a ser aplicado ao tratamento de dados na seara consumerista, dado a norma do art. 45 da LGPD/2018 parecer enunciar que a responsabilidade a ser adotada no tratamento de dados nas relações entre fornecedores e consumidores será a prevista no Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.708/90), qual seja, a da responsabilidade objetiva. Em especial, analisa-se o regime de responsabilidade a ser adotado em virtude dos incidentes de segurança causados por ataques *hackers*, relativos ao tratamento de dados dos consumidores confiados aos fornecedores.

O terceiro capítulo discute o eventual dano oriundo de incidentes de segurança causados por ataques *hackers*, e busca defender que tais danos não se configuram como dano *in re ipsa*, de modo que cabe ao consumidor demonstrar que sofreu prejuízos devido ao vazamento das suas informações que se encontravam armazenadas pelo fornecedor.

A abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é qualitativa-quantitativa, pois, para a análise deste tema, são necessárias interpretações subjetivas e objetivas, teóricas e concretas. Assim, a pesquisadora pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco, com auxílio da legislação, da jurisprudência e de dados estatísticos.

A partir disso, é utilizado o método exploratório, a fim de validar as conclusões do presente artigo, sustentando fundamentadamente a hipótese defendida.

1.DISSCUSSÕES ACERCA DO REGIME DE RESPONSABILIDADE CIVIL ADOTADO PELA LEI Nº 13.709/18

Inicialmente, é preciso destacar que a Lei Geral de Proteção de Dados - Lei nº 13.709/18 (LGPD/2018)¹- não foi a primeira iniciativa no ordenamento jurídico brasileiro a fim de tratar da proteção da privacidade dos indivíduos, visto que desta são os dados pessoais importante aspecto. Tanto a legislação, como os Tribunais Superiores, as agências reguladoras e a própria Constituição Federal já afirmavam a importância do resguardo da privacidade individual, bem como a reparação por eventuais danos decorrentes de sua violação². Inclusive, o Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/14)³ disciplina o uso da internet no Brasil a partir de alguns princípios, entre eles a proteção dos dados pessoais, na forma da lei, bem como assegura aos seus usuários o direito à privacidade e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Com a sua publicação em agosto de 2018, foi possível visualizar um sistema de proteção de dados, antes pulverizado em várias legislações e decretos pelo ordenamento jurídico. Deste modo, diversos autores se debruçaram acerca da matéria da responsabilidade civil no regime de proteção de dados agora sistematizado pela novel legislação.

Ao tratar das regras acerca da responsabilidade civil no regime de proteção de dados, a LGPD/18⁴ regulou o tema em seu Capítulo IV, Seção III, no entanto sem prescrever expressamente qual regime a ser adotado, quais sejam o da responsabilidade civil objetiva ou subjetiva. Inclusive, Tepedino, Terra e Guedes⁵ afirmam ser esta uma das principais críticas à lei. Com isso, surgem na doutrina pátria duas correntes, que trazem fundamentos para argumentar pela adoção de cada um dos regimes de responsabilidade civil pela supracitada lei.

¹ BRASIL. *Lei nº 13.709*, de 14 de agosto de 2018. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm >. Acesso em: 5 out. 2021.

² OLIVEIRA, Marco Aurélio Belizze; LOPES, Isabela Maria Pereira. Os princípios norteadores da proteção de dados pessoais no Brasil e sua otimização pela Lei 13.709/2018. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato(coord.). *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p.62.

³ BRASIL. *Lei nº 12.965*, de 23 de abril de 2014. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm >. Acesso em: 5 out. 2021.

⁴ BRASIL, op. cit., nota 1.

⁵ TEPEDINO, Gustavo; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Fundamentos do Direito Civil: Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p.247.

Aqueles que defendem⁶ a adoção, por aquela, do regime de responsabilidade objetiva a fazem com base nas semelhanças entre algumas disposições existentes na supracitada lei em relação a disposições presentes na Lei nº 8.708/90⁷. Entre elas se encontra a possibilidade de inversão do ônus a favor do titular de dados quando for verossímil a sua alegação, se aquele for hipossuficiente para fins de produção de prova ou se a produção desta lhe for excessivamente onerosa, como preconiza o art. 42, §2º da LGPD/18⁸, que basicamente inclui as mesmas hipóteses de inversão do ônus probatório previstas para o consumidor no art. 6º, inciso VIII da Lei nº 8.708/90⁹.

Igualmente, há semelhanças nas redações dos dispositivos daquela Lei e da Lei nº 8.708/90, de modo que Tepedino, Terra e Guedes¹⁰ afirmam que “a analogia com o Código de Defesa do Consumidor é tentadora, tanto mais se se considerar a assimetria informacional entre os titulares dos dados e os agentes de tratamento”. Complementam tais autores¹¹ que, também a favor da adoção da responsabilidade objetiva pela LGPD/2018¹², é que “o escopo da LGPD foi limitar o tratamento dos dados para diminuir o risco de vazamentos, considerando que o próprio tratamento de dados, em si, apresenta “risco intrínseco aos seus titulares”.

