

REVISTA

# DIREITO, INOVAÇÃO E REGULACÕES

I. DOCTRINA NACIONAL

6

**A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA EM SEDE DE  
RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DO TRATAMENTO DE  
DADOS PESSOAIS NA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS SOB A  
ÓTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PROCESSUAIS**

**THE REVERSAL OF THE BURDEN OF PROOF IN CIVIL LIABILITY  
ARISING FROM PERSONAL DATA PROCESSING UNDER THE  
GENERAL DATA PROTECTION LAW FROM THE PERSPECTIVE OF  
FUNDAMENTAL PROCEDURAL RIGHTS**

*Luis Alberto Reichelt <sup>1</sup>*

---

1 Mestre e Doutor em Direito pela UFRGS. Professor nos cursos de graduação, especialização, mestrado e doutorado em Direito da PUCRS. Procurador da Fazenda Nacional em Porto Alegre (RS). E-mail: luis.reichelt@puers.br

REICHELT, Luis Alberto. **A inversão do ônus da prova em sede de responsabilidade civil decorrente do tratamento de dados pessoais na Lei Geral de Proteção de Dados sob a ótica dos direitos fundamentais processuais.** Revista Direito, Inovação e Regulações - Centro Universitário de Cascavel (UNIVEL). Cascavel. Jan. 2023; V. 2 (4): 100-109. ISSN-e: 2965-0860

## RESUMO

O presente artigo pretende analisar, sob a ótica da hermenêutica do sistema de direitos fundamentais processuais, o regime jurídico aplicável em sede de ônus de prova e, em especial, em sede de inversão do ônus da prova na forma como prevista no art. 42, § 2º da Lei nº 13.709/2018. Essa inversão busca mitigar as dificuldades enfrentadas pelos titulares de dados devido à assimetria informacional e restrições à produção de provas. Abordará a distribuição do ônus da prova no Direito Processual Civil brasileiro, considerando a importância dos direitos fundamentais processuais e sua influência na estrutura do ordenamento jurídico. A premissa central é que normas protetivas e a proibição de retrocesso social orientam a distribuição do ônus da prova, visando uma proteção jurisdicional qualificada. Inicialmente, apresenta-se uma visão geral sobre o direito fundamental à liberdade e a racionalidade por trás das regras de ônus da prova, destacando a lógica do artigo 373 do Código de Processo Civil (CPC). A análise demonstra que, em situações de incerteza probatória, a responsabilidade processual recai sobre a parte associada ao interesse correspondente. A conclusão reforça a necessidade de uma leitura sistêmica das regras de ônus da prova, conciliando os direitos fundamentais à liberdade e à proteção dos titulares de dados, propondo um modelo que equilibre adequadamente esses direitos. A metodologia utilizada é dedutiva, com revisão bibliográfica especializada.

**Palavras-chave:** Direitos fundamentais. Processo Civil. Prova. Ônus da prova. Lei Geral de Proteção de Dados.

## ABSTRACT

This article aims to analyze, from the perspective of the hermeneutics of the system of procedural fundamental rights, the legal regime applicable to the burden of proof, particularly focusing on the inversion of the burden of proof as provided in Article 42, § 2º of Law No. 13.709/2018. This inversion seeks to mitigate the difficulties faced by data subjects due to informational asymmetry and restrictions on the production of evidence. The distribution of the burden of proof in Brazilian Civil Procedural Law will be addressed, considering the importance of procedural fundamental rights and their influence on the structure of the legal system. The central premise is that protective norms and the prohibition of social regression guide the distribution of the burden of proof, aiming for qualified jurisdictional protection. Initially, an overview of the fundamental right to freedom and the rationale behind the rules on the burden of proof is presented, highlighting the logic of Article 373 of the Brazilian Code of Civil Procedure (CPC). The analysis demonstrates that, in situations of probative uncertainty, procedural responsibility falls on the party associated with the corresponding interest. The conclusion emphasizes the need for a systemic interpretation of the rules on the burden of proof, reconciling the fundamental rights to freedom and the protection of data subjects, proposing a model that adequately balances these rights. The methodology used is deductive, with a specialized bibliographic review.

