Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Leticia Lobato Anicet Lisboa

Proteção de dados na sociedade da informação e aplicação aos contratos empresariais (*business to business*) no Brasil

Rio de Janeiro

2019

Leticia Lobato Anicet Lisboa

Proteção de dados na sociedade da informação e aplicação aos contratos empresariais (*business to business*) no Brasil

Tese apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Doutor ao Programa de Pós-graduação em Direito *Stricto Sensu*, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Pensamento Jurídico e Relações Sociais.

Orientador: Prof. Dr. Alexandre Ferreira de Assumpção Alves

Coorientadora: Profa. Dra. Márcia Carla Pereira Ribeiro

Rio de Janeiro

2019

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

L769 Lisboa, Letícia Lobato Anicet.

Proteção de dados na sociedade da informação e aplicação aos contratos empresariais (business to businees) no Brasil / Letícia Lobato Anicet Lisboa. – 2019.
303 f.
Orientador: Prof. Dr. Alexandre Ferreira de Assumpção Alves.
Coorientador: Profª. Dra. Márcia Carla Pereira Ribeiro.
Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Proteção de dados - Teses. 2.Privacidade –Teses. 3.Contratos empresariais – Teses. I.Alves, Alexandre Ferreira de Assumpção. II. Ribeiro, Márcia Carla Pereira. III. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. IV. Título.

CDU 343.45(81)

Bibliotecária: Marcela Rodrigues de Souza CRB7/5906

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

_____ _____

Assinatura Data

Leticia Lobato Anicet Lisboa

Proteção de dados na sociedade da informação e aplicação aos contratos empresariais (*business to business*) no Brasil

Tese apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Doutor ao Programa de Pós-graduação em Direito *Stricto Sensu*, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Pensamento Jurídico e Relações Sociais.

Data de aprovação: 13 de junho de 2019.

Banca Examinadora:

_____

Prof. Dr. Alexandre Ferreira de Assumpção Alves (Orientador)
Faculdade de Direito – UERJ

_____

Profa. Dra. Márcia Carla Pereira Ribeiro (Coorientadora)
Universidade Federal do Paraná

_____

Profa. Dra. Maria Eugênia Reis Finkelstein
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

_____

Prof. Dr. Leonardo Netto Parentoni
Universidade Federal de Minas Gerais

_____

Prof. Dr. Carlos Nelson de Paula Konder
Faculdade de Direito – UERJ

_____

Prof. Dr. José Gabriel Lopes Pires Assis de Almeida
Faculdade de Direito – UERJ

Rio de Janeiro

2019

AGRADECIMENTOS

É com grande alegria que este projeto foi concretizado, após três anos intensos de muito estudo e trabalho. Não seria possível concluí-lo sem a colaboração de diversas pessoas, que me ajudaram nesta trajetória. Deste modo, o objetivo deste texto é, em poucas linhas, agradecer a todos que contribuíram para este momento.

Inicialmente, agradeço a Deus, meu pai celestial, que me deu força e inspiração para a realização das mais árduas tarefas. A Ele recorri nos momentos de receio, e me foi concedida paz e sabedoria para elaboração deste estudo.

Agradeço também a meu pai, Alvaro Anicet Lisboa. Embora, não mais exista neste plano material, meus estudos e paixão pelo Direito, sem dúvidas, são um reflexo dos seus sentimentos pela ciência jurídica. Ato contínuo, à minha família, especialmente minha mãe, Marcia Lobato Anicet Lisboa, e meus irmãos, Breno Lobato Anicet Lisboa e Erico Fagundes Anicet Lisboa: deixo meu agradecimento pela dedicação e apoio a cada atribulação, como também nas comemorações pelas conquistas.

Ao Guilherme Belloni, pelo amor, carinho e incentivo em toda a jornada, desde a minha graduação até a conclusão desta tese. Agradeço pelas observações, revisões, companhia nos solitários momentos da pesquisa, compartilhamento de opiniões e cobrança dos prazos do cronograma – enfim, tantos atos que me motivam e encorajam.

Agradeço ao meu professor orientador, Alexandre Ferreira de Assumpção Alves, a quem eu imensamente admiro como profissional e pessoa. Esta obra não teria se concretizado sem suas ponderações e ensinamentos. Sem dúvidas, durante o período do doutoramento, tive a honra de ser sua orientanda, pude me desenvolver com suas lições e aprender com suas experiências e amor pelo Direito Empresarial. Igualmente, agradeço à minha coorientadora, Profa. Dra. Márcia Carla Pereira Ribeiro, por seus apontamentos e dedicação, imprescindíveis à consecução desta tese. Por conseguinte, ao Profs. Drs. Maria Eugênia Reis Finkelstein, Leonardo Netto Parentoni, Carlos Nelson de Paula Konder e José Gabriel Lopes Pires Assis de Almeida, agradeço pelo interesse e sugestões no sentido de consubstanciar esta tese. É uma honra tê-los na banca de avaliação.

Também deixo meu agradecimento a todos os professores e serventuários do Programa de Pós-Graduação em Direito da UERJ, bem como da graduação da Universidade Federal do Rio de Janeiro, que contribuíram para minha formação acadêmica e profissional.

Por fim, sou grata aos amigos Rodrigo Lychowski, Beatriz Lagnier, Daniel Bicho, Raissa Cysne, Alexandre Brandão, Rafael Cupello Joana Perez, Paula Sokolnik e Juliana Schmidt, pessoas especiais e meus irmãos de coração, que me incentivaram e colaboraram para a materialização deste sonho.

Muito obrigada!

Letícia Lobato Anicet Lisboa

RESUMO

LISBOA, Leticia Lobato Anicet. **Proteção de dados na sociedade da informação e aplicação aos contratos empresariais (*business to business)* no Brasil.** 2019. 303 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019.

O objetivo da presente tese é a análise da proteção de dados na sociedade da informação e sua aplicação aos contratos empresariais *(business to business)* no Brasil, com enfoque econômico. O método utilizado para o trabalho foi dedutivo e a pesquisa realizada é de caráter bibliográfico-documental. Esse objetivo foi alcançado em quatro capítulos, nos quais foi apresentada a evolução do conceito de privacidade e proteção de dados, a partir do exame da legislação internacional e brasileira que as regulamentam. Além disso, traçou-se um panorama legislativo e jurisprudencial até a edição da Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, e a possibilidade de sua aplicação aos agentes econômicos. Foram analisados os contratos empresariais, de acordo com a doutrina e jurisprudência, e apreciada sua importância econômica, para ao final conceituar algumas espécies, à luz da proteção de dados. Verificou-se que a Lei Geral de Proteção de Dados brasileira (LGPD) é omissa e insuficiente, especialmente no que tange à proteção de dados das sociedades empresárias, uma vez que apenas contempla a proteção de dados das pessoas naturais. Examinou-se a sociedade da informação e as novas modalidades de contratação empresarial, que importam em novas políticas de proteção de dados. O conceito de *Big Data* foi evidenciado, com base na doutrina nacional e estrangeira. Também se vislumbrou as consequências desse fenômeno, inclusive com o estudo do paradoxo acerca da monetização da análise de dados e a necessidade de sua proteção. Ao final, conclui-se que é necessária a implementação de novas medidas de governança sistêmica e contratual para a compatibilização dos contratos empresariais e estruturas organizacionais, sobretudo a reformulação das cláusulas contratuais e criação de normas corporativas, para os fins de compatibilização dos agentes econômicos à nova disciplina de proteção de dados e maiores ganhos de eficiência na era informacional.

Palavras-chave: Proteção de dados. Privacidade. Contratos empresariais. Empresários.

ABSTRACT

LISBOA, Leticia Lobato Anicet. **Data protection in the information society and application to business- to- business agreements in Brazil**. 2019. 303 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019.

The objective of this thesis is the analysis of data protection in the information society and its application into *business to business* agreements in Brazil, with an economic focus. The method used for the work was deductive, and the research was bibliographic, documentary and involved analysis of interviews with entrepreneur. This objective was reached in four chapters, in which the evolution of the concept of privacy and data protection was presented, based on an examination of the international and Brazilian legislation that regulates them. In addition, a legislative and jurisprudential panorama was drawn up until the enactment of Law 13,709 of August 14, 2018, and the possibility of its application to economic agents was designed. The business agreements were analyzed, according to the doctrine and jurisprudence and appreciated its economic importance, in order to conceptualize some species, under data protection doctrine. It was verified that the Brazilian General Data Protection Law is omissive and insufficient, especially regarding data protection of business companies, since it only contemplates the protection phisical persons´ data. It was examined the information society and the new modalities of business contracting, which point to new informational protection policies. The concept of *Big Data* was evidenced, based on national and foreign doctrine. The consequences of this phenomenon were also glimpsed, including the study of the paradox about monetization of data analysis and the need for its protection. At the end, it is concluded that it is necessary to implement new systemic and contractual governance measures for the compatibility of business agreements and organizational structures, especially the reformulation of contractual clauses and the creation of corporate rules, for the purpose of making economic agents compatible with new discipline of data protection and greater efficiencies in the information age.

Keywords: Data protection. Privacy. Business agreements. Entrepreneur.

RESUMEN

LISBOA, Leticia Lobato Anicet. **Protección de datos en la sociedad de la información y aplicación a los contratos empresariales (business to business) en Brasil.** 2019. 303 f. Tesis (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019.

El objetivo de la presente tesis es el análisis de la protección de datos en la sociedad de la información y su aplicación a los contratos empresariales (business to business) en Brasil, con enfoque económico. El método utilizado para el trabajo fue deductivo y la investigación realizada fue de carácter bibliográfico-documental. Este objetivo fue alcanzado en cuatro capítulos, en los cuales, se presentó la evolución del concepto de privacidad y protección de datos, a partir del examen de la legislación internacional y brasileña que los regulan. Además, se trazó un panorama lesgislativo y jurisprudencial hasta la edición de la Ley nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, y la posibilidad de su aplicación a los agentes económicos. Se analizaron los contratos empresariales, de acuerdo con La doctrina y jurisprudencia y fue apreciada su importancia económica, para al final conceptuar algunas especies, a la luz de la protección de datos. Se verificó que la Ley General de Protección de Datos brasileña es omisa e insuficiente, especialmente en lo que se refiere a la protección de datos de las sociedades empresarias, ya que sólo contempla la protección de datos de las personas naturales. Se examinó la sociedad de la información y las nuevas modalidades de contratación empresarial, que importan en nuevas políticas de protección de datos. El concepto de Big Data fue evidenciado, con base en la doctrina nacional y extranjera. También se vislumbran las consecuencias de ese fenómeno, incluso con el estudio de la paradoja acerca de la monetización del análisis de datos y la necesidad de su protección. Al final, se concluye que es necesaria la implementación de nuevas medidas de gobernanza sistémica y contractual para la compatibilización de los contratos empresariales y estructuras organizativas, sobre todo la reformulación de las cláusulas contractuales y la creación de normas corporativas, para los fines de compatibilización de los agentes económicos a la nueva disciplina de protección de datos y mayores ganancias de eficiencia en la era informacional.

Palabras clave: Protección de datos. Privacidad. Contratos empresariales. Empresarios.

LISTA DE ANEXOS

Anexo A - Questionário elaborado pela autora para investigação das hipóteses formuladas 295

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Figura 1 – Resultado de pesquisa sobre utilização de *Big Data*..... 220

Figura 2 – Monetização de *Big Data* para os agentes econômicos..... 222

Figura 3 – Iniciativas realizadas com *Big Data* e atingimento dos objetivos..... 223

Figura 4 – Sociedades que realizam tratamento de dados de empresários individuais 239

Figura 5 – Sociedades que tratam dados de sócios das pessoas jurídicas..... 239

Figura 6 – Medidas que serão implementadas pelos empresários..... 242

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 –	Utilização da *internet* banda larga de 2005 a 2010 na União Europeia..	173
Tabela 2 –	Empresários no Brasil que usaram *internet* em 2010.....	174
Tabela 3 –	Empresários no Brasil que realizaram vendas pela *internet* em 2010.....	175
Tabela 4 –	Empresários no Brasil que realizaram compras pela *internet* em 2010..	176
Tabela 5 –	Empresários com sítio próprio ou portal de serviços on-line.....	190
Tabela 6 –	Empresários com política de segurança em TIC formalmente definida.	193
Tabela 7 –	Empresários que utilizaram alguma medida de segurança da informação.....	194
Tabela 8 –	Incidentes em segurança informacional relatados pelos empresários.....	196

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AED	Análise Econômica do Direito
ANATEL	Agência Nacional de Telecomunicações
ANPD	Agência Nacional de Proteção de Dados
Art.	Artigo
Arts.	Artigos
b2b	"*Business to business"* ou negócios interempresariais
b2c	"*Business to consumer*" ou negócios entre consumidores e empresários
BACEN	Banco Central do Brasil
BNDES	Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social
Cf.	Confira
CC	Código Civil
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CDL	Clube de Diretores Lojistas
COF	Circular de Oferta de Franquia
CMN	Conselho Monetário Nacional
CNPDPP	Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e Privacidade
CNPJ	Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica
COAF	Conselho de Controle de Atividades Financeiras
CPC	Código de Processo Civil
CVM	Comissão de Valores Mobiliários
EDI	Intercâmbio eletrônico de dados (*Eletronic Data Interchange)*
EUA	Estados Unidos da América
et al.	*et alii.*
FCRA	*Fair Credit Reporting Act*
ICP-Brasil	Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira

IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
LGPD	Lei Geral de Proteção de Dados
n.	Número
MIT	*Massachussets Institute of Technology*
NEI	Nova Economia Institucional
p.	Página
pp.	Páginas
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
ONU	Organização das Nações Unidas
SPC	Serviço de Proteção ao Crédito
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
RGPD	Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia
TIC	Tecnologias de Informação e Comunicação
TJSP	Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
TJDF	Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios
UERJ	Universidade do Estado do Rio de Janeiro
UE	União Europeia
v.	Volume

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO.....	15
1	**FUNDAMENTOS DA PROTEÇÃO DE DADOS NO BRASIL**.....	21
1.1	**Proteção de dados e privacidade**.....	23
1.1.1	As influências estrangeiras na disciplina da proteção de dados no Brasil.....	28
1.1.1.1	As diretrizes da OCDE.....	29
1.1.1.2	Estados Unidos da América (EUA).....	33
1.1.1.3	União Europeia (UE).....	41
1.1.2	Privacidade e proteção de dados pessoais na legislação brasileira.....	52
1.1.2.1	Constituição Federal e Código Civil de 2002.....	53
1.1.2.2	Lei de propriedade industrial.....	69
1.1.2.3	Sigilo das operações financeiras.....	73
1.1.2.4	Cadastros negativo e positivo de dados das pessoas naturais e jurídicas.....	76
1.1.2.5	O instituto do *habeas data* e Lei de Acesso à Informação.....	84
1.1.2.6	Lei do Marco Civil da Internet.....	88
1.2	**Exame da jurisprudência no Brasil**.....	96
1.3	**A Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 (LGPD)**.....	103
2	**OS CONTRATOS EMPRESARIAIS E A PROTEÇÃO DE DADOS**..	116
2.1	**Os contratos sob o método da Análise Econômica do Direito (AED)**.....	116
2.1.1	Síntese histórica da Análise Econômica do Direito.....	118
2.1.2	A relevância do contrato sob a ótica econômica e empresarial.....	125
2.2	**Os contratos empresariais no Brasil**.....	131
2.2.1	Princípios aplicáveis aos contratos empresariais.....	140
2.2.2	Hermenêutica dos contratos empresariais.....	147
2.3	**A proteção de dados nos contratos empresariais**.....	154
2.3.1	Compra e venda.....	157
2.3.2	Contratos de agência e de representação comercial.....	159
2.3.3	Franquia.....	165
3	**OS CONTRATOS EMPRESARIAIS DIANTE DAS NOVAS TECNOLOGIAS E PROTEÇÃO DE DADOS**.....	171
3.1	**Redes de compartilhamento, internet e comércio eletrônico**	

	interempresarial.....	171
3.1.1	Comércio eletrônico interempresarial (b2b) e tratamento de dados.....	177
3.1.2	Contratos eletrônicos empresariais.....	182
3.1.3	Blockchain e Smart Contracts.....	185
3.2	**A insegurança informacional das contratações empresariais eletrônicas**.....	189
3.2.1	Meios de segurança digital para proteção de dados.....	197
3.2.1.1	Criptografia.....	201
3.2.1.2	Assinatura eletrônica e assinatura digital.....	206
3.2.1.3	Autenticação e certificação digital.....	211
3.3	**O sistema *Big Data* e sua utilização pelos agentes econômicos**.....	214
3.4	**Um paradoxo: proteção de dados e monetização do *Big Data***.....	226
3.4.1	O papel da Agência Nacional de Proteção de Dados (ANPD).....	229
4	**A PROTEÇÃO DE DADOS NAS SOCIEDADES EMPRESÁRIAS E ESTRUTURAS DE GOVERNANÇA**.....	236
4.1	**Anamnese normativa dos contratos empresariais diante da Lei nº 13.709/2019**.....	244
4.1.1	Ações para proteção de dados nos negócios jurídicos.....	246
4.1.2	Contratos, estruturas de governança e a visão da NEI.....	253
4.1.3	Os programas de governança e medidas de controle para promoção da disciplina de proteção de dados.....	258
4.2	**Perspectivas para os contratos sob a visão da NEI**.....	265
	CONCLUSÃO......	270
	REFERÊNCIAS.....	275
	ANEXO A- Questionário elaborado pela autora para investigação das hipóteses formuladas.....	295

INTRODUÇÃO

Nos últimos anos verificou-se uma verdadeira expansão do modelo de contratação em ambientes virtuais, não apenas para o comércio de produtos e serviços no mercado direcionado aos consumidores (*b2c*) como também aos empresários (*b2b*), de modo que os agentes econômicos buscam clientes, fornecedores e demais agentes para desenvolvimento da sua atividade.