Por sua vez, há aqueles que defendem¹³ a adoção da responsabilidade subjetiva e da culpa no regime de responsabilidade civil expresso por aquela lei. O principal argumento dos seus defensores é que a LGPD/18¹⁴ criou uma série de deveres a serem cumpridos pelos agentes de tratamento de dados. Por exemplo, o seu art. 46 prevê a necessidade de adoção, por parte dos agentes de tratamento, de “medidas de segurança, técnicas e administrativas” com o fito de proteger os dados armazenados de acessos não autorizados. Ademais, a Seção II do Capítulo VII daquela lei traz a previsão de que os agentes de tratamento estabeleçam regras boas práticas e de governança no tratamento de dados, o que solidifica a argumentação de que a LGPD/18¹⁵ adota um sistema de responsabilização subjetiva, afinal, inócua seria o estabelecimento de diversos deveres a serem cumpridos se, independentemente do seu cumprimento ou não, os

⁶ BRUNO, Marcos Gomes da Silva. Da Responsabilidade e do Ressarcimento de Danos. In: MALDONADO, Viviane Nóbrega; BLUM, Renato Opice. *LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados Comentada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p.323.

⁷ BRASIL. *Lei nº 8.708*, de 11 de setembro de 1990. Disponível em <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1990/lei-8078-11-setembro-1990-365086-norma-actualizada-pl.pdf>> Acesso em: 5 out. 2021.

⁸ BRASIL, op. cit., nota 1.

⁹ BRASIL, op. cit., nota 6.

¹⁰ TEPEDINO; GUEDES; TERRA, op. cit., p.248.

¹¹ Ibidem, p.248-249.

¹² BRASIL, op. cit., nota 1.

¹³ TEPEDINO; GUEDES; TERRA, op. cit., p. 251.

¹⁴ Ibidem, p.248-249.

¹⁵ Ibidem.



agentes de tratamento de dados fossem responsabilizados por danos oriundos da mera atividade de tratamento de dados pessoais. Tal é próprio da responsabilidade objetiva que, como explicita Maria Celina Bodin de Moraes¹⁶, “independe completamente de negligência, imprudência, imperícia ou mesmo da *violação de qualquer dever jurídico por parte do agente*”.

Ao cotejar ambas as correntes e analisá-las a luz da redação da LGPD/18¹⁷, se pendente para o entendimento de que aquela dotou o sistema de responsabilidade civil subjetiva. Em primeiro lugar, a tramitação legislativa daquela demonstra a opção do legislador por eliminar resquícios de elementos que pudessem indicar a adoção da responsabilidade objetiva. Como relatam Guedes e Meireles¹⁸:

[...]Até a versão finalmente sancionada da LGPD, passaram a não mais mencionar, como regra geral, um regime de solidariedade ou objetividade na responsabilidade pelos danos decorrentes do tratamento de dados pessoais. A referência expressa à responsabilidade objetiva foi completamente eliminada do texto legal.

Em segundo lugar, como anteriormente mencionado, a LGPD/18¹⁹ se dedicou a trazer, em diversos momentos, a previsão de deveres a serem cumpridos pelos agentes de tratamento de dados, que podem ser estabelecidos pelos próprios agentes, individual ou coletivamente, bem como a adoção de diversas medidas já referenciadas neste artigo. Ademais, o seu art. 6º traz como princípios deste microsistema a “a responsabilização” e a “prestação de contas”²⁰, que implicam numa ideia de observância de deveres legais necessários ao modelo subjetivo de responsabilidade civil.

Em terceiro lugar, é preciso ressaltar -talvez o aspecto mais preponderante para a afirmação de que o modelo de responsabilidade adotado pela LGPD/18²¹ é o modelo subjetivo - a redação do inciso II do art. 43 daquela lei. Este dispositivo estabelece que os agentes de tratamento não serão responsabilizados caso demonstrem que, ao realizarem o tratamento de dados pessoais que lhes corresponde, respeitaram a legislação vigente acerca da proteção de dados. A norma extraída do supracitado dispositivo remete à ideia de culpa, que é relevante apenas para a análise da responsabilidade civil quando adotado o seu modelo subjetivo.

¹⁶ BODIN DE MORAES apud GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; MEIRELES, Rose Melo Vencelau. Término do Tratamento de Dados. In: TEPEDINO; FRAZÃO; OLIVA, op. cit., p.231.

¹⁷ BRASIL, op. cit., nota 1.