**Keywords:** Fundamental rights. Civil Procedure. Evidence. Burden of proof. Data Protection General Statute.

## INTRODUÇÃO

O respeito a parâmetros estabelecidos pelo conjunto de direitos fundamentais processuais que norteiam o ordenamento jurídico pátrio é um imperativo sistemático, o qual se projeta também sobre a repartição do ônus da prova entre as partes no Direito Processual Civil brasileiro. O respeito a direitos fundamentais faz com que a ordenação do sistema jurídico acabe por ser guiada em função de critérios que levam à abertura do conjunto de normas jurídicas com vistas à oferta de proteção jurisdicional cada vez mais qualificada em favor do jurisdicionado. Sob o signo de tais comandos, tem-se que a prevalência de normas mais protetivas, aliada às proibições de retrocesso social e de restrição injustificada a direitos fundamentais, forma uma teia capaz de ofertar o resultado ótimo a ser alcançado pelo intérprete ao se debruçar com o texto legal no ponto em que dispõe sobre o estabelecimento de regras a respeito do ônus da prova.

Partindo dessa premissa, o presente ensaio propõe-se a, inicialmente, apresentar um panorama geral no qual vem demonstrado que o direito fundamental à liberdade e a racionalidade subjacente ao funcionamento das regras sobre ônus da prova no Direito Processual Civil. Uma vez cumprida tal premissa, passar-se-á ao exame de um caso específico que confirma a observação geral, qual seja o da inversão do ônus da prova conforme o disposto no art. 42, § 2º, da Lei nº 13.709/2018.

### **1 O DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE E A RACIONALIDADE SUBJACENTE AO FUNCIONAMENTO DAS REGRAS SOBRE ÔNUS DA PROVA NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL**

A compreensão do significado e do funcionamento das regras sobre ônus da prova reclama atenção para a estrutura lógica específica que lhes é subjacente. A fim de que se possa entender o quanto é dito, propõe-se uma leitura crítica do quanto constante do art. 373 do Código de Processo Civil brasileiro, segundo o qual o ônus da prova incumbe ao autor quanto aos fatos constitutivos do seu direito, e que o ônus da prova incumbe ao réu quanto aos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor.

Ao lançar mão de tal fórmula, o que o legislador faz, em verdade, é empregar uma fórmula elíptica. Tem-se, a rigor, que nos casos em que houver dúvida quanto ao atendimento a um determinado standard de prova, deverá o magistrado concluir, ao proferir decisão, no sentido de que não devem ser considerados provadas as alegações sobre fatos feitos nos autos, e, portanto, não pode o juiz, ao proferir decisão, dar aplicabilidade a normas jurídicas

que tenham como pressuposto a existência de prova a respeito de tais alegações (REICHEL, 2009, p. 106).

As regras sobre ônus da prova, sob essa ótica, são regras que acabam impor a responsabilidade processual de uma das partes como consequência decorrente do estado de incerteza do julgador. Essas regras são aplicáveis nos casos em que, ao final do debate processual, o julgador não se vê capaz de afirmar estar ou não diante do atendimento do *standard* de prova que deveria ser observado para que uma alegação sobre fato pudesse ser considerada provada.

Uma ulterior reflexão que deve ser feita com vistas à compreensão do significado das regras sobre ônus da prova diz respeito ao papel por elas exercido em perspectiva sistemática. As regras sobre ônus da prova são regras de aplicação subsidiária, contrapondo-se àquela outra de aplicação prioritária constante do art. 371 do Código de Processo Civil, segundo o qual o juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento. Da mesma forma, a aplicação das regras sobre ônus de prova é subsidiária, ainda, em se considerando o caráter prioritário do esforço a ser empreendido pelo próprio julgador com vistas à investigação da realidade processual, na forma do art. 370 do Código de Processo Civil.

A atribuição de responsabilidade processual à parte pela dúvida do julgador, por sua vez, pressupõe sejam considerados três fatores. Nesse sentido, cumpre listar, em primeiro lugar, que é a circunstância de uma alegação sobre fato ser associada ao interesse de uma das partes que permite que lhe seja imputada a condição de responsável pela dúvida do julgador quanto à existência de prova suficiente a seu respeito. Não por acaso a responsabilidade em sede de ônus da prova recai sobre o autor em relação a fatos que se colocam sob as bases do seu direito, ao passo que a dúvida do julgador quanto à prova em relação às alegações sobre fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor milita em desfavor do réu. Há um vínculo de razoabilidade (ÁVILA, 2005, p. 106) a entrelaçar a responsabilidade processual de uma das partes como consequência decorrente do estado de incerteza do julgador em relação à prova de uma determinada alegação sobre fato e o interesse ao qual vem associada a referida alegação sobre fato.

Um segundo fator a ser tomado em conta com vistas à responsabilização da parte em tais termos é a circunstância de a parte dispor de efetiva liberdade para praticar atos processuais com vistas à produção da prova. A existência de liberdade assim qualificada, de um lado, só se dá na medida em que a parte dispuser de efetivo acesso à informação a ser aportada aos autos (o que é crucial, de maneira especial, em se tratando de produção da prova documental).