Os contratos empresariais são inerentes à própria manutenção da empresa, que pode ser analisada do ponto de vista da Análise Econômica do Direito (AED) como um nexo ou feixe de negócios jurídicos que a refletem. Os contratos empresariais são classificados em uma categoria autônoma ligada ao direito empresarial e conceituados no presente estudo, como aqueles celebrados entre agentes econômicos em sentido amplo, isto é, contratos que tenham finalidade econômica e cujas partes têm objeto empresarial.

Essa categoria contratual concretiza e possibilita a atuação das sociedades no mercado, tendo sido especialmente afetada pelas novas tecnologias do mundo contemporâneo, uma vez que a interlocução de empresários ou sociedades empresárias através dos contratos é realizada de uma forma progressista, com a utilização dos meios modernos de comunicação e dispositivos cibernéticos. Atualmente, toda a cadeia do contrato empresarial pode ser realizada por meios tecnológicos, a iniciar pela busca global de parceiros comerciais por meio das redes de compartilhamento e da *internet*. Igualmente, os instrumentos contratuais podem ser celebrados eletronicamente, isto é, criados por caracteres de computador, sem a presença física dos interlocutores e assinados da mesma forma.

Desse modo, o desenvolvimento das atividades econômicas, atualmente depende dos meios tecnológicos e das redes virtuais de compartilhamento, considerando que grande parte da sociedade civil está globalmente interligada no ambiente virtual. O ingresso do empresário à *internet e* demais redes importa otimização de seus processos e expansão dos mercados, para que ele se torne competitivo através de melhor atendimento às demandas, operações mais rápidas e menos onerosas.

Sucede que a globalização e expansão dos mercados, além da rápida evolução das tecnologias, requerem em maior coleta, armazenamento e utilização dos dados pessoais pelos agentes econômicos. O tratamento de dados das pessoas é uma necessidade mundial para a ampliação das atividades econômicas, pois as análises decorrentes irão consubstanciar as

decisões dos agentes, sendo o papel do poder público editar e executar normas para tutela da privacidade e proteção de dados das pessoas.

Apesar de sua positivação no direito brasileiro, através da Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 (LGPD), a disciplina da proteção de dados ainda não é praticada amplamente na cadeia empresarial, e, especialmente, em relação aos contratos empresariais. A referida lei apenas vigorará a partir de agosto de 2020 no ordenamento jurídico brasileiro para fins de cumprimento pelos agentes econômicos, com exceção ao art. 65, I, bem como, existem diversas omissões que apenas poderão ser sanadas pela Agência Nacional de Proteção de Dados (ANPD), em futura regulamentação.

Diante do exposto, o objetivo geral da presente tese é a análise da proteção de dados na sociedade da informação e sua aplicação aos contratos empresariais *(business to business)* no Brasil, com enfoque econômico.

A temática proposta é de extrema relevância, uma vez que a utilização das novas tecnologias nos contratos empresariais e a análise de grandes dados (*Big Data*) proporcionam margens fundamentais em termos de competitividade e otimização de processos, estimulando o progresso econômico. Porém, há a necessidade de compatibilização das transações comerciais em relação à proteção de dados, hodiernamente prevista no ordenamento jurídico brasileiro. Portanto, o tema é inovador e tem cunho multidisciplinar, com referências atuais de doutrina estrangeira, sobretudo de periódicos.

O objetivo geral do estudo está conectado ao escopo da linha de pesquisa de Empresa e Atividades Econômicas, do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), uma vez que a empresa, na qualidade de atividade econômica organizada, se desenvolve com celebração de negócios jurídicos pelos empresários. Esses, por sua vez, sofreram significativas alterações, sobretudo pela utilização das redes cibernéticas e pela própria *internet*, levando-os a adotarem medidas de governança para seu crescimento e também atendimento às normas legais, como a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD).

A delimitação do tema adere-se ao estudo da proteção de dados no ordenamento jurídico brasileiro e suas influências, para se concluir sobre a aplicação da LGPD aos contratos empresariais (*business to business*). Por fim, a pesquisa também versou sobre as tecnologias atualmente executadas nessa categoria, ou que estejam sendo aprimoradas para futura efetivação, e sobre as políticas de segurança informacional para os empresários.

Apesar de a Lei nº 13.709/2018 dispor sobre o tratamento dos dados das pessoas naturais, a presente tese terá um escopo restrito às ações empresariais, sem enfrentar os aspectos ligados aos consumidores, relações empregatícias e contratos cíveis. Essas categorias contratuais serão mencionadas, para fins da própria pesquisa, porém não compõem o objeto da tese.

Todavia, foi necessária a análise de alguns contratos empresariais em espécie, para que se tornasse viável o exame da legislação, regulamentos e princípios aplicáveis para a proteção de dados. Os contratos escolhidos (compra e venda, representação comercial, agência e franquia) foram objeto de questionário realizado com algumas sociedades empresárias, além de que tem aspectos notáveis em proteção de dados, para possível comprovação da aplicabilidade da LGPD.

O método utilizado para o trabalho foi o dedutivo, que se efetiva pelo desenvolvimento de um raciocínio lógico, o qual tem por ponto de partida uma ideia geral, uma verdade preestabelecida, da qual decorrerão proposições particulares. O raciocínio, nesse caso, tem início em uma ideia geral para conclusões particulares. Esta, da qual parte a pesquisa realizada, é de que o arcabouço normativo hodierno da proteção de dados no Brasil gera impactos nas relações interempresariais. Por outro lado, a primeira hipótese formulada para a tese é que os contratos empresariais na sociedade da informação sofreram mudanças com a efetivação das novas tecnologias, gerando insegurança jurídica em relação à proteção de dados. Do mesmo modo, outra hipótese formulada é a de que os empresários deverão executar novas medidas de governança, para as contratações *business to business*, havendo um benefício para estes ou se, na verdade, o que se observa é um retrocesso a partir do advento da LGPD e que o modelo de contratação gerará insegurança jurídica e custos excessivos.

A pesquisa foi de caráter documental e envolveu a análise de legislação pátria e estrangeira, estudos doutrinários, jurisprudenciais e exame de artigos em periódicos. Não obstante, foi elaborado um questionário que consta como anexo, respondido por 27 (vinte e sete) sociedades empresárias por meio de seus advogados, gerentes ou diretores de departamento jurídico[1], para entendimento sobre a sua percepção prática sobre a proteção de dados.

[1] Cf. Autor, 2019.

Outrossim, a análise dos contratos empresariais sob a ótica da proteção de dados é um tema pouco tratado pela doutrina juridica pátria, razão pela qual se tornou de fundamental importância a análise de doutrina estrangeira. Destarte, o estudo também se fundamentou nas premissas obtidas por meio de pesquisa doutrinária, com supedâneo na legislação pátria que regula a privacidade e a proteção de dados, e em relatórios publicados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), sobre a utilização da *internet* por empresários, para se chegar à conclusão final sobre a aplicação das normas aos contratos *b2b* e quais seriam as ações em matéria de segurança informacional de maior impacto para os agentes econômicos.

Como já informado, o objetivo geral desta tese é análise da proteção de dados no cenário da sociedade da informação e seus efeitos para os contratos empresariais. Os objetivos específicos do trabalho consistem em: (i) investigar os fundamentos da proteção de dados no Brasil; (ii) analisar os contratos empresariais e a possível aplicação da disciplina de proteção de dados; (iii) relacionar as novas tecnologias com a contratação empresarial; e (iv) verificar a implementação de medidas pelos empresários, nos contratos *b2b* e nas estruturas de governança, em razão da positivação da proteção de dados. O trabalho está estruturado em quatro capítulos de acordo com breve síntese a seguir.

O primeiro capítulo tem por finalidade o estudo da proteção de dados, das normas que a regulam no direito pátrio e das leis do direito comparado que influenciaram a positivação no Brasil. Esses são os aspectos que fundamentarão a aplicação aos contratos empresariais e medidas de segurança informacional no segundo, terceiro e quarto capítulos.

Consequentemente, esse capítulo esmiuçará a proteção de dados nas experiências estrangeiras, especialmente nos Estados Unidos da América e na União Europeia, tendo em vista que influenciaram a positivação no Brasil. Seguidamente, o estudo se voltará para a investigação da legislação aplicável e da jurisprudência, anteriormente à edição da Lei nº 13.709/2018, considerando os princípios constitucionais e a evolução do direito fundamental à privacidade, à autodeterminação informativa, atualmente no sentido de controle dos dados pelos titulares. Ao final, versará sobre os conceitos e características atuais da proteção dados de acordo com a LGPD, no intuito criar bases propícias para o entendimento sobre tratamento de dados pelos agentes econômicos.

O segundo capítulo tem por objetivo a apresentação dos contratos empresariais sua relevância para a empresa sob a ótica da Análise Econômica do Direito (AED), por meio

de um panorama histórico desse método, e a aplicação da proteção de dados anteriormente examinada.

Sob essa perspectiva, são investigados os contratos empresariais no ordenamento jurídico brasileiro, os princípios constitucionais, leis e regulamentos aplicáveis. Seguidamente, são estudados alguns contratos empresariais em espécie cuja escolha será justificada pela sua identificação por parte dos entrevistados no questionário elaborado e pela sua importância para compreensão da proteção de dados, quais sejam: compra e venda mercantil, agência, representação comercial e franquia. Ao final, verifica-se que foi possível perceber os critérios para que a disciplina da proteção de dados seja aplicável aos negócios jurídicos empresariais.

O terceiro capítulo tem como escopo principal a apresentação das novas tecnologias ligadas aos contratos empresariais sob a luz da proteção de dados. Inicialmente, o capítulo versa sobre a utilização das redes de compartilhamento e da *internet* pelos empresários, como um meio tecnológico que proporciona crescimento da empresa. Assim, o estudo passa à análise e conceituação do comércio eletrônico interempresarial e dos contratos eletrônicos. Também são apresentados os sistemas de *blockchain* e contratos inteligentes (*smart contracts)*, tópicos inerentes ao presente estudo, como novas dinâmicas contratuais do âmbito empresarial.

Isso posto, é efetuada uma investigação com base nas pesquisas do IBGE a respeito da utilização da *internet* pelos agentes econômicos, com o intuito de constatar se estes usam as redes para fins econômicos e se praticam medidas de proteção de dados. Como resultado, demonstra-se uma insegurança do modelo tradicional dos contratos empresariais e de governança dos empresários. Por fim, são elencadas algumas ações que conferem segurança informacional aos contratos e, em certa medida, proteção de dados, como: criptografia, assinatura eletrônica e autenticação.

Diante dessas constatações sobre as novas tecnologias, torna-se necessária a análise sobre o paradoxo entre a utilização dos grandes dados (*Big Data*) como ativos dos agentes econômicos para seu desenvolvimento econômico, e a necessidade de proteção informativa das pesssoas, sendo uma problemática que a LGPD veio solucionar. Contudo, apenas a Agência Nacional de Proteção de Dados, na qualidade de autoridade com poder disciplinar, poderá fiscalizar e exigir cumprimento da referida Lei.

O objetivo específico do quarto e último capítulo é identificar a percepção prática dos empresários sobre a LGPD. À vista disso, são descritos os resultados da pesquisa realizada com algumas sociedades empresárias sobre a experiência dos contratos empresariais e suas ações em relação à segurança informacional com o advento da LGPD. Denotou-se o conceito de governança, essencial para revisão dos modelos de gestão aplicáveis à presente situação, além de algumas medidas em contratos para adequação à Lei nº 13.709/2018.

Por fim, são investigadas as medidas que poderão ser adotadas pelos empresários para governança empresarial e nos negócios jurídicos *b2b*, visando à adoção de providências em matéria de segurança informacional. Ao final, o capítulo trata da análise das perspectivas futuras para a proteção de dados em relação ao contexto empresarial brasileiro, com foco econômico, considerando que os agentes econômicos que atuam no segmento *b2b*, poderão estar sujeitos à nova intervenção estatal da ANPD.

A partir de tais conjecturas, exibidas no decorrer dos capítulos, serão efetivamente evidenciadas as concepções da legislação correlacionadas à proteção de dados no Brasil, assim como as novas características dos contratos empresariais na sociedade da informação, com a utilização de dados para fins econômicos, apresentando possíveis medidas para sua harmonização.

1. FUNDAMENTOS DA PROTEÇÃO DE DADOS NO BRASIL

A sociedade civil foi impactada nos últimos anos pelo rápido desenvolvimento das tecnologias aplicáveis à rotina das pessoas e também aos negócios jurídicos. Os séculos XX e XXI serão reconhecidos como aqueles em que ocorreu um avanço sem precedentes nas comunicações, com a revolução dos programas de computador e a criação de redes compartilhadas na última década[2].

Com a revolução informática, consequência da computação e de sua influência no cotidiano humano, emerge um grande conceito a ser apresentado neste estudo: o da sociedade da informação. Ela se contrapõe à sociedade industrial da era fabril, com foco na tecnologia, no insumo da informação, desenvolvimento humano e conhecimento.

A sociedade da informação, também conhecida como do conhecimento, pressupõe uma visão sistêmica, de cooperação, compartilhamento, na qual o homem tem um papel central no desenvolvimento da humanidade. Nessa ótica, as tecnologias da informação mudaram a forma como os processos, as atividades pessoais, a gestão das operações e os custos são paulatinamente reduzidos[3]. As fronteiras foram flexibilizadas, pois mundo está interligado globalmente pela redução da noção de distância e tempo. As pessoas não precisam se deslocar para iniciar uma tratativa ou se comunicarem. Os dados atuam nesse sentido, aproximando os agentes através das redes de compartilhamento e da *internet*.