¹⁸ GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; MEIRELES, Rose Melo Vencelau. Término do Tratamento de Dados. In: TEPEDINO; FRAZÃO; OLIVA, op. cit., p.232.

¹⁹ BRASIL, op. cit., nota 1.

²⁰ GUEDES, op. cit., p.233.

²¹ BRASIL, op. cit., nota 1.

Nesta senda, cria-se o dever de respeitar a legislação vigente para os agentes de tratamento dos dados pessoais, de forma que se estabelece para estes um *standard* de conduta baseado na adoção de medidas de segurança, inclusive preventivas²², previstas na lei. Assevera-se que essa ideia de *standard* de conduta deriva da atual noção de culpa, que foi objetivada pela doutrina, agora designada como culpa normativa²³.

Tais medidas tendem a ser uniformes para as mesmas categorias de agentes de tratamento, de forma que se possa avaliar de forma mais igualitária a ocorrência de culpa- ou seja, desvio do padrão comportamental adequado- no caso concreto. Ou seja, como afirmam Guedes e Meireles²⁴:

Neste inciso II, o legislador afirma, a grosso modo, que, ainda que exista nexos causal entre a conduta do agente e o dano, se ele conseguir provar que cumpriu todos os deveres impostos pela LGPD, tomando as medidas de segurança recomendadas (cumprindo programas, políticas internas, procedimentos, mecanismos de supervisão, internos e externos, padrões técnicos etc.) não será responsabilizado. Nessas circunstâncias, o agente terá demonstrado que observou o *standard* esperado e, se o incidente ocorreu, não foi em razão de sua conduta culposa.

É possível, a partir do trecho citado, explicitar que uma conduta culposa capaz de ensejar a responsabilidade do agente de tratamento de dados é aquele cuja conduta do agente é operada fora das medidas de segurança e determinações legais relativas à atividade do tratamento. Portanto, “a LGPD exime do dever de indenizar o agente de tratamento que não tiver violado a lei”²⁵.

Deste modo, a partir da exposição acima, é firme a conclusão de que, como regra, a LGPD/2018²⁶ adotou o modelo da responsabilidade subjetiva, de modo que a responsabilização dos agentes de tratamento de dados é condicionada a demonstração que estes atuaram fora das normas estabelecidas para o tratamento daqueles, havendo, da parte dos agentes de tratamento, um desvio de conduta, e não simplesmente do exercício em si da atividade de tratamento de dados.

²² GUEDES, op. cit., p.234.

²³ Ibidem, p.233.

²⁴ TEPEDINO; FRAZÃO; OLIVA, op. cit., p.235-236.

²⁵ Ibidem, p.236.

²⁶ BRASIL, op. cit., nota 1.

2. ANÁLISE DO ART.45 DA LEI Nº 13.709/2018(LGPD): APLICAÇÃO DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA NA SEARA DA PROTEÇÃO DE DADOS

O art. 45 da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD/18)²⁷ traz norma referente à eventuais violações dos direitos do titular dos dados pessoais no âmbito das relações consumeristas, em que remete a análise dessa violação às regras de responsabilidade adotadas no Código de Defesa do Consumidor (CDC)²⁸. O microsistema consumerista, como é sabido, adota o modelo da responsabilidade objetiva, em que o tradicional elemento da culpa é deixado de lado como um requisito para a caracterização da responsabilidade do agente. Neste sentido, Cláudia Lima Marques e seus coautores afirmam que “a alteração da sistemática de responsabilização, retirando-se o elemento da culpa, não implica em dizer que a vítima nada tenha de provar. Ao contrário, cabe-lhe comprovar o dano e o nexo de causalidade entre este e o produto ou serviço”²⁹.

Portanto, ao fazer tal remissão, o art. 45 da LGPD/2018³⁰ consagra a responsabilidade objetiva como o sistema a ser adotado nos casos de violação dos direitos do titular dos dados caso esta ocorra no âmbito das relações de consumo, em contraponto ao sistema de responsabilidade adotado por aquela, qual seja, o da responsabilidade subjetiva, que levará em conta o elemento culpa em seu sentido normativo, ou seja, partirá de um padrão de conduta a ser seguido pelos agentes de tratamento de dados para determinar a sua responsabilidade no caso de eventual incidente de segurança que acarrete a violação do direito do titular dos dados, caso em que será responsabilizado quando demonstrado desvio do padrão de conduta estabelecido.

O que é passível de discussão, em especial ao se considerar a relevância dada pela LGPD/18³¹ aos deveres a serem observados pelos agentes de tratamento de dados é que, nos casos de incidentes de segurança que envolvam os dados informados pelo consumidor ao fornecedor, poderá ser aplicada alguma das causas excludentes de responsabilidade previstas no CDC³². Como ressalta Tepedino³³, as hipóteses previstas

²⁷ BRASIL, op. cit., nota 1.