Também é pressuposto para que se possa falar em efetiva liberdade necessária à prática de atos processuais que inexistent decisões judiciais a indevidamente obstaculizar os requerimentos de produção de provas formulados pelas partes.

Um ulterior fator a ser tomado em conta na equação que justifica a responsabilidade processual da parte pela dúvida do julgador no contexto das regras sobre ônus da prova é a necessidade de identificação de um *standard* de prova a ser atendido quando da produção de provas no debate processual. Quanto menor for a exigência que se imponha ao julgador com vistas à formação do seu convencimento a respeito da prova quanto à alegação feita em relação a um determinado fato, mais provável é a aplicação do constante do art. 371 do Código de Processo Civil e, por consequência, menor é a chance de aplicação do previsto no art. 373 do mesmo diploma processual como critério de julgamento em um determinado caso concreto. Da mesma forma, quanto mais rigorosa for a exigência que o julgador deva observar com vistas à formação do seu convencimento a respeito da prova quanto à alegação feita em relação a um determinado fato, maior será a dificuldade na aplicação do constante do art. 371 do Código de Processo Civil, o que traz, por consequência, o incremento das chances de aplicação do previsto no art. 373 do mesmo diploma processual como forma de solução do impasse judicial.

O pano de fundo que dá contexto e significado a toda essa sistemática, por sua vez, é o efetivo respeito do direito fundamental à liberdade, que atua como vetor a orientar o agir das partes nas suas escolhas ao longo do debate processual. É justamente em função da real possibilidade de um livre agir da parte que se mostra pertinente a sua responsabilização pelo desfecho desfavorável ao seu interesse nos casos em que o juiz se veja diante de dúvida quanto à presença da prova associada à defesa desse mesmo interesse. A existência de restrições ao direito fundamental à liberdade que importem em limitações ao agir da parte, impedindo-a de efetuar escolhas no que se refere à prática de atos processuais com vistas à produção de provas, traz consigo a inviabilidade da construção de uma regra sobre ônus da prova como a acima indicada.

## **2 REFLEXÕES SOBRE UM CASO DE INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA: A REGRA CONSTANTE DO ART. 42, § 2º, DA LEI Nº 13.709/2018**

O acerto da construção acima retratada pode ser visto, outrossim, mediante a realização de um teste com vistas à compreensão da regra legal sobre ônus da prova inscrita no art. 42, § 2º da Lei nº 13.709/2018.

A compreensão da regra em questão pressupõe, inicialmente, a determinação do contexto no qual a mesma é inserida. Primeiramente, cumpre registrar que o comando legal referido é uma peça dentro de uma engrenagem maior, qual seja uma lei que se anuncia, logo no seu art. 1º, como dispendo sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural. Isso faz com que o significado do texto legal deva tomar em conta toda a carga teleológica acima anotada.

Avançando em direção a uma maior aproximação, observa-se que, nos termos do caput do citado 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. É sob a sombra desse dispositivo que o parágrafo segundo do mencionado comando legal dispõe sobre a sistemática a ser observada em matéria probatória nos casos em que o titular dos dados vier a juízo com vistas a buscar a reparação ou ressarcimento em questão.

De acordo com o art. 42, § 2º da Lei nº 13.709/2018, o juiz, no processo civil, poderá inverter o ônus da prova a favor do titular dos dados quando, a seu juízo, for verossímil alegação, houver hipossuficiência para fins de produção de prova ou quando a produção de prova pelo titular resultar-lhe excessivamente onerosa. A referida inversão do ônus da prova é uma forma elíptica para fazer menção à ideia de que nos casos em que houver dúvida quanto ao atendimento a um determinado standard de prova, não poderá o magistrado concluir, ao proferir decisão, no sentido de que não devem ser considerados provadas as alegações sobre fatos feitas nos autos. Como consequência disso, tem-se que o não atendimento do standard de prova não impedirá o juiz de, ao proferir decisão, dar aplicabilidade a normas jurídicas que tenham como pressuposto a existência de prova a respeito das correspondentes alegações. Estar-se-á, aqui, por certo, diante de uma regra de caráter excepcional na comparação com aquela constante do art. 373, I do Código de Processo Civil, que deixa de ser aplicável como critério de julgamento em desfavor do titular de dados no específico contexto das demandas acima referidas.