O sociólogo Daniel Bell publicou a obra "*The coming of post-industrial society*[4]" que tratou de forma expoente sobre a sociedade da informação. O autor inicialmente indica que sociedade passa por uma fase de transformação social e econômica. As mudanças contemplam o desenvolvimento de produtos, maquinário, transportes, mas especialmente das comunicações, considerando as pesquisas, inovações, ciências e a busca por uma independência humana em relação aos finitos recursos naturais e ambientes geográficos. Décadas mais tarde, destacam-se a *internet* como forma de reduzir distâncias, as fibras óticas e os microprocessadores na criação das novas tecnologias.

---

[2] Cf. FONSECA FILHO, Cleuzio. **História da computação:** O caminho do pensamento e da tecnologia. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2007. p. 139.

[3] BORGES, Maria Alice Guimarães. A compreensão da sociedade da informação. In: **Revista Ciência da Informação**, v. 29, n.3, Brasília, set-dez, 2000. p. 29.

[4] BELL, Daniel. **The coming of Post-Industrial Society**. Nova Iorque: Basic Books, 1999 (*s.p.*), (*e-book*).

Ao final, o autor conclui que a era pós-industrial constituiu uma sociedade da informação, com novas estruturas sociais e políticas a serem gerenciadas no futuro. Para Daniel Bell[5], a sociedade da informação carrega consigo uma alteração política, marcada pela universalização do poder, o que leva a uma demanda de regulação, alteração dos materiais e fatores de produção e incremento da inovação:

> A sociedade pós-industrial, como enfatizei várias vezes, contempla basicamente uma mudança no caráter da estrutura social – em uma dimensão, não na configuração total da sociedade. É um "tipo ideal", uma construção, trazida pela análise social, de diversas mudanças na sociedade que, quando reunidas, se tornam mais ou menos coerentes quando contrastadas com outras construções conceituais. Em termos descritivos, existem três componentes: no setor econômico, há uma tranformação de manufatura para serviços; na tecnologia, corresponde à centralização das novas indústrias baseadas na ciência; em termos sociológicos, traz o surgimento de novas elites técnicas e o advento de um novo princípio de estratificação.
> [Tradução livre]

A sociedade da informação significa uma revolução, ingresso da sociedade em novo patamar de produção de bens e serviços, circulação de riquezas, redefinindo as relações entre os indivíduos. Essa revolução ainda consiste em um estágio, com mudanças imprevisíveis e necessidade de adaptação dos indivíduos, empresários e do poder público. A geração, o armazenamento e a transferência das informações são realizados instantaneamente.

As tecnologias têm um papel revolucionário, especialmente de agregar valor à informação. Quanto maior o conhecimento despendido em determinado produto ou serviço, maior será seu valor agregado para comercialização. A informação é considerada um produto, um bem comercial, assim como o conhecimento é um fator econômico, podendo inclusive ser objeto de transações comerciais.

A sociedade da informação contempla dois problemas de uma forma ampla: um de excesso de informações e outro dos riscos relacionados ao uso indevido dos instrumentos computadorizados para desvios ou abusos relacionados aos dados coletados ou armazenados, pois estes são considerados ativos dos agentes econômicos.

---

[5] BELL, Daniel., *Op cit*., 1999 (*s.p.*). Na versão original, o autor afirmou: "*The post-industrial society, as I have emphasized several times, is primarily a change in the character of social structure—in a dimension, not the total configuration of society. It is an "ideal type," a construct, put together by the social analyst, of diverse changes in the society which, when assembled, becomes more or less coherent when contrasted with other conceptual constructs. In descriptive terms, there are three components: in the economic sector, it is a shift from manufacturing to services; in technology, it is the centrality of the new science-based industries; in sociological terms, it is the rise of new technical elites and the advent of a new principle of stratification".*

Os perigos do uso indiscriminado dos dados são problemáticas atuais e relevantes que têm sido tratadas pelos Estados em políticas e regulações para manutenção da privacidade das pessoas, como um direito próprio de sua personalidade, e modernamente como uma disciplina própria de proteção de dados, como será investigado nos itens que seguem.

1.1. **Proteção de dados e privacidade**

Os dados podem ser conceituados como "um conjunto de fatos em estado bruto a partir dos quais conclusões podem ser tiradas[6]", como pontuaram Gnanasundaram Somasundaram e Alok Shrivastava. Ou seja, são cartas, livros, livros contábeis, fichas, registros, enfim quaisquer documentos que possam ser utilizados para inteligência informacional são considerados dados, podendo ser físicos (convencionais) ou digitais.

Os dados, traduzidos do vernáculo "*data*" do inglês, são descritos, na literatura da computação[7], como os "números, letras, símbolos ou fatos que referenciam a descrição de um objeto, idéia, condição, situação ou outros fatores". Qualquer registro pode ser considerada um dado. Quando forem dados digitais, podem ser compreendidos como aqueles elementos fornecidos, processados ou produzidos pelos computadores ou equipamentos equivalentes.

À vista disso, no direito brasileiro, o Decreto nº 97.057, de 10 de novembro de 1988 que regulamentou a Lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1962 (Lei Geral de Telecomunicações) estabeleceu no art. 6º, alínea 23 que o dado significa a "informação sistematizada, codificada eletronicamente, especialmente destinada a processamento por computador e demais máquinas de tratamento racional e automático da informação[8]". Portanto, antes dos computadores, o armazenamento dos dados era realizado por meios formais, como papéis e filmes. Com o advento das Tecnologias de Informação e Comunicação (TIC), os dados poderão ser convertidos em meios tecnologicamente convenientes como mensagens, livros eletrônicos, imagens ou arquivos digitais.

---

[6] SOMASUNDARAM Gnanasundaram; SHRIVASTAVA, Alok; EMC education Services. (Tradução de Acauan Pereira Fernandes). **Armazenamento e Gerenciamento de Informações:** Como armazenar, gerenciar e proteger informações digitais. São Paulo: Bookman Companhia Editora, 2011. p. 27.

[7] SAWAYA, Marcia Regina. **Dicionário de informática e *internet***. São Paulo: Nobel, 1999. p. 112.

[8] BRASIL. **Decreto nº 97.057, de 10 de novembro de 1988**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1980-1989/D97057.htm. Acesso em 27 de maio de 2019.

O crescimento da coleta e do armazenamento de dados equivale à própria expansão da utilização da *internet*. Quanto maior o número de usuários de computadores e de redes, maior será o processamento de dados por eles, porque em quaisquer atividades telemáticas, isto é no acesso aos sites, compra virtual, ingresso às redes sociais, busca por empregos, há um processamento de dados digitais. Nesse sentido, os empresários podem obter informações fundamentais para suas operações cotidianas através da inteligência e do armazenamento de dados. Esse armazenamento lhes permite o processamento dos dados e posterior busca digital para suas atividades.

Alguns fatores contribuíram para o aumento dos dados digitais, quais sejam: a ampliação de processamento de dados, o menor custo do armazenamento digital e as tecnologias de comunicação mais rápidas e acessíveis. Como explicitam Gnanasundaram Somasundaram e Alok Shrivastava as "formas baratas e fáceis de criar, coletar e armazenar todos os tipos de dados, junto às necessidades individuais e empresariais cada vez maiores, levaram ao crescimento acelerado do volume de dados, o que foi popularmente conhecido como explosão de dados[9]".

Modernos computadores, telefones móveis e demais dispositivos tecnológicos com acesso às redes compartilhadas possuem grandes capacidades de processamento e armazenamento de dados. Atualmente esses dispositivos permitem a conversão de documentos e mídias, nos mais diversos formatos para a forma digital e essa transformação representa uma diminuição nos custos de armazenamento desses dados[10].

Todos os documentos, fichas emídias dos usuários podem ser mantidos em computadores, telefones móveis e demais dispositivos de arquivamento, como os discos rígidos, CD´s, DVD´s, *drives* de memória ou "*pen drives*[11]". Essa dispersão representou uma solução de baixo custo para armazenamento de documentos e mídias, também incentivando a propagação de tecnologias mais econômicas com essa finalidade.

Outrossim, a conversão dos dados convencionais em digitais, permite seu compartilhamento e transferência de forma imediata para qualquer local no mundo. O custo

---

[9] SOMASUNDARAM Gnanasundaram; SHRIVASTAVA, Alok; *Op. Cit*. 2011. p. 28.

[10] Ibidem.

[11] Os drives de memória são dispositivos que permitem a gravação de dados, com ligações diretas em computadores ou outros equipamentos, como rádios e televisões, permitindo uma memória ou banco de dados adicionais.

logístico de transferir uma carta pelos correios é muito superior ao custo de uma mensagem de correio eletrônico (e-mail) ou celular. Além disso, essa conversão de dados já permite uma série de facilitações nas transações empresariais que agilizam suas ações, beneficiando consumidores, empresários, empregados e demais agentes.

A coleta de dados, seu armazenamento e posterior tratamento ou pesquisa tem diferentes objetivos e importâncias para os usuários, dependenndo da pessoa que o coletou e armazenou e da sua eventual finalidade. Uma pessoa natural pode armazenar documentos pessoais em computador, notas fiscais, contratos, enfim, para sua organização pessoal e futuras consultas. Por outro lado, uma pessoa jurídica poderá coletar dados de produtos relacionados aos seus aspectos de qualidade, estoque, descrição, para fins de precificação, análise de mercado, disponibilidade de venda. As tecnologias permitem também a combinação de dados por agentes econômicos relacionados aos seus clientes, como informações de seus pedidos, endereço de entrega e histórico de compra, mantendo um registro sobre preferências, quantidades solicitadas e dados pessoais.

Nesse sentido, nas palavras de Gnanasundaram Somasundaram e Alok Shrivastava os agentes econômicos geram e utilizam "grandes quantidades de dados e depois extraem deles informações significativas para obter benefícios econômicos. Portanto, precisam guardar e assegurar a disponibilidade desses dados por um longo período[12]".

Os empresários mantêm inúmeros registros pessoais de seus clientes e fornecedores que devem ser protegidos contra vazamentos, como informações identificadoras, financeiras, existenciais, entre outras. Esses dados necessitam de gerenciamento específico e os gestores devem atender aos requisitos legais e regulatórios para tanto. Por exemplo, a Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, estabelece a obrigatoriedade do sigilo bancário às instituições financeiras, que devem manter as informações de conta corrente de clientes de forma segura[13], seguindo os padrões do Banco Central[14].

---

[12] SOMASUNDARAM Gnanasundaram; SHRIVASTAVA, Alok; *Ibidem*.

[13] BRASIL, **Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp105.htm. Acesso em 03 de abril de 2019.

[14] Além disso, a Resolução nº 4.558, de 26 de abril de 2018 dispõe sobre a política de segurança cibernética e sobre os requisitos para a contratação de serviços de processamento e armazenamento de dados e de computação em nuvem a serem aplicados às instituições financeiras. Disponível em https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/50581/Res_4658_v1_O.pdf. Acesso em 03 de abril de 2019.

Os dados apenas cumprem seus objetivos quando puderem ser convertidos para um formato que permita dar um significado para as pessoas. Em outras palavras, os dados apenas serão analisados se tiverem um valor. Através dessa inteligência e conhecimento extraídos dos dados, as pessoas terão acesso às informações.

Os agentes econômicos analisam os dados brutos coletados para identificar informações relevantes para seus negócios, buscando tendências. Por exemplo[15], no comércio eletrônico é possível que um varejista identifique padrões de compra pelo histórico de seus clientes e consiga concluir uma preferência deles por fornecedores e produtos. No âmbito pessoal, um determinado sítio de busca de empregos poderá, por meio dos registros de dados de seus usuários, constituir um determinado padrão de pesquisa indicando que uma oportunidade de emprego poderá atender características e titulações de uma pessoa registrada.

Os dados em si representam um meio de consulta para os objetivos dos agentes. Através da análise e inteligência dos dados, permite-se alcançar o resultado de obter informações. Nesse sentido, as pessoas precisam coletar dados e armazená-los para que possam fazer consultas posteriores e alcançar seus objetivos próprios.

Note-se que a tecnologia e a arquitetura informática para arquivamento de dados ainda está em estágio de desenvolvimento com a descoberta de modernos instrumentos para tal objetivo. Atualmente as organizações mantêm grande parte de seus registros em centros de dados ou "*data center"*, com a integração da infraestrutura que inclui sistema de armazenamento, dispositivos de rede interligados aos computadores e controles internos dos ambientes.

Paulatinamente, essas organizações, buscando uma redução de custos operacionais estão migrando os serviços de armazenamento para nuvens externas[16]. Essas nuvens

---

[15] Cf. Como cita o caso da pesquisa de padrão de consumo da sociedade *Target Corporation Inc.* nos Estados Unidos: "A *Target* se voltou para o departamento de análise para ver se havia uma maneira de descobrir a gravidez de uma pessoa por meio de seus padrões de consumo. O departamento de análise reviu o histórico de consumo das mulheres que fizeram uma lista de chá de bebê na loja e notou que essas mulheres compravam muito hidratante sem cheiro por volta do terceiro mês de gestação e, que alguns meses mais tarde, tendiam a comprar suplementos como magnésio, cálcio e zinco. [...] As correlações permitiram até mesmo que os vendedores estimassem a data do parto com uma estreita margem de erro, de modo que pudessem enviar cupons relevantes em cada estágio da gestação". In: MAYER-SCHONBERGER-Viktor; CUKIER, Kenneth. **Big Data**: como extrair volume, velocidade e valor da avalanche de informação cotidiana (Tradução de Paulo Polzonoff Júnior), Rio de Janeiro, Elsevier, 2013. p. 40.

[16] Cf. Desse modo, as novas tecnologias despontam o armazenamento dos dados em serviços de nuvem, inclusive como medida de segurança, nas palavras de Leonardo Netto Parentoni: "Porém, é de se supor que a organização tenha um aparato de segurança mais robusto que o de seus usuários. Além disso, a manutenção dos dados no servidor da empresa, em nuvem (*cloud computing*), traz algumas vantagens, como a facilidade de

compreendem alguns centros de arquivamento de dados, em locais remotos, com amplo espectro de armazenamento, de forma que o usuário não precisa mais de um equipamento local para armazenar seus documentos e mídias, podendo contratar um serviço remoto.

A coleta, o processamento e o armazenamento de dados são inerentes à utilização de computadores e das redes virtuais, sobretudo da *internet*. Com a popularização desta, para fins pessoais e corporativos, além dos avanços tecnológicos massificados, há uma preocupação[17] da sociedade e do Poder Público em relação às informações trafegadas nas redes, especialmente relativas ao seu valor e eficiência da segurança dos recursos de informação.

Efetivamente, a segurança dos dados pode ser realizada por meios físicos para dados convencionais ou por meios cibernéticos, para aqueles digitais, no entanto, todos esses cenários pressupõem uma política de segurança.

A segurança de recursos de informação possui três requisitos extrínsecos: (i) a integridade dos dados, (ii) a confidencialidade e (iii) a disponibilidade. A integridade dos dados significa a proteção contra quaisquer danos aos dados ou eventuais alterações indevidas. Já a confidencialidade é segurança dos dados contra eventuais exposições ou vazamentos a terceiros não autorizados. Por fim, a disponibilidade significa a proteção dos dados contra eventuais interferências ou interrupções aos recursos de acesso, como evidenciaram George Colouris, *et al.*:

> Muitos recursos de informação que se tornam disponíveis e são mantidos em sistemas distribuídos têm um alto valor intrínseco para seus usuários. Portanto, sua segurança é de considerável importância. A segurança de recursos de informação tem três componentes: confidencialidade (proteção contra exposição para pessoas não autorizadas), integridade (proteção contra alteração ou dano) e disponibilidade (proteção contra interferência com os meios de acesso aos recursos[18].

---

acesso a partir de qualquer local e com qualquer dispositivo eletrônico compatível [...].” In: PARENTONI, Leonardo Netto. O direito ao esquecimento. In: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Coords). **Direito & Internet III** – Tomo I: Marco Civil da Internet. Lei nº 12.965/2014. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 602.