²⁸ BRASIL, op. cit., nota 6.

²⁹ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 8 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 191.

³⁰ BRASIL, op. cit., nota 1.

³¹ Ibidem.

³² BRASIL, op. cit., nota 6.

³³ TEPEDINO; FRAZÃO; OLIVA, op. cit., p.239-240.

como excludentes de responsabilidade “atuam diretamente sobre o nexo de causalidade, rompendo-o e, assim, afastando o dever de indenizar”.

O CDC³⁴, em seu art. 14, §3º, prevê duas causas excludentes do nexo de causalidade: a demonstração, pelo fornecedor, da inexistência de defeito no serviço prestado e a culpa exclusiva da vítima ou do terceiro. Analisa-se todas as excludentes acima para melhor evidenciar o raciocínio a ser adotado nos casos de incidente de segurança oriundos dos ataques *hackers*.

Inicialmente, é possível a aplicação da excludente de responsabilidade da culpa exclusiva da vítima, prevista no art. 14, §3º, II daquele Código. Para exemplificar, pode-se suscitar o caso de fornecedor que, ao realizar cadastro, fornece seus dados pessoais a site claramente falso, que não poderia ser confundido com o site de fornecedor reconhecido de produtos e serviços.

Quanto à culpa exclusiva de terceiro, também prevista no art.14, §3º, II do CDC³⁵, poder-se-ia, a princípio, alocar os incidentes de segurança oriundos de ataques *hackers* nesta excludente, visto que os seus perpetrantes se encaixariam no conceito de terceiro como alguém alheio à relação de consumo. Outrossim, dado que a circunstância de a culpa do terceiro ter de ser, como evidencia a lei, exclusiva, necessária se faz uma análise do conceito de prestação de serviço defeituoso pelo fornecedor uma vez que, em virtude do aumento da venda de produtos e prestação de serviços através da internet, deve-se considerar a proteção dos dados pessoais informados pelo consumidor como um serviço anexo à prestação do serviço ou venda de produto objeto do empreendimento do fornecedor.

De acordo com Claudia Lima Marques e outros “o defeito, como causador do acidente de consumo, é o elemento gerador da responsabilidade civil no regime do Código”³⁶. Este, de acordo com os autores³⁷, pode ocorrer em qualquer tipo de produto ou serviço de consumo, nos termos do art. 3º, §§1º e 2º do CDC³⁸. O defeito é, em si, um conceito jurídico indeterminado que o CDC³⁹ busca aclarar em seu art. 12, §1º, ao estabelecer que um produto ou serviço é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, e leva em conta a sua apresentação, o uso e os riscos que razoavelmente deles se esperam, bem como a época em que foi colocado em circulação. Como se extrai dos parâmetros erigidos pelo CDC⁴⁰, pode-

³⁴ Ibidem.

³⁵ Ibidem.

³⁶ MARQUES, op. cit., p. 192.

³⁷ Ibidem.

³⁸ BRASIL, op. cit., nota 6.

³⁹ Ibidem.

⁴⁰ Ibidem.

se afirmar que é esperado algum nível de risco oriundo do produto ou serviço, algum nível de insegurança do produto ou serviço que não o impede de circular no mercado, pois este é compensado pelos benefícios trazidos pela utilização do produto ou serviço. Nesta perspectiva, Claudia Lima Marques e coautores⁴¹ explicitam:

[...]Mas não é qualquer insegurança que transforma o produto ou serviço em defeituoso. Cuida-se antes de graus de insegurança que transforma o produto ou serviço em defeituoso. Atrás foi observado que, ao lado da periculosidade inerente, existe a periculosidade adquirida e a periculosidade exagerada. Só estas últimas, por trazerem potencial danoso superior ao que “legitimamente se espera”, é que pode ser consideradas portadoras de vício de qualidade por insegurança ou defeito[...].

Assim, a proteção dos dados pessoais como um serviço anexo à venda de produto ou prestação do serviço também possuem uma periculosidade inerente, que por si só não caracterizam um defeito naquele serviço. O que gerará o defeito, a ponto de impedir o reconhecimento da excludente do nexo de causalidade e autorizar a responsabilização do fornecedor, é a extrapolação daquela periculosidade inerente. Esta extrapolação da periculosidade inerente, no âmbito da proteção dos dados pessoais, resta no descumprimento dos deveres e medidas de segurança previstos aos agentes de tratamento de dados pela LGDP/18⁴², ao longo do seu Capítulo VII, que trata da Segurança e das Boas Práticas no tratamento dos dados, em verdadeiro diálogo das fontes entre o microssistema consumerista e o microssistema de proteção de dados.