A impossibilidade de responsabilização do titular de dados por força do não atendimento decorre da convergência de uma série de fatores que, em suma, acabam por justificar a construção de uma regra excepcional. Reconhece o legislador, acertadamente, que o titular de dados, ao propor a ação indenizatória ou ressarcitória, acaba por se deparar diante de obstáculos consideráveis, os quais limitam o seu agir no que se refere à produção de provas.

Um primeiro obstáculo a ser considerado é a hipossuficiência técnica do titular dos dados, presente em um quadro de assimetria informacional no qual documentos ou outros elementos nos quais constem informações importantes com vistas à investigação da realidade dos autos acabam por se revelar acessíveis ao demandado e, de outro lado, de difícil ou impossível alcance ao demandante. Em um tal cenário, não está o titular de dados diante de um contexto no qual disponha ele da liberdade de escolher produzir ou não provas, mas, antes, o que há é uma restrição substancial à prática de atos processuais em sede de instrução. A responsabilização processual de uma das partes como consequência decorrente do estado de incerteza do julgador em relação à prova de uma determinada alegação sobre fato não pode ser considerada justificada nos casos em que inexistente a liberdade da parte de produzir a prova necessária e suficiente ao atendimento do *standard* de prova em relação às alegações sobre fatos associadas ao interesse por ela sustentado em juízo, sob pena de irrazoabilidade.

Ponto importante a ser sublinhado em relação à leitura crítica acima apresentada reside na circunstância de que a hipossuficiência técnica não pressupõe que se faça juízo de valor sobre o maior poderio econômico, técnico ou jurídico do controlador ou do operador envolvido com o tratamento de dados. Basta, no ponto, o olhar de quem reconhece que o titular de dados não dispõe da necessária liberdade com vistas à produção de provas para que se possa justificar a aplicabilidade do comando legal em questão<sup>2</sup>.

Um segundo obstáculo a ser considerado é a presença de onerosidade excessiva como fator a restringir a liberdade do titular dos dados no que se refere à produção de provas capazes de atender ao *standard* de prova a ser observado com vistas à comprovação das alegações sobre fatos associadas ao interesse defendido em juízo. Reconhece-se que a existência de restrição desproporcional à liberdade da parte de praticar atos em sede de instrução processual também é um problema cuja resposta reclama a atenção para a dimensão dos direitos fundamentais de natureza processual. É o que ocorre, por exemplo, nos casos em que exigido o pagamento de despesas elevadas a serem custeadas com vistas à produção de prova pericial por parte que, mesmo não gozando da gratuidade da justiça, pudesse ter sua realidade financeira substancialmente afetada como decorrência da imposição de tais encargos. Verificada a desproporcionalidade na decisão judicial que condicionar a produção da prova das alegações feitas pelo titular dos dados quanto a fatos que fundamentam o seu direito ao pagamento de despesas que correspondam a um valor que não possa ser suportado pela parte, tem-se que uma

---

<sup>2</sup> Em sentido contrário, ver DIVINO, Sthéfano e LIMA, Taisa. Responsabilidade civil na lei geral de proteção de dados brasileira. **Argumenta Journal Law**, vol. 34 (2021): 201-226, especialmente p. 216.

alternativa aberta pelo legislador é a da dispensa de produção de tal prova sem que isso importe em produção de juízo em desfavor do titular de dados (SCHREIBER, 2021, p. 344).

Caminha nessa mesma trilha a terceira hipótese na qual se permite a inversão do ônus da prova em favor do titular de dados em ações nas quais se busque reparação ou ressarcimento, qual seja a de existência de verossimilhança a pautar as alegações feitas pelo titular de dados. A leitura crítica da narrativa feita pela parte quanto aos elementos que devam ser apurados com vistas à responsabilização em questão, considerada à luz do disposto em regras de experiência baseadas no senso comum ou no pensamento científico, faz com que o titular dos dados seja dispensado da produção da prova em relação aos elementos que compõem essa narrativa. Nesse cenário podem ser inseridos, dentre outros, alegações sobre fatos relativas à definição da condição de titularidade em relação a determinados dados, bem como da condição de agente de tratamento de dados. Assim também ocorre no que se refere às condutas do agente de tratamento de dados pessoais, do titular dos dados ou de terceiros que possam ser vistas como fatos geradores do dever de indenizar ou de ressarcir, bem como o nexo de causalidade entre tais condutas e o dano causado ao titular de dados por força da atividade de tratamento (PORTO; SILVA, 2020, p. 2019; MORAES; QUEIROZ, 2019, p. 126 – 130).