[17] Essa preocupação reflete nas iniciativas dos últimos anos sobre a regulamentação da proteção de dados em âmbito mundial, especialmente com a inclusão da proteção de dados como princípio na Carta dos direitos fundamentais da União Europeia de 18 de dezembro de 2000, o Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia de 2016, e atualmente no Brasil, a Lei Geral de Proteção de Dados nº 13.709/2018, que serão analisadas neste estudo.

[18] COLOURIS, George, *et al.* **Sistemas distribuídos**. Conceito e Projeto (Tradução de João Eduardo Nóbrega Tortello). 5.ed. Porto Alegre: Bookman, 2013. p. 18.

A proteção de dados ainda é muito recente para o ordenamento jurídico brasileiro. A positivação pode ser verificada na própria Constituição federal de 1988, ao se tratar do princípio constitucional da privacidade, concebido no art. 5º, X. Deste modo, é importante destacar que a privacidade e a proteção de dados no direito brasileiro foram influenciadas pela doutrina de *privacy* do direito anglo-saxão, bem como, pelas normas da União Europeia e da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), as quais serão analisadas no próximo item.

1.1.1. As influências estrangeiras na disciplina da proteção de dados no Brasil

Até 2018, não havia no Brasil diploma legal específico que regulamentasse o tratamento de dados. Em função disso, diversas leis[19] representavam um conjunto esparso de normas que versaram sobre a proteção de dados, sempre baseados nos direitos fundamentais dos brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil.

Com a promulgação da Lei nº 13.709/2018 (LGPD), cria-se um marco para a disciplina da proteção de dados. A nova lei foi baseada nas normas estadunidenses e europeias, especialmente no Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia (RDPG), de 14 de abril de 2016, bem como nas novas diretrizes da OCDE, notadamente após a repercussão mundial acerca de vazamento de dados e ciberataques mundiais[20].

Nos próximos itens, será apresentado um panorama da proteção de dados no âmbito internacional do direito internacional, com foco nas experiências dos Estados Unidos da América (EUA) e da União Europeia (UE).

---

[19] Cf. Essas leis serão analisadas nos próximos tópicos, quais sejam: a Constituição Federal, o Código Civil no tocante ao direito à privacidade, o Código de Defesa do Consumidor e as Leis nºs 9.279, de 14 de maio de 1996 (Lei da propriedade industrial), 12.414, de 9 de junho de 2011 (Cadastro positivo), 9.507, de 12 de novembro de 1997 (habeas data), 12.527, de 18 de novembro de 2011 (Lei de acesso à informação) e Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Lei do marco civil da internet).

[20] Entre os casos mais famosos estão o vazamento de dados dos usuários da rede social Facebook para a organização de marketing político Cambridge Analytica em 2018 e o ciberataque mundial que atingiu diversas organizações públicas e privadas em 2017, exigindo resgate em dinheiro em razão de possível inutilização do sistema de dados. In: **GLOBO**. São Francisco. Dados de 87 milhões foram usados pela Cambridge Analytica, diz Facebook. 04 de abril de 2018. Recurso eletrônico. Disponível em https://oglobo.globo.com/economia/dados-de-87-milhoes-foram-usados-pela-cambridge-analytica-diz-facebook-22556605. Acesso em 30 de abril de 2019; e **GLOBO**. G1. Ciberataques em larga escala atingem empresas no mundo e afetam Brasil. Recurso eletrônico. Disponível em <https://g1.globo.com/tecnologia/noticia/hospitais-publicos-na-inglaterra-sao-alvo-cyber-ataques-em-larga-escala.ghtml>. Acesso em 30 de abril de 2019.

1.1.1.1. As diretrizes da OCDE

A OCDE[21], sediada em Paris, na França, é uma organização internacional criada em 1961 que atua como um fórum para os governos compartilharem experiências e buscarem soluções para problemas socioeconômicos comuns. Foi constituída em abril de 1948 por países europeus como a "Organização Europeia de Cooperação Econômica", mas por meio da Convenção sobre a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico em 1961, ocorreu a reforma da organização para os moldes atuais.

Àquela época, não havia uniformização do direito interno em matéria de tratamento de dados, gerando ineficácia em relação aos fluxos transfonteiros de dados[22]. À vista da ausência de uniformização, em 1980 a OCDE criou diretrizes internacionais para seus membros, denominadas em tradução livre "Diretrizes para a proteção da privacidade e fluxos transfronteiriços de dados pessoais" ou na linguagem original "*Guidelines on the protection of privacy and transborder flows of personal data*", as quais entraram em vigor em 23 de setembro de 1980.

Tais diretrizes representaram um consenso dos países membros sobre uma orientação geral acerca da coleta e do gerenciamento de informações pessoais. Os princípios previstos possuem ampla transparência e flexibilidade de aplicação, tanto no âmbito privado quanto no público, podendo ser aplicados em níveis nacionais ou internacionais[23], para todos os dados pessoais cuja gestão represente ameaça à privacidade e liberdade individual.

---

[21] A OCDE atualmente possui 36 (trinta e seis) Estados-membros e tem como missão promover políticas para o desenvolvimento econômico, social e bem estar das pessoas ao redor do mundo. Os membros da OCDE atualmente são: Alemanha, Austrália, Áustria, Bélgica, Canadá, Chile, Coréia, Dinamarca, Eslováquia, Eslovênia, Espanha, Estados Unidos da América, Estonia, Finlandia, France, Grécia, Hungria, Irlanda, Islandia, Israel, Italia, Japão, Letônia, Lituania, Luxemburgo, Mexico, Noruega, Nova Zelândia, Países Baixos, Polônia, Portugal, Reino Unido, República Tcheca, Suécia, Suiça, Turquia. Cf. OCDE. The Organisation for Economic Co-operation and Development. Members and partners. Disponível em http://www.oecd.org/sti/ieconomy/15590254.pdf. Acesso 13 de abril de 2019.

[22] Viktor Mayer-Schonberger comentou, em tradução livre, que "os reais trabalhos vieram da OCDE que inovou em 1981[sic.] ao publicar suas Diretrizes para a proteção da privacidade e fluxos transfronteiriços de dados pessoais, do Conselho Europeu e mais recentemente da União Europeia". Cf. MAYER-SCHONBERGER-Viktor. Generational Development of Data Protection. In: AGRE, Philip E., ROTENBERG, Marc. **Technology and Privacy**: The new landscape. 3.ed. MIT Press, 2001. p. 220).

[23] OCDE. Overview – **OECD Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data**. Disponível em http://www.oecd.org/sti/ieconomy/15590254.pdf. Acesso 13 de abril de 2019.

As diretrizes de 1980 traziam conceitos inovadores como controladores de dados, isto é, pessoas que, de acordo com sua legislação pátria, são competentes para decidir sobre conteúdo e uso dos dados pessoais, independentemente da operação, seja coleta, armazenamento, processamento ou difusão. Os dados pessoais são todas as informações que se relacionem a uma pessoa identificada ou identificável. Os fluxos transfronteiriços de dados pessoais são os movimentos de dados pessoais entre as fronteiras nacionais.

Ademais, uma grande inovação foi relativa à adoção do princípio de responsabilização (art. 14), que estabelece que um controlador de dados é responsável pelo cumprimento às medidas previstas nas diretrizes e princípios. Conforme explicita Denis Butin *et al.*, essa foi uma das primeiras aparições da responsabilidade dos gestores de dados:

> A introdução da responsabilidade como um princípio básico nas Diretrizes da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico de 1980 sobre a Proteção da Privacidade e Fluxos Transfronteiriços de Dados Pessoais (OCDE, 1980) é frequentemente citada como sua primeira aparição notável. A formulação precisa das Diretrizes é a seguinte: Um controlador de dados deve ser responsável por cumprir as medidas que dão efeito aos princípios declarados acima. Embora o objetivo destas Diretrizes seja a proteção efetiva da privacidade de indivíduos, a meta adicional de benefícios econômicos através de procedimentos simplificados de exportação de dados é evidenciada pela segunda parte de seu título. No que diz respeito à aplicação, deve-se notar que a OCDE não pode legislar, mas apenas emitir recomendações na encarnação de diretrizes ou recomendações[24].
> [Tradução livre]

As diretrizes não possuem caráter imperativo de norma, pois são meramente sugestivas, de natureza puramente contratual (*soft law*), e não são obrigatoriamente aplicadas às organizações mundiais, nem mesmo dos membros da OCDE. Apenas poderão ser aplicadas se forem incorporadas pelas partes ao contrato, em caso de utilização de regras internacionais.

Logo, não surtirão efeito se forem contrárias a disposições imperativas contidas em convênios internacionais ou leis nacionais aplicáveis à proteção de dados e privacidade. Desse

[24] BUTIN, Denis, *et al.* Strong accountability. Beyond Vague Promises. In: GUTWIRTH, Serge; LEENES, Ronald; HERT, Paul de. **Reloading Data Protection.** Multidisciplinary Insights and Contemporary Challenges. New York. Springer. 2014. p 345. Na redação original, os autores citam: The introduction of accountability as a basic principle in the 1980 Organisation for Economic Cooperation and Development Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data (OECD 1980) is often cited as its first notable appearance. The precise wording of the Guidelines is the following: "A data controller should be accountable for complying with measures which give effect to the principles stated above." While the aim of these Guidelines is the effective protection of individuals' privacy, the additional goal of economic benefits through simplified data export procedures is evidenced by the second part of their title. As far as enforcement is concerned, one should note that the OECD cannot legislate but only issue soft law in the incarnation of guidelines or recommendations.

modo, tal instrumento normativo internacional, apesar de sua importância pelo conteúdo e síntese das matérias internacionais relativas à proteção de dados, também não é aplicado de maneira uniforme mundialmente, não sendo normas efetivas para regulação e proteção das pessoas.

Considerando-se o avanço das tecnologias, das redes compartilhadas e a grande preocupação moderna com a proteção de dados, a versão de 1980 foi revisada, com a edição das Diretrizes para a proteção da privacidade e fluxos transfronteiriços de dados pessoais[25], de 11 de julho de 2013, na língua original "*Guidelines governing the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data (2013)*". O novo texto foi modernizado, especialmente, por reforçar a integração dos Estados-membros mediante cooperação para privacidade.

As novas diretrizes têm como finalidade a implementação prática da proteção da privacidade por meio de uma abordagem baseada no gerenciamento de riscos. Outrossim, a OCDE evidenciou a necessidade de tratar a proteção de dados em uma dimensão global por meio do aprimoramento da cooperação entre as políticas realizadas internamente pelos países, e estimulados pela OCDE.

Em relação às definições para completo entendimento das diretrizes, foram mantidos os conceitos de dados pessoais, controlador de dados e fluxos transfronteiriços de dados pessoais. Porém, houve a inclusão dos conceitos de "leis que protegem a privacidade", relacionadas às leis nacionais específicas; e, "autoridade para aplicação da privacidade", considerado o órgão público estabelecido pelos estados-membro. Essa autoridade é responsável pelo cumprimento das leis de proteção à privacidade e possui poderes para conduzir investigações e demais procedimentos necessários para tanto[26].

Os princípios básicos das diretrizes permanecem os mesmos do diploma anterior quais sejam: (i) limitação de coleta, ou seja, apenas através de meios legais, justos, e dado o consentimento do titular; (ii) qualificação dos dados, que devem ser relacionados a claras finalidades de utilização, com ampla transparência; (iii) definição da finalidade, em que os propósitos da coleta devem ser previamente indicados, bem como seu uso deve ser limitado àqueles objetivos; (iv) limitação de utilização, em que os dados não podem ser divulgados,

[25]OCDE. **Guidelines governing the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data,** de 11 de julho de 2013**.** Disponível em http://www.oecd.org/sti/ieconomy/oecd_privacy_framework.pdf. Acesso em 13 de abril de 2019.

[26] Ibidem.

comunicados ou utilizados para outros fins que não sejam os informados ao titular, exceto em caso de consentimento ou força de lei.

Igualmente, o diploma prevê os quesitos de: (i) cópia de segurança (*back-up)* em que os controladores devem providenciar medidas de segurança contra riscos de perda, acesso, destruição, uso, modificação ou divulgação; (ii) abertura, ligado ao livre acesso, sendo certo que deve haver uma política clara aos titulares sobre a existência, natureza dos dados, finalidades do uso, identidade e endereço do controlador; (iii) princípio da responsabilidade do controlador, acima citado e, por fim, (iv) o princípio de participação do indivíduo.

O último princípio estatui que o indivíduo deve ter o direito de: (i) obter do controlador a confirmação de que possui seus dados e (ii) ser comunicado acerca da coleta e processamento dos dados em um prazo razoável, por um custo não excessivo, de uma maneira razoável, e, de uma forma inteligível. Ademais, os indivíduos devem ter o direito de peticionar e impugnar o acesso e o processamento dos dados, bem como de retificá-los, alterá-los ou apagá-los[27].

As Diretrizes de 2013 estabelecem as regras de responsabilidade do controlador, com a criação de um programa de gestão da privacidade, que contenha todas as ações, estrutura das operações de tratamento de dados, integrados com as estruturas de governança e preveja medidas de segurança e gestão de riscos. Para mais, o controlador deve demonstrar o programa de gestão, a pedido da autoridade de proteção de dados e providenciar notificações àquela, sobre violações de dados. Essas disposições influenciaram o Regulamento Geral de Proteção de dados de 2016 da União Europeia, que tem regras similares para o responsável pelo tratamento de dados.

De acordo com a OCDE, o controlador será responsável pelos dados sujeitos ao seu processamento, ainda que ocorra em outro local (art. 16). Ainda, os membros devem adotar medidas apropriadas para facilitar a cooperação da privacidade internacional, em particular pelo reforço da partilha de informações entre as autoridades nacionais responsáveis.

---

[27] OCDE. **Guidelines governing the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data, de 11 de julho de 2013.** Disponível em http://www.oecd.org/sti/ieconomy/oecd_privacy_framework.pdf. Acesso em 13 de abril de 2019. Na redação original: Individual Participation Principle 13. Individuals should have the right: a) to obtain from a data controller, or otherwise, confirmation of whether or not the data controller has data relating to them; b) to have communicated to them, data relating to them i. within a reasonable time; ii. at a charge, if any, that is not excessive; iii. in a reasonable manner; and iv. in a form that is readily intelligible to them; c) to be given reasons if a request made under subparagraphs (a) and (b) is denied, and to be able to challenge such denial; and d) to challenge data relating to them and, if the challenge is successful to have the data erased, rectified, completed or amended.

A OCDE, com a revisão das diretrizes, influenciou positivamente os seus Estados-membros a estabelecerem atos normativos para regulamentação e segurança informacional. Do mesmo modo, os países membros devem apoiar o desenvolvimento de arranjos internacionais que promovam a cooperação entre estruturas de defesa à privacidade e formular políticas relacionadas à privacidade e aos fluxos transfronteiriços de dados pessoais (arts. 21 e 22).

Transpostas as considerações sobre as diretrizes da OCDE, no próximo item, passa-se à análise da perspectiva dos Estados Unidos da América em relação à legislação sobre privacidade e proteção de dados.

1.1.1.2. Estados Unidos da América (EUA)

A doutrina da "*privacy"* tem origem nos EUA no século XIX, como a expressão do direito à vida, notadamente na jurisprudência norte-americana, mas ganhou um valor como princípio, a partir do conhecido artigo "*The right to privacy*" de Samuel D. Warren e Louis D. Brandeis[28]. Conforme cita a doutrina[29], a primeira demonstração do conceito de privacidade nesse país ocorreu com o noticiado processo *Wheaton vs. Peters*, de 1834.