Portanto, o serviço de proteção de dados anexo aos demais produtos e serviços prestados pelo fornecedor será defeituoso quando a proteção de dados não seguir o standard de conduta estabelecido na legislação vigente acerca da proteção de dados, em decorrência da desídia do fornecedor em adotar as medidas de segurança, técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de outras situações acidentais ou ilícitas, como determina o art. 46 da supracitada legislação.

Decerto que a adoção dos padrões de segurança necessários à proteção dos dados pessoais informados pelos consumidores para viabilizar a venda de um produto ou o fornecimento de um serviço integra o custo das operações e, portanto, deve ser considerado no risco do empreendimento do fornecedor. Ao caracterizar serviço anexo àquele ele igualmente será regido pelas regras de responsabilidade do CDC⁴³ e, portanto, a ele se aplica a ideia de

⁴¹ MARQUES, op. cit., p.192.

⁴² BRASIL, op. cit., nota 1.

⁴³ BRASIL, op. cit., nota 6.



serviço defeituoso. Diante desse raciocínio, decerto que a excludente de causalidade prevista no art. 14, §3º, I daquele Código é plenamente aplicável. Deste modo, demonstrada a inexistência de defeito pelo fornecedor, ao provar que rigorosamente cumpriu as medidas de segurança previstas na legislação de proteção de dados vigente, afasta-se a sua responsabilidade objetiva.

No que tange aos ataques *hackers*, poder-se-ia verificar o rompimento do nexo de causalidade com base em qualquer uma das hipóteses previstas no art. 14, §3º da legislação consumerista. Esse raciocínio se justifica vez que a ação exclusiva de terceiro que invade sistema de fornecedor e tem acesso aos dados pessoais dos consumidores daquele ensejaria a aplicação da excludente da culpa exclusiva de terceiro desde que o fornecedor demonstre que inexistia defeito na prestação do serviço anexo de proteção dos dados pessoais dos seus consumidores. Caso contrário, ou seja, se o fornecedor não adota as medidas de segurança estabelecidas na legislação de proteção de dados, ainda que por mera desídia, ele mesmo concorre para a ação do terceiro, ao facilitar a violação dos dados de seus consumidores, os quais deve salvaguardar em seu sistema de acordo com os standards dispostos em legislação específica, o que resvala na caracterização de um defeito na prestação do serviço de proteção de dados anexo ao produto ou serviço principal fornecido.

Consequentemente, no caso dos ataques *hackers* no âmbito das relações de consumo, aplica-se o sistema de responsabilização objetiva, com base no art. 45 da LGPD/18⁴⁴. Isso permite o afastamento da responsabilidade no caso de rompimento do nexo causal com base nas excludentes do art. 14, §3º do CDC⁴⁵, que poderia ser justificado na inexistência de defeito do art. 14, §3º, I ou na culpa exclusiva de terceiro do art. 14, §3º, II, visto que a culpa *exclusiva* de terceiro só é plausível de ser aferida mediante a demonstração, pelo fornecedor, da inexistência de defeito- cumprimento de todas as medidas de segurança previstas na legislação específica de proteção de dados - quanto ao serviço anexo de proteção dos dados fornecidos pelo consumidor.

⁴⁴ BRASIL, op. cit., nota 1.

⁴⁵ BRASIL, op. cit., nota 5.

3. CASO DE DANO *IN RE IPSA*: O DANO MORAL PELO TRATAMENTO INADEQUADO DOS DADOS DOS CONSUMIDORES FRENTE À ATAQUES *HACKERS*

Ultrapassada a discussão acerca do regime de responsabilidade civil a ser aplicado no caso de incidentes de segurança oriundos de ataques *hackers* na seara das relações de consumo, com base no art. 45 da LGPD/18⁴⁶, é necessário discorrer acerca do dano moral eventualmente sofrido pelo consumidor diante de tal incidente de segurança, e esclarecer se aquele se consubstancia em um dano *in re ipsa*.

Schreiber⁴⁷, ao tratar da evolução do instituto da responsabilidade civil, esclarece que o cerne deste instituto deixa de ser a repressão de um comportamento indesejado e passa a ser a tutela do dano, independentemente da conduta do ofensor, dano este que o autor descreve como uma lesão ao interesse da vítima. Esta lesão pode ser de cunho patrimonial ou extrapatrimonial, este último que passou a ser considerado gênero que abarca o dano moral em sentido estrito e outros danos extrapatrimoniais, como o dano psíquico e o dano estético, dentre outros⁴⁸.