Converge nessa mesma direção, ainda, o disposto no art. 43 da Lei nº 13.709/2018 ao consignar regras sobre ônus de prova a respeito de excludentes de responsabilidade em favor dos agentes de tratamento de dados (DIVINO; LIMA, 2021, p. 220 – 221). Segundo tal dispositivo legal, os agentes de tratamento só não serão responsabilizados quando provarem que não realizaram o tratamento de dados pessoais que lhes é atribuído, ou que, embora tenham realizado o tratamento de dados pessoais que lhes é atribuído, não houve violação à legislação de proteção de dados, ou, ainda, que o dano é decorrente de culpa exclusiva do titular dos dados ou de terceiro. A esse respeito, aponte-se, de maneira específica, apoiado na melhor doutrina, que “a regra trazida na LGPD continua sendo a exigência da prova do descumprimento por parte do tratador dos dados e a exceção, mediante decisão fundamentada e após a instauração judicial da demanda, é apenas a sua inversão” (MORAES; QUEIROZ, 2019, p. 127). O que o art. 42, § 2º da Lei nº 13.709/2018 traz é uma regra a ser aplicada nos casos em que o julgador se depare com a dúvida sobre a existência ou não dessa prova. A existência de normas dispendo sobre a exigência de prova quanto às excludentes de responsabilidade reforça, inclusive, o quanto aqui dito (CARDOSO, 2022, p. 109 - 123).



## CONCLUSÃO

De tudo o quanto acima dito, conclui-se que a compreensão do modelo geral vigente no Direito Processual Civil brasileiro em matéria de ônus de prova é calcado na exigência de respeito ao direito fundamental à liberdade, manifesto sob a forma de liberdade da parte em relação à prática de atos processuais no contexto da atividade de instrução.

Da mesma forma, observou-se que o microssistema projetado em sede de responsabilidade civil no contexto da Lei nº 13.709/2018 é orientado em função de um outro vetor específico, qual seja o da proteção do titular de dados, e que isso importa em substancial mudança na formatação da regra sobre ônus da prova aplicável em tal contexto.

Uma ulterior reflexão a ser anotada diz respeito à necessidade de leitura sistêmica das regras sobre ônus da prova, identificando-se a regra geral constante do art. 373 do Código de Processo Civil no contraponto com outras normas consideradas de aplicabilidade excepcional. A construção de um sistema capaz de conjugar adequadamente os direitos fundamentais que se colocam como pilares de cada um dos conjuntos normativos cotejados reclama atenção para essa dimensão sistemática no trato das normas jurídicas, e permite que se vislumbre de maneira nítida a existência de que justificam a necessidade de afastamento do direito fundamental à liberdade em função da urgência na proteção de personagens como o consumidor e o titular de dados pessoais. A esse respeito, vale lembrar, uma vez mais, da analogia feita pela doutrina entre a regra do art. 42, § 2º da Lei nº 13.709/2018 e o art. 6º, VIII da Lei nº 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor), inclusive no que se refere à aplicação *ope iudicis* da regra excepcional ora examinada (MARTINS, LONGHI, 2022, p. 139).

## REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4ª edição. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2015.

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2018.

CARDOSO, Oscar Valente. **Responsabilidade Civil na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais**. *Revista de Direito Privado*, vol. 111 (2022): 109-123

DIVINO, Sthéfano; LIMA, Taisa. Responsabilidade civil na lei geral de proteção de dados brasileira. **Argumenta Journal Law**, vol. 34 (2021): 201-226.

MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti. **Responsabilidade civil na Lei Geral de Proteção de Dados, consumo e a intensificação da proteção da pessoa humana na internet**. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 139 (2022): 101-124.

MORAES, Maria Celina Bodin de; QUEIROZ, João Quinelato de. **Autodeterminação informativa e responsabilização proativa: novos instrumentos de tutela da pessoa humana na LGDP**. *Cadernos Adenauer* xx (2019), nº3 Proteção de dados pessoais: privacidade versus avanço tecnológico Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, outubro 2019. p. 113-136.

PORTO, Antônio José Maristrello; SILVA, Maia Eduarda Vianna e. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais: uma análise econômica sobre o seu regime de responsabilidade**. *Economic Analysis of Law Review*, vol. 12, n. 3 (setembro-dezembro 2020): 283-300.

REICHELDT, Luis Alberto. **A Prova no Direito Processual Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SCHREIBER, Anderson. **Responsabilidade Civil na Lei Geral de Proteção de Dados**. In: MENDES, Laura Schertel, DONEDA, Danilo, SARLET, Ingo Wolfgang e RODRIGUES JR., Otavio Luiz (org.) **Tratado de Proteção de Dados Pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 330-349.

Recebido: 12.03.2024  
Aprovado: 20.05.2024