Esse caso tratava essencialmente do sopesamento dos direitos autorais (*copyright*) na *Common Law* e nas leis federais e é reconhecida como a primeira decisão significativa da Suprema Corte dos EUA sobre esse tema. Henry Wheaton, repórter oficial das decisões da Suprema Corte entre 1816 e 1827 ajuizou uma ação em face de Richard Peters, seu sucessor, por violar direitos autorais relativos às suas obras, denominada *Wheaton´s reports*, que contemplavam 12 (doze) volumes de decisões da Suprema Corte estadunidense.

O Tribunal julgou o pedido de Henry Wheaton improcedente criando bases para os futuros precedentes sobre *copyright* nos EUA[30]. Porém considerou que nenhum repórter poderia ter direitos autorais sobre as opiniões escritas e emitidas por aquele Tribunal, bem como que este não poderia conceder o direito aos repórteres, pois a participação era essencial

[28] WARREN D. Samuel; BRANDEIS, Louis D. The Right to Privacy. In: **Harvard Law Review**, v. 4, n. 5. dezembro, 1890. pp. 193-220.

[29] Cf. WARREN D. Samuel; BRANDEIS, Louis, *Ibidem*.

[30] Cf. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Copyright Law of the United States**. Disponível em https://www.copyrightservice.net/pt/copyright/us . Acesso em 05 de abril de 2019.

para o fluxo de informações públicas. No entanto, para fins da doutrina da *privacy*, inicia-se um grande marco, com a criação de um conceito de privacidade, de um direito de ser deixado só, uma propriedade imaterial criada para os fins de sua própria mente, conforme parte do julgado da Corte:

> A propriedade reivindicada é de todo ideal, um conjunto de ideias que não têm limites ou marcas - ou que seja capaz de uma possessão visível - nada que possa sustentar qualquer uma das qualidades ou incidentes da propriedade. Toda a sua existência está apenas na mente. Incapaz de quaisquer outros modos de aquisição ou desfrute do que por posse mental ou apreensão; seguro e invulnerável de sua própria imaterialidade, nenhuma invasão pode alcançá-los, nenhum ato ilícito os afeta; nenhuma fraude ou violência os diminui ou danifica[31].
> [Tradução livre]

O "direito de ser deixado só" evoluiu no direito norte-americano a partir da ideia de *privacy* (ou privacidade), com o reconhecimento formal da comunidade jurídica após a publicação do artigo "*The right of privacy*" de Samuel D. Warren e Louis D. Brandeis[32]. Como fundamentação ao direito de privacidade, os autores utilizam o conceito de direito à vida, previsto na Constituição norte-americana[33].

Os referidos autores inicialmente centram a análise nos direitos de propriedade, que seriam inquestionáveis e originados do próprio início da *Common Law*, mas que a própria evolução do direito à vida expande a noção de direito de propriedade material à imaterial. O direito à vida expresso, na Constituição estadunidense[34], é o maior balizador do conceito da *privacy* e suas aplicações ao sistema jurídico.

---

[31] ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Us Supreme Court. **Wheaton v. Peters**, 33 U.S. (8 Pet) 591 (1834) Disponível em https://supreme.justia.com/cases/federal/us/33/591/. Acesso em 05 de abril de 1019.

[32] WARREN D. Samuel; BRANDEIS, Louis D. *Op. Cit.*, 1890. pp. 193-220.

[33] ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. O surgimento e o desenvolvimento do right of privacy nos Estados Unidos. In: **Revista Brasileira de Direito Civil**. v.3. Jan-Mar, 2015. pp. 8-27.

[34] A Constituição dos EUA prevê na alínea 1, na décima quarta emenda o direito à vida, que norteia o direito existencial norte-americano. Em tradução livre, o dispositivo cita: "Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e sujeitas a sua jurisdição, são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde tiver residência. Nenhum Estado poderá fazer ou executar leis restringindo os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade, ou bens sem processo legal, ou negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igual proteção das leis". ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Constitution of the United States.** Disponível em https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm#amdt_5_1791. Acesso em 05 de abril de 2019.

Samuel D. Warren e Louis D. Brandeis conceituam a *privacy* como "o direito de ser deixado só"[35]. Contudo, ao final do artigo, os autores explicam que esse direito envolve a própria escolha do seu titular, uma vez que ele poderá ou não divulgar suas informações, sentimentos e emoções, através de sua própria opção:

> Em todo caso, o indivíduo tem o direito de decidir se o que é seu será dado ao público. Nenhum outro tem o direito de publicar suas produções de qualquer forma, sem o seu consentimento. Este direito é totalmente independente do material sobre o qual, ou por meio do qual, o pensamento, sentimento ou emoção é expresso[36]. [Tradução livre]

Esse artigo provocou impacto considerável no sistema jurídico norte-americano, especialmente com a prolação de julgados que reconheceram a existência da *privacy*. Um dos casos marcantes é *Schuyler vs. Curtis*, de 1895[37].

Philip Schuyler, parente da falecida Mary Schuyer, ajuizou ação para impedir a construção de uma estátua de Mary contra os senhores Ernest Curtis *et al.*, representantes da Associação do Fundo Memorial da Mulher.

O caso ganhou notoriedade, porque a associação havia realizado diversas comunicações e publicidades sobre a construção da estátua e estava recolhendo recursos financeiros de diversas pessoas com esse intuito. O caso foi decidido em fase de recurso em 26 de novembro de 1895, por decisão não unânime da Corte de Apelação (*Court of Appeals) de* Nova Iorque, sendo julgado procedente em favor da Associação.

A decisão foi no sentido de que não cabia a aplicação do direito de privacidade pois na verdade o objeto da demanda era a construção da estátua. Além disso, tal construção não acarretaria um sentimento de violação ao respeito e demais sentimentos pessoais em relação àquela pessoa. Apesar do resultado, a decisão demonstra a avaliação à época pelos tribunais dos EUA acerca do direito à privacidade:

---

[35] Esta é uma citação conhecida da doutrina, da obra do magistrado Thomas Cooley. Cf. COOLEY, Thomas McIntyre. **A treatise on the law of torts**. Chicago: Callaghan, 1880. p. 29

[36] WARREN D. Samuel; BRANDEIS, Louis D. Op. Cit., 1890. p. 199.

[37] ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA**.** Court of Appeals of New York**. Schuyler vs. Curtis**, **147 n.Y. 434; 42. n.E. 22; 1895**. NY LEXIS 970. Disponível em http://faculty.uml.edu/sgallagher/philip_schuyler.htm. Acesso em 05 de abril de 1019.

> Essa ação é de natureza um tanto incomum e depende da aplicação de certos princípios que, por si mesmos, não são muito claramente definidos nem suas fronteiras são muito bem reconhecidas ou claramente estabelecidas. Resumidamente [o autor] descreveu que a ação é fundada sobre uma alegada violação do que é denominado o direito de privacidade.
> [...] Embora não incida a decisão sobre o que é esse direito de privacidade em todos os casos, estamos bastante certos de que tal direito não seria violado pela ato proposto pelos réus. A causa da ação do queixoso é, acreditamos, totalmente fantasiosa. O ato contemplado pelos réus não é tal que possa ser considerado por mentes razoáveis e sadias como no menor grau angustiante ou tendente, no mínimo, a qualquer dano àqueles sentimentos de respeito e ternura pela memória dos mortos que a maioria de nós possui, e que deve ser considerado como um assunto apropriado de reconhecimento e proteção por tribunais civilizados[38].
> [Tradução livre]

Em 1967, Alan Westin publicou a obra "*Privacy and Freedom*", estudo importante para a compreensão do conceito de privacidade. O autor conceituou a privacidade, em tradução livre, como o direito de "controlar, editar, gerenciar e apagar as informações sobre si e decidir quando, como e o qual extensão será comunicadas aos outros[39]". Além disso, enunciou fundamentalmente que a privacidade envolve o controle sobre uma informação pessoal, definindo quatro estados da privacidade: solidão, intimidade, anonimato e reserva. Todos esses estados teriam por pano de fundo a escolha e o controle do próprio cidadão sobre o acesso a suas informações.

Por conseguinte, em 1998, Lawrence Lessig publicou a obra "*The architecture of privacy*[40]" ou a arquitetura da privacidade. O autor contempla a privacidade num modelo arquitetônico, dividido entre as possibilidades de monitoramento e pesquisa.

Enquanto o monitoramento seria algo transitório, isto é, a todo momento na sociedade da informação somos monitorados, a pesquisa é algo permanente. Ou seja, ao caminhar na rua, é possível monitoramento, filmagem ou ser fotografado. Esse registro é

---

[38] Idem. Na redação original: This action is of a nature somewhat unusual and depends for its support upon an application of certain principles which are themselves not very clearly defined or their boundaries very well recognized or plainly laid down. Briefly described the action is founded upon an alleged violation of what is termed the right of privacy. [...]While not assuming to decide what this right of privacy is in all cases, we are quite clear that such right would not be violated by the proposed action of the defendants. The plaintiff's cause of action is, we think, wholly fanciful. The defendants' contemplated action is not such as might be regarded by reasonable and healthy minds as in the slightest degree distressing or tending in the least to any injury to those feelings of respect and tenderness for the memory of the dead which most of us possess, and which ought to be considered as a proper subject of recognition and protection by civilized courts.

[39] WESTIN, Alan. **Privacy and Freedom.** New York: Atheneum, 1967. p. 31.

[40] LESSIG, Lawrence. The Archicteture of Privacy. In**: Vanderbilt Entertainment Law and Practice**. 1999. p.58.

transitório, porém a foto publicada em alguma rede social sobre este momento é algo permanente, pois esta informação poderá ser pesquisada por um período indeterminado.

O entendimento é importante, pois os custos de monitoramento na era do conhecimento são baixos, considerando que o acesso às redes compartilhadas, notadamente a *internet*, é amplo e neutro. Em razão disso, aumentam-se os dados, e a possibilidade de buscas permanentes, como cita o autor:

> Esse aumento no monitoramento está, portanto, aumentando as pesquisas: quanto mais é monitorado, esse monitoramento produz mais do que é pesquisável e estes dados pesquisáveis permanecem aguardando para serem pesquisados.
> Mas, além de haver mais a pesquisar, os custos de pesquisa também estão caindo. E, talvez paradoxalmente, esses custos decrescentes reduzem as proteções legais contra essa busca. [...]
> As tecnologias modernas estão rapidamente reduzindo os custos de ambos os tipos. No mundo real, as tecnologias como lentes, microfones de longa distância, câmeras infravermelhas ou exames corporais (*body scans*), reduzem as despesas de detectar o que o pesquisador está procurando. E no ciberespaço, a mudança é ainda mais dramática - a medida em que os dados avançam para uma rede de protocolos comuns e os sistemas de correspondências de dados se tornam ainda mais sofisticados. Em ambos os casos, as mudanças significarão uma redução acentuada nos custos de uma pesquisa específica e, portanto, um aumento, nesse aspecto, pelo menos, dos recursos pesquisáveis[41].
> [Tradução livre]

Atualmente, a proteção de dados dos cidadãos estadunidenses é regulamentada nos níveis estadual e federal em diversas leis esparsas, portanto, não existe um núcleo ou lei única sobre essa temática. A legislação federal é aplicável de forma setorial, isto é, criada e aplicável aos diferentes segmentos de atuação empresarial; enquanto as leis estaduais são mais voltadas para os consumidores, para as pessoas residentes naqueles estado, conforme estabeleceu Shawn Boyne:

> Os Estados Unidos seguem uma abordagem setorial para proteção de privacidade de dados. Não existe uma legislação federal abrangente que garanta a privacidade e a proteção de dados pessoais. Em vez disso, a legislação a nível federal protege principalmente os dados dentro de contextos específicos de cada setor. Em contraste com a abrangente Diretiva de Proteção de Dados da Europa, os Estados Unidos contam com uma combinação de leis nos níveis federal e estadual, regulamentos administrativos e diretrizes de autorregulação específicas da indústria. As garantias de proteção e de privacidade são específicas de cada setor e estão localizadas em uma miríade de instrumentos legislativos e na jurisprudência. Essas regras aplicam-

[41] LESSIG, Lawrence, *Ibidem*.

> se apenas a setores específicos como serviços de saúde, educação, comunicações e serviços financeiros ou, no caso de coleta de dados on-line, a crianças [42].
> [Tradução livre]

As leis de proteção de dados são baseadas na premissa de que um indivíduo possui uma expectativa de privacidade, exceto se ela foi de alguma forma restringida ou eliminada por algum acordo, contrato, lei ou consentimento.

Em relação às leis estaduais, é possível citar a Lei de Proteção à Privacidade Pessoal de Nova Iorque[43], que é prevista na Lei Estadual de Nova Iorque, de 1903, especificamente no artigo 6-A, nas Seções 91 a 99. No entanto, a referida Lei regula o acesso e o direito de impugnação relativo às informações contidas nos registros dos órgãos e entidades do poder público do Estado de Nova Iorque, não tendo impacto nas atividades empresariais, como prevê a Seção 92:

> Agência. O termo "agência" significa qualquer conselho estadual, agência, comitê, comissão, conselho, departamento, autoridade pública, corporação de utilidade pública, divisão, escritório ou qualquer outra entidade governamental que desempenhe uma função governamental ou proprietária para o estado de Nova York, exceto a Judiciário ou a Assembleia Legislativa ou qualquer unidade do governo local e não deve incluir escritórios de promotores distritais.
> (2) Comitê. O termo "comitê" significa o comitê de governo aberto constituído de acordo com a subdivisão um da seção 89 deste capítulo.
> (3) Assunto dos dados. O termo "pessoa em causa" significa qualquer pessoa singular sobre quem as informações pessoais foram coletadas por uma agência.
> (4) Divulgação. O termo "divulgar" significa revelar, liberar, transferir, disseminar ou de outra forma comunicar informações ou registros pessoais oralmente, por escrito ou por meio eletrônico ou de qualquer outro meio que não seja para o titular dos dados[44].
> [Tradução livre]

---

[42] BOYNE, Shawn Marie. Data protection in the United States. In: **The american journal of comparative Law**, v.66, Oxford University Press, 2018., pp. 299-343.

[43]ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **New York State Senate. Personal Privacy Protection Law**. Disponível em: https://www.nysenate.gov/legislation/laws/PBO/93. Acesso em 14 de abril de 2019.

[44] *Ibidem*. Na redação original: “Section 92. Definitions. (1) Agency. The term "agency" means any state board, bureau, committee, commission, council, department, public authority, public benefit corporation, division, office or any other governmental entity performing a governmental or proprietary function for the state of New York, except the judiciary or the state legislature or any unit of local government and shall not include offices of district attorneys. (2) Committee. The term "committee" means the committee on open government as constituted pursuant to subdivision one of section eighty-nine of this chapter. (3) Data subject. The term "data subject" means any natural person about whom personal information has been collected by an agency. (4) Disclose. The term "disclose" means to reveal, release, transfer, disseminate or otherwise communicate personal information or records orally, in writing or by electronic or any other means other than to the data subject”.

As leis federais dos Estados Unidos regularam a proteção de dados e a privacidade das pessoas em uma lógica setorial, com foco em serviços financeiros e fornecedores de serviços de saúde. Complementarmente, as leis federais impõem obrigações aos agentes econômicos, geralmente com o intuito de proibir o uso abusivo das informações dos consumidores, considerando alguns critérios de segurança, emprego, crédito e para regular as telecomunicações.

Em 1970, é criado o *Fair Credit Reporting Act* (FCRA), considerada a primeira lei sobre privacidade nos Estados Unidos. O referido diploma estabeleceu proteção aos consumidores mediante notificação sobre o registro de seus dados. Também previu que esse procedimento e fiscalização seriam realizados por uma agência governamental e definiu as condições legais para o acesso à informação.