Discutir o dano e sua caracterização no caso concreto, no entanto, não prescinde de uma análise acerca do seu fundamento, pois é este que permite ao intérprete verificar se o resultado de uma conduta foi capaz de gerar uma lesão ao interesse da vítima. Como explicita Tepedino⁴⁹, há duas grandes correntes acerca do tema, a subjetiva e a objetiva, mais utilizadas pela jurisprudência para fundamentar o dano moral nos casos concretos que chegam para a análise no Poder Judiciário. Ressalta-se, no entanto, a existência de uma terceira corrente, a do dano moral como violação a uma das quatro dimensões que compõem o princípio da dignidade da pessoa humana, elaborada por Maria Celina Bodin de Moraes⁵⁰, ainda pouco explorada nas decisões judiciais em sede de responsabilidade civil.

Acerca da corrente subjetiva, esta entende que o dano moral está presente nas situações que ultrapassam os limites do mero aborrecimento, vez que este é próprio das relações humanas e não seria grave o suficiente a desafiar algum tipo de compensação pelo ofensor. Neste sentido, Tepedino explicita que “o dano moral restaria conformado, portanto, a partir da constatação de

⁴⁶ BRASIL, op. cit., nota 1.

⁴⁷ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 190.

⁴⁸ TEPEDINO, op. cit., p. 40.

⁴⁹ Ibidem, p.41.

⁵⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana: Uma leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais*. Rio de Janeiro: Renovar: 2009, p.82.



sofrimento mais acentuado, levando-se em consideração a dor psicológica sofrida pelo indivíduo”⁵¹.

Por outro lado, a corrente objetiva entende que o dano moral resta configurado objetivamente, “visto que este surge a partir de uma lesão a direito da personalidade, independentemente do impacto que tenha causado nos sentimentos da vítima”⁵². Tepedino, nesta passagem, vai mais além, ao incorporar a tese da professora Maria Celina Bodin de Moraes e explicitar que “a caracterização de violação dos direitos da personalidade, notadamente da dignidade da pessoa humana, que deflagará o dever de indenizar”⁵³.

Nesta senda, ao se conceituar o dano moral de acordo com os fundamentos fornecidos pelas correntes subjetiva e objetiva, tem-se afastado a primeira corrente em favor da segunda, visto que o seu subjetivismo traz pouca segurança jurídica ao instituto, em virtude de os sentimentos de sofrimento, angústia, dor etc. serem mais bem compreendidos como uma consequência esperada de uma lesão ao interesse da vítima do que o fundamento que justifique a compensação daquela. O dano, portanto, seria objetivamente verificado diante da violação de um direito da personalidade, violação esta que teria como consequência as repercussões psíquicas acima mencionadas.

Posteriormente à questão da definição do fundamento do dano moral que autoriza a sua compensação, surgiu a ideia de dano *in re ipsa*, que aventa a desnecessidade de comprovação do prejuízo a esfera extrapatrimonial sofrido pela vítima, de forma que se presume a ocorrência do dano pela efetivação de dada conduta tida como violadora do interesse da vítima. Schreiber⁵⁴ critica essa concepção, pois entende que ela deriva da corrente subjetiva do dano moral, já majoritariamente rechaçada pela doutrina e pelos tribunais brasileiros, do dano moral como o preço da dor. Por sua vez, Tepedino explicita que a adoção da corrente objetiva do dano moral dispensa o uso da concepção do dano *in re ipsa*, que seria um mero facilitador da reparação do dano em alguns casos específicos, pois não haveria dualidade entre o fato lesivo e o dano moral, quando este for configurado objetivamente. O dano, assim, se confundiria com o fato valorado como lesivo ao interesse da vítima.⁵⁵

Fato é que, apesar das discussões doutrinárias acerca do tema do fundamento do dano moral e da existência ou não de um dano moral *in re ipsa*, no que tange ao dano moral aplicado

⁵¹ Ibidem.

⁵² Ibidem, p.42.

⁵³ TEPEDINO, op. cit., p.42.

⁵⁴ SCHREIBER, op. cit., p. 204.

⁵⁵ TEPEDINO, op. cit., p.43.



a questões afetas a Lei Geral de Proteção de Dados⁵⁶, em especial quando restar configurada a violação das regras vigentes sobre proteção de dados, os Tribunais têm majoritariamente entendido pela necessidade de demonstração de prejuízo ao titular dos dados pessoais no caso de vazamento de dados. Ou seja, o vazamento de dados, por si só, não seria capaz de caracterizar dano extrapatrimonial ao titular dos dados pessoais. Em artigo, Khouri e Sales⁵⁷, ao comentar julgados do TJ/SP e do TJ/RS, explicitam que o entendimento adotado é no sentido da não presunção do prejuízo ao titular dos dados pessoais mediante o mero vazamento daqueles. Seria preciso, conforme os julgados comentados pelos autores, que o titular dos dados comprovasse que tal vazamento trouxe consequências gravosas à sua imagem, personalidade ou dignidade humana, e não meramente alegar a ocorrência de danos em virtude do vazamento de seus dados pessoais.