Sem embargo, o diploma objetivava impor limites ao compartilhamento de dados relativos aos créditos de consumidores e facilitar a correção de erros. Por esse motivo, influenciou a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor brasileiro), em relação às obrigações de segredo e correção de dados financeiros de consumidores tratados por operadores de cadastros de crédito de consumo, notadamente nos arts. 43 e seguintes[45], conforme citou Ada Pellegrini Grinover *et al.* sobre as inspirações do CDC:

> Uma palavra à parte merece a influição do Direito norte-americano. Foi ela dupla. Indiretamente, ao se usarem as regras europeias mais modernas de tutela do consumidor, todas inspiradas nos cases e statute americanos. Diretamente, mediante análise atenta do sistema legal de consumidor nos Estados Unidos. Aqui foram úteis em particular o Federal Trade Commission Act, Consumer Product Safety Act, o Truth in Lending Act, o Fair Reporting Credit Act e o Fair Debt Collection Practices Act[46].

Segundo o FCRA, os operadores podem revelar os dados que coletarem sobre consumo em alguns casos, como cumprimento de ordem judicial ou em caso de consentimento do interessado, quando existirem razões para tanto.

---

[45] BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em 30 de abril de 2019. Art. 43. O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes.

[46] GRINOVER, Ada Pellegrini, *et al*. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 8.

Em 1974, foi editado o *Privacy Act* que regulou os bancos de dados do governo dos Estados Unidos. Trata-se de um código de boas práticas sobre informações pessoais que são mantidas em sistemas de registros em agências federais. Além disso, o *Privacy Act* estabeleceu que o direito à privacidade é um direito fundamental, protegido pela Constituição dos Estados Unidos, o que foi um marco na legislação desse país:

> A) O Congresso considera que (1) a privacidade de um indivíduo é diretamente afetada pela coleta, manutenção, uso e disseminação de informações pessoais pelos órgãos federais; (2) a crescente utilização de computadores e de tecnologias da informação sofisticadas, embora essencial operações eficientes do Governo, tem ampliado o dano à privacidade individual que pode ocorrer a partir de qualquer coleta, manutenção, uso ou disseminação de informações pessoais; (3) as oportunidades para um indivíduo proteger emprego, seguro e crédito, e seu direito do devido processo e outras proteções legais são ameaçadas pelo mau uso de certos sistemas de informação; (4) o direito à privacidade é um direito pessoal e fundamental protegido pela Constituição da Estados Unidos; e (5) a fim de proteger a privacidade dos indivíduos identificados nos sistemas de informação mantidos pelos órgãos federais, é necessário e apropriado que o Congresso regulamente a coleta, manutenção, uso e disseminação de informações por tais órgãos[47].
> [Tradução livre]

Outras leis podem ser destacadas[48], como "*The Gramm Leach Blileu Act" (15 U.S. Code 6802* a), de 12 de novembro de 1999, que versa sobre a proteção das informações pessoais coletadas por bancos, seguradoras e outras instituições financeiras. Esse diploma também trata das informações não-públicas, que incluem quaisquer informações que as instituições financeiras coletam de seus clientes relacionadas à prestação de serviços. Outrossim, o *Health Information Portability and Accountability Act* (29 U.S. Code 1181), 21 de agosto de 1996, visa a proteger as informações coletadas por alguma entidade, relacionadas a saúde, prestação de serviços de saúde ou pagamentos dos serviços que podem ser ligados a uma pessoa. O instrumento regula a forma de divulgação e as medidas de segurança que devem ser adotadas para tais dados.

Para Adam D. Moore, apesar de existir um corpo legislativo que regulamente a proteção de dados nos EUA, ele seria insuficiente. Inicialmente, isso se dá porque a estrutura normativa norte-americana abrange muitas leis esparsas que pouco se comunicam e retratam a

---

[47] ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **The Privacy Act**. USC§552ª. Disponível em https://www.govinfo.gov/content/pkg/USCODE-2012-title5/pdf/USCODE-2012-title5-partI-chap5-subchapII-sec552a.pdf. Acesso em 14 de abril de 2019.

[48] Existem diversas leis setoriais nos EUA relacionadas à proteção de dados a nível nacional, entre elas: *The Video Privacy Protection Act; Children´s online Privacy Protection Act e Controlling the Assault of Non-Solicited Pornography and Marketing Act*.

realidade. Além disso, as tecnologias continuam se desenvolvendo e, com isso, ameaçam cada vez mais o princípio da "*privacy*" norte-americana. É possível citar as rotinas de coletas de dados, o crescimento das pesquisas automatizadas, o reconhecimento facial, a biometria, o rastreamento espacial através de celulares ou veículos terrestres, o monitoramento de satélite entre outros, que não possuem regulamentação. A tendência atual é que ocorram mais inovações nos próximos anos, de maneira que comenta o autor:

> Uma breve análise de algumas das disposições legais já mencionadas deve ser suficiente para demonstrar a fragilidade da legislação sobre privacidade nos âmbitos estadual e federal. [...] o Privacy Act de 1974 foi alterado pela Lei de corresponndência computacional e proteção de privacidade *(Computer Matching and Privacy Protection Act*) de 1988 para permitir o compartilhamento de informações entre órgãos e entidades públicas - as informações coletadas para uma determinada finalidade podem ser usadas para outras finalidades por diversos órgãos sem o consentimento. As exceções descritas Lei de Privacidade Financeira de 1978 (*Right to Financial Privacy Act*) praticamente eliminaram as proteções à privacidade. As autuações administrativas, que são autorizadas independentemente de requerimento judicial, abriram a maioria dos registros financeiros para monitoramento[49].
> [Tradução livre]

Conclui-se que os EUA estabeleceram a privacidade em sua legislação em nível federal e estadual. No entanto, não existe diploma legal específico sobre proteção de dados e tratamentos pessoais de forma unificada no país, o que torna a estrutura frágil, especialmente no tocante à cooperação internacional.

1.1.1.3. União Europeia (UE)

[49] MOORE, Adam D. **Privacy Rights.** Moral and legal foundations, Pennsylvania: Pennsylvania State University Press, 2010., pp. 110-111. Na versão original, o autor assevera: "A brief glance at some of the statutory provisions already mentioned should be enough to demonstrate the general weakness of the statutory protectios for privacy at the stated and federal levels. [...], the Privacy Act of 1974 was amended by the Computer Matching and Privacy Protection Act of 1988 to allow the sharing of information across government agencies – information gathered for one purpose may be used for different purposes by different agencies without consent of the information target. Exemptions to the Right to Financioal Privacy Act oof 1978 have all but eliminated its privacy protections. Administrative subpoenas, authorized independently of judicial review, have opened up most financial records to monitoring".

O Tratado da União Europeia (UE)[50], de 25 de março de 1957, consolidado até 2016, organiza o funcionamento dela, determina domínios e regras de exercício das suas competências. O referido Tratado explicita, no art. 16, que todas as pessoas têm direito à proteção de dados de caráter pessoal que lhes digam respeito. Do mesmo modo, determinou que o Parlamento Europeu e o Conselho têm competência para deliberações sobre o tratamento de dados pessoais por instituições, órgãos e organismos da União Europeia e de seus membros.

A Diretiva nº 95/46/CE, celebrada em 24 de outubro de 1995, visou a harmonizar a defesa dos direitos e das liberdades fundamentais das pessoas naturais em relação às atividades de dados, bem como assegurou a livre circulação dos dados pessoais entre os Estados-membros. Embora inovador e almejado no momento da sua introdução (em 1995) por todos os países, o referido diploma não dispunha de uniformidade em relação aos direitos dos titulares dos dados em toda a UE e não proporcionava proteção legal contra o processamento inadequado de dados pessoais fora da UE. Inicialmente, isso ocorreu porque a diretiva não é um ato legislativo vinculante[51] a todos os países, mas apenas uma orientação de boas práticas para um objetivo comum, conforme define o item 9 do preâmbulo da referida Diretiva:

> Considerando que, devido à proteção resultante da aproximação das legislações nacionais, os Estados-membros não poderão criar obstáculos à livre circulação dos dados pessoais por razões de proteção dos direitos e liberdades das pessoas, nomeadamente do direito à vida privada; que é deixada aos Estados-membros uma margem para escolha que, no contexto da aplicação da diretiva, poderá ser utilizada pelos parceiros econômicos e sociais; que os Estados-membros poderão, pois, especificar na sua legislação nacional as condições gerais de licitude do tratamento de dados; que, ao fazê-lo, os Estados-membros se esforçarão para melhorar a proteção atualmente assegurada na respectiva legislação nacional; que, nos limites dessa margem de escolha e em conformidade com o direito comunitário, poderão verificar disparidades na aplicação da diretiva , isto poderá refletir na circulação de dados quer no interior de um Estado-membro, quer na Comunidade[52][...]
> [Tradução livre]

[50] UNIÃO EUROPEIA. **Tratado sobre o funcionamento da União Europeia**. Disponível em https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=PT. Acesso em 11 de abril de 2019.

[51] A Diretiva é um ato legislativo da União Europeia que exige que os Estados alcancem certo resultado, mas não os obriga a tanto, há certa flexibilidade, pois cada país deve elaborar a sua própria legislação para dar cumprimento a esse objetivo. Ela se distingue dos regulamentos pois estes são auto-executivos, não requerem medidas de execução, são atos vinculativos.

[52] UNIÃO EUROPEIA. **Diretiva nº 95/46/CE DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO de 24 de outubro de 1995**. Disponível em https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31995L0046&from=PT. Acesso em 11 de abril de 2019.

O modelo europeu normativo para proteção de dados, nessa linha, estruturava-se na Diretiva nº 95/46, porém cada país possuía uma legislação interna, o que gerava problemas na sistemática como salientado por Danilo Doneda:

> [...] a lei efetivamente aplicada aos casos concretos é a lei nacional, resultado da transposição da diretiva para cada estado-membro.
> [...] a relação entre os sistemas de fontes da União Europeia tem como conseqüência que não existam um sistema comunitário, porém tantos sistemas quanto resultem da integração das normas comunitárias com as de cada país[53].

Cooptando a maioria das disposições da norma antecedente, em 27 de abril de 2016, foi promulgado o Regulamento (UE) nº 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho (RGPD) relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação deles. O RGPD revogou a Diretiva nº 95/46, corrigiu diversas deficiências e alargou o seu âmbito de aplicação em toda União Europeia, inclusive fora dela, intensificando os requisitos existentes e introduzindo vários novos para as pessoas jurídicas, além de multiplicar os efeitos adversos por descumprimento e negligência.

O RGPD foi editado em razão da necessidade de modernização da legislação, considerando a introdução de novas tecnologias às realidades empresariais. Não obstante, o próprio novo direcionamento da comunidade europeia foi alterado com a edição da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia nº 2000/C 364/01, de 18 de dezembro de 2000, e inclusão do art. 8º[54], que previu a proteção de dados pessoais como um direito fundamental. A respeito do cenário de edição do RGPD como descreve Paul Lambert:

> O Regulamento Geral de Proteção de Dados da UE (RGPD) está revisando e modernizando o regime de proteção de dados. As organizações em toda a UE e em outros lugares serão afetadas e terão que se preparar para as novas regras.
> A diretiva de proteção de dados nº 46 da UE é datada de 1995. Obviamente, houve muitas mudanças desde então. Por exemplo, é anterior à criação das redes sociais on-line, computação em nuvem, *Big Data* e serviços da Web 2.0, novas normas de ameaças ou abuso on-line, como a pornografia de vingança, entre outros não

[53] DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 112.

[54] UNIÃO EUROPEIA. **Carta dos direitos fundamentais da União Europeia**. http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf. Disponível em 11 de abril de 2019. Art. 8º. Proteção de dados pessoais. 1.Todas as pessoas tem direito à proteção dos dados de caráter pessoal que lhes digam respeito. 2.Esses dados devem ser objeto de um tratamento leal, para fins específicos e com o consentimento da pessoa interessada ou com outro fundamento legítimo previsto por lei. Todas as pessoas têm o direito de aceder aos dados coligidos que lhes digam respeito e de obter a respectiva retificação.3. O cumprimento destas regras fica sujeito a fiscalização por parte de uma autoridade independente.

> existiam em 1995. Atividades modernas como *drones*, dados do veículo e veículos autônomos não estavam previstos no momento das regras de 1995[55].
> [Tradução livre]

Além disso, o RGPD teve por objetivo reforçar e unificar a proteção de dados pessoais na União Europeia por meio de uma adaptação dos princípios à sociedade da informação, que cada vez mais realiza coleta e tratamento de dados pessoais físicos ou digitais, por meio da *internet* ou não.

Por ter natureza de regulamento, o RGPD é diretamente aplicável a todos os membros da União Europeia, diferentemente do diploma revogado (Diretiva nº 95/46). Nesse aspecto, o art. 288 do Tratado de Funcionamento da União Europeia[56] explicita que "a diretiva vincula o Estado-Membro destinatário quanto ao resultado a alcançar, deixando, no entanto, às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios", enquanto o regulamento "tem caráter geral".

O RGPD é obrigatório em todos os seus elementos e diretamente aplicável em todos os Estados-Membros". Ele tem a força normativa necessária para a aplicação da proteção de dados a todos os Estados-membros, de modo que o art. 99, *in fine* determina "o presente regulamento é obrigatório em todos os seus elementos e diretamente aplicável em todos os Estados-membros[57]". Por outro lado, mesmo com o caráter vinculante do regulamento, o RGPD determina que os Estados-membros podem manter disposições específicas quanto à aplicação no regulamento, em razão do tratamento de dados, na forma da segunda alínea do art. 6º.

O âmbito de aplicação territorial foi ampliado pelo RGPD no art. 3º que prevê a incidência do RGPD em duas hipóteses. A primeira hipótese diz respeito à aplicação a todos

---

[55] LAMBERT, Paul. **Understanding the New European Data Protection Rules**. Boca Raton. CRC Press. 2017. p. 35. Na redação original "The EU General Data Protection Regulation (GDPR) is overhauling and modernizing the data protection regime. Organizations throughout the EU and elsewhere will be affected and will have to prepare for the new rules. The 1995 data protection directive (DPD95) in the EU dates from 1995. Obviously, therefore, there have been many changes since. For example, it pre-dates online social networking. Cloud computing, Big Data and wider Web 2.0 services, online abuse such as revenge porn, and so on did not exist in 1995. Modern activities such as drones, vehicle data, and self-driving vehicles were not envisaged at the time of the 1995 rules".

[56] UNIÃO EUROPEIA. **Tratado sobre o funcionamento da União Europeia**. Disponível em https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=PT. Acesso em 11 de abril de 2019.

[57] UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento nº (UE) 2016/679 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO de 27 de abril de 2016**. Disponível em https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=PT. Acesso em 11 de abril de 2019.

os agentes com estabelecimentos situados na UE que coletam e processam dados pessoais, ainda que o processamento ocorra fora dos países membros. Já a segunda hipótese é relativa aos agentes que possuem estabelecimentos fora da UE, porém que monitorem, processem, coletem dados ou forneçam bens e serviços a indivíduos no território da UE:

> 1. O presente regulamento aplica-se ao tratamento de dados pessoais efetuado no contexto das atividades de um estabelecimento de um responsável pelo tratamento ou de um subcontratante situado no território da União, independentemente de o tratamento ocorrer dentro ou fora da União.
> 2. O presente regulamento aplica-se ao tratamento de dados pessoais de titulares residentes no território da União, efetuado por um responsável pelo tratamento ou subcontratante não estabelecido na União, quando as atividades de tratamento estejam relacionadas com:
> a) A oferta de bens ou serviços a esses titulares de dados na União, independentemente da exigência de os titulares dos dados procederem a um pagamento;
> b) O controle do seu comportamento, desde que esse comportamento tenha lugar na União.
> 3. O presente regulamento aplica-se ao tratamento de dados pessoais por um responsável pelo tratamento estabelecido não na União, mas num lugar em que se aplique o direito de um Estado-Membro por força do direito internacional público[58]. [Tradução livre]

Contrariamente ao RGPD, a Diretiva nº 95/46 não estabelecia que seria cabível a aplicação das normas a qualquer agente que realizasse tratamento de dados de titulares da UE, mas tão somente se utilizasse meios automatizados situados na União. No caso de apenas dados que transitassem no território, não seria aplicável. Portanto, em relação ao âmbito de aplicação, o RGPD pode abranger qualquer local no mundo que realize tratamento de dados de pessoas europeias.

O RGPD estabeleceu quesitos para o tratamento de dados no art. 4º, sendo certo que tais definições importam para a análise de diversos conceitos, especialmente considerando sua grande influência na Lei brasileira, que utilizou definições similares, com algumas alterações em relação à própria linguagem, previstos no art. 5º da Lei nº 13.709/2018. Nesse sentido, os dados pessoais significam as informações relativas a uma pessoa natural identificada ou identificável, denominada titular dos dados.

---

[58] UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento nº (UE) 2016/679 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO de 27 de abril de 2016.** Disponível em https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=PT. Acesso em 11 de abril de 2019.

É considerada identificável uma pessoa natural que possa ser verificada, direta ou indiretamente, por referência a critérios individualizadores, como por exemplo, um nome, um número de identificação, dados de localização, identificadores de vias eletrônicas, elementos específicos da identidade física, fisiológica, genética, mental, econômica, cultural ou social dessa pessoa natural.

O RGPD por si não introduz drásticas mudanças na definição de dados pessoais em relação à Diretiva nº 95/46, mas ampliou as categorias, principalmente na esfera digital, pois no regulamento há a definição de perfis. Para além do nome, endereço de correio eletrônico, informações médicas (já previstas no art 2º, alínea a da Diretiva de 1995), os dados pessoais de um indivíduo podem incluir fotos, áudio, formatos visuais em geral, transações financeiras, publicações em sítios de redes sociais, identificadores de dispositivos, endereço do computador, número de telefones celulares, dados de localização, credenciais do usuário (*login*), histórico de navegação, dados profissionais e, muito mais, além de informações genéticas.

O tratamento em si considera as atividades realizadas em dados pessoais de pessoas naturais, por meios automatizados ou não, como coleta, registro, organização, estruturação, conservação, adaptação ou alteração, recuperação, consulta, utilização, divulgação, difusão ou qualquer outra forma de disponibilização, comparação ou interconexão, limitação, apagamento ou a destruição.

Para mais, o Regulamento prevê especificamente que não são considerados os dados das pessoas coletivas (jurídicas), especialmente as sociedades, como visto na redação da alínea 14 do preâmbulo. Em sentido amplo, entende-se que apenas as pessoas naturais serão contempladas pela proteção de dados, apesar do RGPD ser aplicável a empresários e não empresários, inclusive pessoas jurídicas:

> A proteção conferida pelo presente regulamento deverá aplicar-se às pessoas singulares, independentemente da sua nacionalidade ou do seu local de residência, relativamente ao tratamento dos seus dados pessoais. O presente regulamento não abrange o tratamento de dados pessoais relativos a pessoas coletivas, em especial a empresas estabelecidas enquanto pessoas coletivas, incluindo a denominação, a forma jurídica e os contactos da pessoa coletiva[59].

[59] UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento nº (UE) 2016/679 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO de 27 de abril de 2016**. Disponível em https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=PT. Acesso em 11 de abril de 2019.

O responsável pelo tratamento no RGPD é a pessoa natural ou jurídica de direito público ou privado que determine as finalidades e meios de tratamento dos dados pessoais. Desse modo, o regulamento também prevê as definições de pseudoanonimização, bancos de dados, consentimento, destinatário, terceiro, entre outras. Da mesma maneira, estabelece que o tratamento de dados deve ser lícito, leal e transparente, bem como deve atender às finalidades determinadas e legítimas, podendo estas apenas ser alteradas para fins de interesse público (art. 5º).

Em relação à licitude, o tratamento só é lícito se: (i) o titular tiver dado seu consentimento para determinada finalidade; (ii) for necessário para execução de contrato de que o titular é parte ou diligências pré-contratuais a pedido do titular dos dados; (iii) for necessário para cumprimento de obrigação jurídica ou necessidades vitais do titular de dados ou outra pessoa natural; (iv) houver interesse público ou exercício da autoridade pública de que esteja investido o responsável; e (v) se for necessário para efeitos dos interesses legítimos de responsável pelo tratamento ou terceiros, exceto se prevalecerem interesses ou direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam proteção de dados.

O consentimento, deve ser dado em declaração escrita individualizada ou distinta das demais disposições. O responsável pelo tratamento de dados deve ser capaz de comprovar que o próprio titular o realizou, além disso, esse consentimento pode ser retirado a qualquer momento de acordo com a própria Carta dos Direitos Fundamentais de 2000.

Em 18 de dezembro de 2000, foi editado o Regulamento nº 45/2001[60], que criou a Autoridade Independente de Proteção de Dados da UE, denominada (*European Data Protection Supervisor - EDPS*) com fins de proteção de dados em âmbito comunitário, isto é, organizações, órgãos e entidades da UE. O citado regulamento de 2001 foi revogado pelo Regulamento 2018/1725[61], do Parlamento Europeu e Conselho de, 23 de outubro de 2018.

A EDPS tem o papel de assegurar a todos os Estados-membros e cidadãos da UE o controle e a execução do RGPD, e tem como funções ouvir e investigar reclamações,

[60] UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento nº (UE) 45/2001 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO de 18 de dezembro de 2000**. Disponível em < https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32001R0045>. Acesso em 1º de maio de 2019.

[61] UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento nº (UE) 2018/1725 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO de 23 de dezembro de 2018**. Disponível em < https://europass.cedefop.europa.eu/sites/default/files/regulation-pt.pdf>. Acesso em 1º de maio de 2019.

aconselhar todas as organizações, órgãos e entidades sobre tratamento de dados; cooperar com as autoridades nacionais e outros órgãos da UE acerca de suas obrigações, além de manter registro das operações tratamento de dados de que forem notificadas.

Em relação às autoridades de controle dos Estados, o art. 28 da Diretiva nº 95/46 determinou que "cada Estado-membro estabelecerá que uma ou mais autoridades públicas serão responsáveis pela fiscalização da aplicação no seu território das disposições adotadas pelos Estados-membros[62]". A Diretiva estatuiu ainda que essas autoridades teriam independência sobre as atribuições e realizariam um controle prévio relativo ao tratamento de dados, mediante notificação obrigatória pelo responsável pelo tratamento de dados.

Cada autoridade[63] tem poderes de inquérito, obtenção de informações necessárias ao desempenho das funções de controle, poderes de intervenção, emissão de pareceres, bloqueio ou destruição dos dados, poder de intervir em processos judiciais no caso de violações às disposições nas infrações. Nas palavras de Danilo Doneda:

> O recurso a uma autoridade administrativa para a proteção de dados pessoais, no modelo de uma autoridade independente, é uma tendência fortemente enraizada em alguns ordenamentos. Após sua concepção e adoção em países como Alemanha e

[62] UNIÃO EUROPEIA. **Diretiva nº 95/46/CE DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO de 24 de outubro de 1995**. Disponível em https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31995L0046&from=PT. Acesso em 11 de abril de 2019.

[63] Em abril de 2019, havia 31 autoridades independentes de proteção de dados situadas nos Estados-membros da União Europeia, nos seguintes países: Alemanha *(Die Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit*); Áustria (*Österreichische Datenschutzbehörde*); Bélgica (*Autorité de la protection des données –APD/GBA*); Bulgária (*Commission for Personal Data Protection*); Croácia (*Croatian Personal Data Protection Agency*); Chipre (*Commissioner for Personal Data Protection*), República Tcheca *(Office for Personal Data Protection*); Dinamarca *(Datatilsynet*); Eslováquia (*Office for Personal Data Protection of the Slovak Republic*); Eslovênia (*Information Commissioner of the Republic of Slovenia*); Espanha (*Agencia Española de Protección de Datos -AEPD*); Estônia (*Estonian Data Protection Inspectorate - Andmekaitse Inspektsioon*); Finlândia (*Office of the Data Protection Ombudsman*); França (*Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés – CNIL*); Grécia (*Hellenic Data Protection Authority*); Hungria (*Hungarian National Authority for Data Protection and Freedom of Information*); Irlanda (*Data Protection Commission*); Islândia (*Persónuvernd*); Itália (*Garante per la protezione dei dati personali*); Letônia (*Data State Inspectorate*); Lituânia (*State Data Protection Inspectorate*); Liechtenstein (*Data Protection Offic*e *of Principality of Liechtenstein*); Luxemburgo (*Commission Nationale pour la Protection des Données*); Malta (*Office of the Information and Data Protection Commissioner*); Noruega (*Datatilsynet*); Países baixos (*Autoriteit Persoonsgegevens*); Polônia (*Urząd Ochrony Danych Osobowych, Personal Data Protection Office*), Portugal (*Comissão Nacional de Protecção de Dados – CNPD*), Reino Unido (*The Information Commissioner's Office*); Romênia (*The National Supervisory Authority for Personal Data Processing*); e Suécia (*Datainspektionen*).

Cf. Os dados foram extraídos do próprio sítio on-line do Comitê Europeu para da Proteção de Dados na União Europeia, um organismo europeu independente para aplicação em matéria de proteção de dados e que promove cooperação entre as autoridades dos Estados-membros. In: UNIÃO EUROPEIA. **Comitê Europeu para a Proteção de Dados**. Disponível em https://edpb.europa.eu/about-edpb/board/members_pt. Acesso em 01 de maio de 2019.

> Suécia, a obrigatoriedade de sua instituição em todos os países-membros da União Europeia, por força da Diretiva nº 95/46/CE, transformou-a em característica integrante do chamado "modelo europeu" de proteção de dados pessoais[64].

Os arts. 21, 51 e seguintes do RGPD mantiveram as disposições sobre a existência de autoridades públicas de controle nos Estados, denominadas Autoridades de Proteção de Dados *(Data Protection Authority*). No entanto, os responsáveis por dados não precisam mais inserir informações sobre suas atividades de processamento de dados pessoais no registro (*on-line*) das autoridades de controle, como era previsto na Diretiva nº 95/46, por meio do controle prévio. Esse controle prévio era uma função das autoridades de proteção de dados criada pela referida Diretiva, em que obrigatoriamente os responsáveis pelas operações com dados pessoais deveriam submeter à apreciação da autoridade os tratamentos que apresentassem riscos, conforme estabelecia o art. 20[65].

Atualmente, por meio do RGPD, os responsáveis por tratamento de dados devem nomear um encarregado que realizará a interface entre os responsáveis e a autoridade de controle sobre questões relacionadas ao tratamento de dados. Por conseguinte, há a necessidade de consulta prévia às autoridades em caso de impacto sobre proteção de dados, entendido como um tratamento suscetível de implicar elevado risco para os direitos e liberdades das pessoas naturais. Nestes casos, o responsável pelo tratamento de dados deve proceder a uma avaliação de impacto (art. 35 do RGPD), por intermédio de parecer do encarregado.

Constatado pelo responsável e pelo encarregado o risco inerente ao tratamento, o responsável pelo tratamento deverá consultar a autoridade de proteção de dados para avaliação, em um processo denominado consulta prévia (art. 36). A autoridade poderá concecer orientações sobre a operação, tratamento ou vetar a operação, bem como pode emitir

---

[64] DONEDA, Danilo. *Op. Cit.,* 2006. p. 385.

[65] UNIÃO EUROPEIA. **Diretiva nº 95/46/CE DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO de 24 de outubro de 1995**. Disponível em https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31995L0046&from=PT. Acesso em 11 de abril de 2019. Cf. O artigo 20 contém a seguinte redação: "Controle prévio 1. Os Estados-membros especificarão os tratamentos que possam representar riscos específicos para os direitos e liberdades das pessoas em causa e zelarão por que sejam controlados antes da sua aplicação. 2. Esse controle prévio será efetuado pela autoridade de controle referida no artigo 28 após recepção de uma notificação do responsável pelo tratamento ou pelo encarregado da proteção de dados que, em caso de dúvida, deverá consultar a autoridade de controle 3. Os Estados-membros poderão igualmente efetuar este controle durante os trabalhos de preparação de uma medida do parlamento nacional ou de uma medida baseada nessa medida legislativa, a qual defina a natureza do tratamento e estabeleça as garantias adequadas."

relatórios que indiquem quais tipos de tratamentos devem, obrigatoriamente, estar sujeitos à consulta prévia.

As avaliações de impacto incrementaram uma reformulação da regulação no tratamento de dados. Essas atividades tornaram-se obrigatórias apenas em situações de alto risco, mediante consulta às autoridades, e ao adicionar novos processos de dados ou novas tecnologias. Por conseguinte, todos os responsáveis pelo tratamento devem conservar um registro de todas as atividades e enviá-las à autoridade de proteção de dados, caso seja solicitada. Os registros devem conter os dados do responsável pelo tratamento e do encarregado; finalidade; descrição dos titulares dos dados e categorias de dados pessoais; destinatários; identificação de países terceiros ou organizações que tiveram acesso aos dados; prazos de apagamento e exclusão; técnicas de segurança (art. 30)

Em relação ao porte dos empresários, o RGPD define um número mínimo de 250 (duzentos e cinquenta) empregados como condição para o responsável pelo tratamento de dados ser obrigado a manter os registros sobre o tratamento das pessoas naturais e disponibilizá-los sob demanda das autoridades de controle. Esse tratamento diferenciado foi conferido aos micro, pequenos e médios empresários, de modo que o legislador criou um caráter de isonomia entre os agentes, conforme prevê o item 13 do preâmbulo do RGPD:

> A fim de assegurar um nível coerente de proteção das pessoas naturais na União Europeia e evitar que divergências constituam um obstáculo à livre circulação de dados pessoais no mercado interno, é necessário um regulamento que garanta a segurança jurídica e a transparência aos agentes econômicos, incluindo os micro, pequenos e médios empresários, que assegure às pessoas naturais de todos os Estados-Membros o mesmo nível de direitos suscetíveis de proteção judicial e imponha obrigações e responsabilidades iguais aos responsáveis pelo tratamento e aos seus subcontratantes, que assegure um controle coerente do tratamento dos dados pessoais, sanções equivalentes em todos os Estados-Membros, bem como uma cooperação efetiva entre as autoridades de controle dos diferentes Estados-Membros. O bom funcionamento do mercado interno impõe que a livre circulação de dados pessoais na União não pode ser limitada ou proibida por motivos relacionados à proteção das pessoas naturais no que diz respeito ao tratamento dos dados pessoais. **Considerando a situação particular das micro, pequenas e médias empresas, o presente regulamento prevê uma exceção para as organizações com menos de 250 trabalhadores relativamente à manutenção do registro de atividades de tratamento.** Além disso, as instituições e os órgãos da União, os Estados-Membros e as suas autoridades de controle, são incentivados a considerar as necessidades específicas das micro, pequenas e médias empresas. A

> noção de micro, pequenas e médias empresas está prevista no artigo 2º do anexo da Recomendação 2003/361/CE da Comissão[66].
> [Tradução livre e grifos doautor]

Esse número mínimo de empregados não será relevante, no entanto, se o processamento puder resultar num risco para os direitos e liberdades dos titulares de dados, não for ocasional ou incluir categorias especiais de dados ou dados pessoais relacionados com condenações e infrações penais, quando os responsáveis deverão manter os registros. Esses requisitos também se aplicam aos processadores de dados. Note-se que a LGPD brasileira não conferiu tal diferenciação para os micro e pequenos empresários.

O RGPD institui a obrigatoriedade de comunicações e relatórios sobre violações de dados. Cada encarregado ou responsável pela proteção de dados deverá notificar a autoridade de proteção em caso de potencial ou real vazamento de dados pessoais, imediatamente, ou em prazo máximo de 72 (setenta e duas) horas. Em determinadas circunstâncias, os titulares também devem ser informados da violação[67].