O raciocínio aplicado em tais julgados é passível de ser aplicado nos casos de incidentes de segurança que envolvam ataques hackers a partir do raciocínio enunciado no Capítulo 2 do presente trabalho, em que se propugnou o entendimento do serviço de proteção dos dados pessoais dos consumidores, confiados aos fornecedores, como um serviço anexo à venda de produto ou prestação do serviço por estes. Assim, caso não reste configurada nenhuma das excludentes de ilicitude previstas no 14, §3º do CDC⁵⁸, o serviço anexo de proteção de dados pessoais dos consumidores pelos fornecedores mostra-se defeituoso, o que autoriza a compensação de eventuais danos morais sofridos pelo consumidor lesado.

Uma vez que o defeito neste serviço anexo oriunda preponderantemente da violação, pelos fornecedores, da legislação vigente de proteção de dados, em virtude da não aquiescência aos padrões básicos de segurança estabelecidos por aquela, é possível a extrapolação do raciocínio que vem sendo aplicado pelos Tribunais na seara da LGPD/18⁵⁹ aos danos causados aos consumidores titulares de dados pessoais nas relações consumeristas, que gozam do serviço anexo de proteção de dados como meio para a venda ou prestação de serviço principal.

Portanto, a existência do dano em virtude de incidentes de segurança causados por ataques hackers desafia a demonstração, pelo titular dos dados pessoais, de direito da personalidade violado, de modo que não pode haver presunção de dano em virtude da simples

⁵⁶ BRASIL, op. cit., nota 1.

⁵⁷ SALES, Jonas; KHOURI, Paulo Roque. *Dano Moral e LGPD*: não se indeniza expectativa de dano. Disponível em: < <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/348230/dano-moral-e-lgpd-nao-se-indeniza-expectativa-de-dano>>. Acesso em: 08 mar. 2022.

⁵⁸ BRASIL, op. cit., nota 6.

⁵⁹ BRASIL, op. cit., nota 1.

ocorrência do incidente de segurança. Neste sentido, ao tratar da necessidade de demonstração da ocorrência do dano extrapatrimonial, Schreiber⁶⁰ elucida:

Esclarecido isto, parece certo que nada há que se presumir, procedendo-se tão somente à análise concreta e objetiva da relação entre a conduta alegadamente lesiva e o interesse alegadamente lesado.

Visto como lesão à personalidade humana, o dano moral exige, evidentemente, a prova de lesão, da mesmíssima forma, aliás, que a exige o dano patrimonial, como lesão ao patrimônio.

Contudo, a promulgação da Emenda Constitucional nº 115 de 2022⁶¹, que passa a prever o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais, como um direito fundamental denota que a violação dessa proteção aos dados pessoais, por si só, supriria a demonstração da lesão a um interesse da vítima. Ao ser alçado ao patamar de cláusula pétrea, a proteção dos dados pessoais ganha especial importância, de modo que a violação desse direito, mediante serviço defeituoso prestado pelo fornecedor, configura dano extrapatrimonial a ser compensado, pois a tutela constitucional dos dados pessoais denota a sua íntima relação com o princípio da dignidade da pessoa humana e a necessidade da preservação da sua inviolabilidade e da imprescindibilidade do seu adequado tratamento.

CONCLUSÃO

A pesquisa buscou enfrentar a problemática surgida com a inovação trazida pela Lei Geral de Proteção de Dados de 2018, que regulamentou o tratamento de dados pessoais pelos agentes de tratamento no ordenamento jurídico, inclusive o regime de responsabilidade civil a ser adotado, perante o caso de ataques *hackers* no âmbito das relações de consumo. Buscou-se explicitar o regime de responsabilidade civil adotado pela LDGP/2018, a aplicação desse regime nas relações de consumo que envolvam o tratamento de dados, a responsabilidade do fornecedor pelo tratamento dos dados pessoais a ele fornecidos durante a relação de consumo e, na eventualidade da caracterização do instituto da responsabilidade civil, se o dano moral sofrido pelo consumidor seria *in re ipsa*.

Após análise das controvérsias doutrinárias acerca do regime de responsabilidade civil adotado pela LGPD/2018, conclui-se, a partir dos argumentos trazidos por ambas as correntes que discursaram sobre o tema, pela adoção, dentro do sistema trazido pela supracitada lei, do

⁶⁰ SCHREIBER, op. cit., p. 207.

⁶¹ BRASIL. *Emenda Constitucional nº 115*, de 2022. Disponível em :<
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc115.htm>. Acesso em: 09 mar. 2022.



regime de responsabilidade subjetiva, uma vez que a LGPD/18 previu deveres e parâmetros a serem observados pelos agentes de tratamento de dados, característica que remete ao modelo subjetivo de responsabilidade, preocupado com os standards de conduta e a culpa normativa, calcada na inobservância destes, como elemento necessário para a verificação do instituto da responsabilidade civil.

No entanto, em virtude de expressa disposição legal encontrada no art.45 da LGPD/18, no que tange ao tratamento de dados realizado pelo fornecedor diante de uma relação de consumo, seja ao vender um produto ou prestar um serviço, o regime de responsabilidade aplicável será o regime previsto na legislação específica, ou seja, o CDC, de modo que aplicável o modelo de modelo objetivo de responsabilidade pelo art. 14 daquele. Assim, o fornecedor responde sem a análise do cumprimento dos standards de conduta erigidos pela LGPD/18 por eventuais fatos do produto ou do serviço relacionados ao tratamento de dados dos seus consumidores.

Procurou-se então verificar se, diante do modelo de responsabilidade objetiva a ser adotado, seria possível a aplicação das hipóteses de exclusão de ilicitude previstas no art. 14, §3º no que tange ao tratamento de dados realizado pelo fornecedor mediante eventuais incidentes de segurança, como os ataques hackers. Para tanto, desenvolveu-se a ideia de que o tratamento de dados pessoais informados aos fornecedores pelos consumidores, durante a prestação de um serviço ou venda de um produto, caracterizaria um serviço anexo ao principal, visto que não é o objeto principal do vínculo jurídico surgido entre fornecedor e consumidor- que é a venda de produto ou a prestação de um serviço- mas acessório àquele vínculo e, portanto, gerador de garantias ao consumidor e obrigações ao fornecedor, tal qual o adequado tratamento dos dados pessoais confiados pelo primeiro ao segundo

Portanto seria plenamente plausível a aplicação das causas excludentes de ilicitude previstas no supracitado artigo, de modo que a existência de defeito no serviço anexo - o serviço de tratamento de dados pessoais - se confundiria com a não observação dos deveres e parâmetros previstos na legislação de proteção de dados. Caso o fornecedor cumpra fielmente a legislação de proteção de dados, eventuais incidentes de insegurança, como os ataques hackers, não implicam na existência de defeito, o que exclui a responsabilidade do fornecedor em virtude do rompimento donexo causal. Igualmente aplicável a culpa exclusiva de terceiro, ainda que esta hipótese se confunda com a primeira, pois a culpa de terceiro, no caso do tratamento de dados, só resta configurada mediante a inexistência de defeito no serviço anexo de tratamento de dados prestado pelo fornecedor.

Por sua vez, em que pese a construção doutrinária e jurisprudencial até então prevalente de que eventual dano oriundo do defeito configurado na prestação desse serviço anexo não poderia ser enquadrado no chamado dano moral *in re ipsa*, pois necessária prévia demonstração de lesão aos direitos da personalidade do titular dos dados pessoais, a promulgação da Emenda Constitucional nº 115 de 2022, que prevê o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais, como um direito fundamental, torna o caso de vazamento de dados pessoais do titular em virtude de incidentes de segurança prescindível de demonstração de efetiva lesão ao interesse legítimo da vítima, o que autoriza a conclusão de ser tal dano um verdadeiro dano *in re ipsa*.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Lei nº Lei nº 13.709*, 14 de agosto de 2018. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm>. Acesso em: 5 out. 2021.

_____. *Lei nº 12.965*, 23 de abril de 2014. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm>. Acesso em: 5 out. 2021

_____. *Lei nº 8.708*, de 11 de setembro de 1990. Disponível em <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1990/lei-8078-11-setembro-1990-365086-normaatualizada-pl.pdf>> Acesso em: 5 out. 2021.

_____. *Emenda Constitucional nº 115*, de 2022. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc115.htm>. Acesso em: 09 mar 2022

BRUNO, Marcos Gomes da Silva. Da Responsabilidade e do Ressarcimento de Danos. In: MALDONADO, Viviane Nóbrega; BLUM, Renato Opice. *LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados Comentada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; MEIRELES, Rose Melo Vencelau. Término do Tratamento de Dados. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato(coord.). *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro*. 1 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 8 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

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



OLIVEIRA, Marco Aurélio Belizze; LOPES, Isabela Maria Pereira. Os princípios norteadores da proteção de dados pessoais no Brasil e sua otimização pela Lei 13.709/2018. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato(coord.). *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro*. 1 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

SALES, Jonas; KHOURI, Paulo Roque. *Dano Moral e LGPD: não se indeniza expectativa de dano*. Disponível em: < <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/348230/dano-moral-e-lgpd-nao-se-indeniza-expectativa-de-dano>>. Acesso em:08 mar. 2022

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

TEPEDINO, Gustavo; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Fundamentos do Direito Civil: Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2020