Sobre às penalidades por obrigações dos responsáveis pelo tratamento, o regulamento prevê multas de até 10 (dez) milhões de euros, ou no caso de empresários, 2% (dois por cento) de seu volume anual de negócios a nível mundial, correspondente ao exercício financeiro anterior, o que for maior. Em caso de negligência, violação de princípios, direitos dos titulares, incluindo condições de consentimento ou descumprimento de sanções da autoridade de proteção de dados, as multas serão superiores, no montante de 20 (vinte) milhões de euros, ou 4% da receita mundial anual, o que for maior. Há também espaço para a legislação nacional elaborar medidas adicionais, como a prisão de empregados de pessoas jurídicas responsáveis pela violação do RGPD e regulamentos subsequentes.

Pelo exposto, a União Europeia estabeleceu grande influência mundial na proteção de dados, com a consolidação de uma Carta de Direitos Fundamentais que incluiu a proteção

---

[66] UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento nº (UE) 2016/679 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO de 27 de abril de 2016**. Disponível em https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=PT. Acesso em 11 de abril de 2019.

[67] UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento nº (UE) 2016/679 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO de 27 de abril de 2016**. Disponível em https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=PT. Acesso em 11 de abril de 2019. Art. 33, 1ª alínea. Em caso de violação de dados pessoais, o responsável pelo tratamento notifica desse facto a autoridade de controlo competente nos termos do artigo 55.o, sem demora injustificada e, sempre que possível, até 72 horas após ter tido conhecimento da mesma, a menos que a violação dos dados pessoais não seja suscetível de resultar num risco para os direitos e liberdades das pessoas singulares. Se a notificação à autoridade de controlo não for transmitida no prazo de 72 horas, é acompanhada dos motivos do atraso.

de dados pessoais como um direito fundamental da pessoa humana, com base nas diretrizes da OCDE e também na Declaração Universal de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU).

Considerando a preocupação do Estado no tocante à proteção de dados, houve a instituição de um complexo normativo que visa à proteção dos cidadãos europeus, inicialmente com a Diretiva nº 46, de 1995. Nesse sentido, foi muito importante a percepção da evolução dos meios tecnológicos e das novas formas de comercialização, com a real necessidade de reestrutução das normas existentes e a criação do RGPD com outras perspectivas ampliadas.

1.1.2. Privacidade e proteção de dados pessoais na legislação brasileira

Inicialmente, a privacidade foi concebida no ordenamento jurídico brasileiro como um direito fundamental na Constituição Federal e um direito da personalidade pelo Código Civil de basilar importância para a proteção de dados das pessoas naturais e jurídicas.

Ressalte-se que a privacidade, como algo fundamental para as pessoas é um requisito para que ela tenha dignidade, por isso o Estado deve buscar maneiras efetivas de proporcionar tal privacidade para as pessoas. Porém, não apenas as pessoas naturais carecem de tal privacidade, mas também as pessoas jurídicas.

Todas as pessoas têm direito à segurança que não apenas significa algo físico ou material, mas uma segurança ampla. Considerando a sociedade da informação, tem-se que uma das grandes violações à segurança das pessoas condiz com os dados que mantém nos computadores e *internet*, uma vez que há um constante monitoramento de suas atividades, imagem, identidade entre outros.

A proteção de dados das pessoas naturais e jurídicas também foi prevista de forma pulverizada em diversas leis e atos do ordenamento jurídico brasileiro, até a edição da Lei nº 13.709/2018. Para fins empresariais, serão examinadas a Constituição Federal, o Código Civil no tocante ao direito à privacidade, o Código de Defesa do Consumidor e as Leis nºs 9.279, de 14 de maio de 1996 (Lei da propriedade industrial), 12.414, de 9 de junho de 2011 (Cadastro positivo), 9.507, de 12 de novembro de 1997 (*habeas data*), 12.527, de 18 de

novembro de 2011 (Lei de acesso à informação) e Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Lei do marco civil da *internet*), além da própria Lei nº 13.709/2018.

1.1.2.1. Constituição Federal e Código Civil de 2002

Anteriormente à análise constitucional da privacidade, cumpre citar ela foi prevista na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 10 de dezembro de 1948 da ONU. Tal documento tem por objetivo promover o respeito aos direitos e liberdade ali previstos de maneira internacional, relevando a dignidade das pessoas e uma observância universal e efetiva.

O art. XII da Declaração estabelece que "ninguém será sujeito à interferência em sua vida privada, em sua família, em seu lar ou em sua correspondência, nem a ataque à sua honra e reputação. Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques[68]". Portanto, como direito humano universal, todas as pessoas têm direito à sua privacidade, a manter o sigilo de suas correspondências, sua vida privada e familiar. Essas limitações devem ser compatibilizadas com a realidade do mundo moderno, uma vez que vivemos em uma sociedade do conhecimento, com a expansão de tecnologias[69].

Nesse cenário, os direitos fundamentais se diferenciam dos direitos humanos, pois têm como requisitos de caracterização sua indicação como direitos fundamentais na norma constitucional. Além disso, devem receber da constituição um grau elevado de garantia ou segurança, de modo que sejam imutáveis ou que sua mudança seja, ao menos, dificultada por meio de mecanismos de emendas constitucionais. Então, os direitos constitucionais são direitos humanos, previstos em determinados instrumentos constitucionais das nações,

---

[68] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 2019**. Disponível em https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf. Acesso em 03 de abril de 2019.

[69] Esse paradoxo será explorado no terceiro capítulo que trata das perspectivas do big data em relação à proteção de dados. Nesse sentido, Adalberto Simão Filho e Germano A. Schwartz: "a busca da lucratividade global como principal resultado esperado da utilização da IdC [sic.], nesta revolução em curso, será desenvolvida a partir da qualidade na interpretação de dados maciços e da aplicação em negócios e modelos econômicos, com as premissas decorrentes do sistema de regulação adotado no país, no que tange a proteção de consumidores, dados, privacidade, entre outros, que não desprezará direitos que corriqueiramente aparecem violados no uso diuturno e maciço da *internet*". Cf. SIMÃO FILHO, Adalberto; SCHWARTZ, Germano André D. Big Data em tempos de *internet* das coisas. In: PARENTONI, Leonardo (Coord). GONTIJO, Bruno Miranda; LIMA, Hentique Cunha(Org.). **Direito, Tecnologia e Inovação**. v. 1. Belo Horizonte: Editora D´Placido, 2019, p. 227.

enquanto os direitos humanos possuem caráter universal de tutela da dignidade da pessoa humana, como descreve Paulo Bonavides:

> Os direitos fundamentais [...] variam conforme a ideologia, a modalidade de Estado, a espécie de valores e princípios que a Constituição consagra. Em suma, cada Estado tem seus direitos fundamentais específicos.
> [...] Os direitos humanos, tomados pelas bases de sua existencialidade primária, são assim os aferidores da letigimação de todos os poderes sociais políticos e individuais. Onde quer que eles padeçam lesão a Sociedade se acha enferma[70].

A Constituição Federal de 1988 dispõe no art. 1º que a República Federativa do Brasil é um Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político. Nesse sentido, o mesmo artigo consagra os princípios estruturantes e que constituem as diretrizes fundamentais para todo o ordenamento jurídico.

A ordem econômica adotada pela Constituição é capitalista, fundada na livre iniciativa e na livre concorrência, conforme preveem os arts. 170 e 173. Sem embargo, em razão da força normativa da Constituição Federal, esta garante um limitador ao Estado e a efetividade de que princípios sejam observados[71].

Nessa ótica, a Constituição elenca a dignidade da pessoa humana como um dos seus objetivos fundamentais, de modo que os indivíduos, em virtude de sua condição humana, são titulares de direitos que devem ser observados pelos demais e pelo Estado. A dignidade da pessoa humana[72] não apenas representa um direito de todos os indivíduos, mas um

---

[70] BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15.ed. São Paulo. Malheiros. 2004. p.575

[71] Cf. HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991. p. 20. O autor descreve tal força dos princípios e a necessidade de adaptação à realidade: " [...] a Constituição deve assentar-se numa estrutura unilateral, se quiser preservar a sua força normativa num mundo em processo de permanente mudança político-social. Se pretende preservar a força normativa dos seus princípios fundamentais, deve ela incorporar mediante meticulosa ponderação, parte da estrutura contrária[...]".

[72] Cf. Diversos autores descrevem a dignidade da pessoa humana como princípio que deve nortear as relações jurídicas, como Ingo Wolfgang Sarlet (In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006) Gustavo Tepedino (In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999) e Maria Celina Bodin de Moraes (MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana**: estudos de direito civil, Rio de Janeiro: Renovar, 2010). Neste sentido, Maria Celina Bodin de Moraes comenta: "No direito brasileiro a previsão do inciso III do art. 1º da Constituição, ao considerar a dignidade humana como valor sobre o qual se funda a República, representa uma verdadeira cláusula geral de tutela de todos os direitos que da personalidade irradiam[...]".

fundamento do Estado Democrático de Direito, ao ter sido indicado como um fundamento da República[73].

Conforme indicou Maria Celina Bodin de Moraes a dignidade da pessoa humana alcança todos os setores da ordem jurídica, embora para evitar abstrações, a dignidade deve ser entendida como um valor intrínseco às pessoas. Considera-se que estas são racionais, dotadas de livre arbítrio e capacidade de interagir com outros. Portanto, são corolários os princípios da igualdade, integridade física e moral, liberdade e solidariedade.

> O substrato material da dignidade deste modo entendida pode ser desdobrado em quatro postulados: (i) sujeito moral (ético) reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele; (ii) merecedores dos mesmos direitos à integridade psicofísica de que é titular, (iii) é dotado de vontade livre, de autodeterminação; (iv) é parte do grupo social, em relação ao qual tem a garantia de não vir a ser marginalizado[74].

A Constituição Federal de 1988 contém diversas previsões de direitos e liberdades civis que estão conectadas à cláusula geral de tutela do livre desenvolvimento das pessoas. Deste modo, questões existenciais como o acesso à informação, direito à privacidade, integridade física e psíquica, estão compreendidos pela tutela da pessoa, e constituem princípios com natureza normativa, juridicamente merecedores de tutela.

Segundo Pietro Perlingieri, há obrigatoriedade de observância e aplicação direta dos princípios constitucionais, inclusive de solidariedade, proteção à pessoa humana aos diversos institutos clássicos. Neste sentido, entende o autor:

> O parâmetro sistemático que o ordenamento seja interpretado na sua unidade, enquanto o parâmetro axiológico implica que os valores constitucionais, comunitários e internacionais avivem e tornem atuais normas individuais ou complexos de normas que devem ser sempre lidas e interpretadas, mesmo que aparentemente sejam claras.
> [...] A norma, clara ou não, deve ser conforme aos princípios e aos valores do ordenamento e deve resultar de um processo argumentativo não somente lógico, mas axiologicamente conforme às escolhas de fundo do ordenamento[75].

---

[73] CASTRO, Lincoln Antonio *et al*. Dignidade da pessoa humana. In: BENICIO, Milla; CAMARA, Sergio. **Direitos humanos: Da teoria à prática**. Rio de Janeiro: Editora Autobiografia. 2015. p. 22.

[74] MORAES, Maria Celina Bodin de. *Op.Cit.,* 2010. p.85

[75] PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil da legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2004. p. 596-597.

Desse modo, o *caput* do art 5º da Constituição Federal do Brasil de 1988[76] dispõe que todas as pessoas são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito a vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade.

A Constituição também previu a proteção de dados como um direito fundamental ao sigilo de correspondência e comunicações, como dispõe o art. 5º, XII, *in verbis*: "é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal[77]". Além disso, o inciso X desse artigo estabelece que "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação[78]".

A redação dos dispositivos anteriormente citados, demonstram que a Constituição Federal estabeleceu a segurança e a propriedade como direitos fundamentais. Nesse lastro, ainda assegurou que o Estado deve garantir a inviolabilidade da intimidade e da vida privada das pessoas, sigilo dos dados e comunicações, além da própria privacidade necessária diante de novas tecnologias.

O art. 5º, X, da Constituição Federal não menciona a privacidade de maneira indicativa, além de que a intimidade, a vida privada e a imagem foram consideradas separadamente pelo Poder Constituinte. José Afonso da Silva, neste sentido, pontuou que o direito à privacidade deve ser entendido em sentido genérico, como a representação de todos aqueles direitos fundamentais, em sua síntese:

> Por isso, preferimos usar a expressão direito à privacidade, num sentido genérico e amplo, de modo a abarcar todas essas manifestações da esfera íntima privada e da personalidade, que o texto constitucional em exame consagrou.

---

[76] BRASIL. **Constituição Federal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 03 de abril de 2019.

[77] Ibidem.

[78] Ibidem.

> Toma-se, pois, a privacidade como o conjunto de informação acerca do indivíduo que ele pode decidir manter sob seu exclusivo controle, ou comunicar, decidindo a quem, quando onde e em que condições, sem a isso poder ser legalmente sujeito[79].

Do mesmo modo, Danilo Doneda informou que a análise da privacidade engloba todos os conceitos individualmente considerados pela Constituição Federal no art. 5º, X, uma vez que haveria uma fragilidade da análise de cada um desses direitos individualmente. Nessa ótica, a privacidade possui implicitamente todas essas características:

> O termo específico é suficiente para distinguir-se de outras locuções com as quais deve medir-se, como a imagem, honra e identidade pessoal; e também é claro o bastante para especificar seu conteúdo, um efeito da atualidade. Mas essa escolha não é somente da fragilidade das demais opções: ao contrário, ela revela-se por si só a mais adequada justamente por unificar os valores expressos pelos termos intimidade e vida privada[80].

Destarte, a esfera de proteção da privacidade, de inviolabilidade da pessoa, de acordo com o texto constitucional é ampla, podendo envolver seu nome, endereço, imagem, pensamentos, planos, família, modo de vida, enfim todas as características externas e internas da pessoa, patrimoniais, existenciais.

A privacidade também representa um direito da personalidade, previsto na Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), no capítulo II do Título I. O *caput* do art. 20 do Código Civil estabelece, que exceto se autorizadas ou se fundamentais à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, se houver requerimento do usuário, sem prejuízo de indenização cabível, caso sejam destinadas a fins comerciais, ou lhe atinjam a honra, a boa fama ou a respeitabilidade.

Da mesma maneira, o art. 21 do Código Civil previu a inviolabilidade da vida da pessoa natural, além de que o juiz, mediante requerimento desse indivíduo, adotará as providências necessárias para impedir ou cessar eventuais violações.

---

[79] SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35.ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 206.

[80] DONEDA, Danilo. *Op. Cit.*, 2006. p. 112.

Esses direitos decorrem da personalidade e dos próprios preceitos constitucionais, inclusive do valor supremo da dignidade da pessoa humana. Nesse caso, os dispositivos acima do Código Civil são claramente reflexos do art. 5º, X, da Constituição Federal que declarou como invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e imagem das pessoas.

Desde logo, é fundamental esclarecer que o direito à privacidade, previsto no art. 5º, X, se aplica às pessoas jurídicas, tanto na qualidade de titulares do direito como ao revés, como agentes que devem assegurar tais direitos a terceiros. Nessa ótica, os dados profissionais e negociais estão sujeitos a essa tutela de proteção.

Note-se que parte da doutrina como Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes[81], entende que não cabe falar em extensão moral da privacidade à pessoa jurídica, mas apenas em relação aos danos patrimoniais, pela ausência da humanidade. É possível que exista uma violação a dado ou informação negocial, segredo industrial, mas os efeitos são efetivamente monetizados, não cabendo aplicação dos direitos à personalidade.

No entanto, às pessoas jurídicas também são aplicáveis diversos direitos previstos no art. 5º da Constituição Federal e não apenas às pessoas naturais, como princípio de isonomia, legalidade, direito de resposta, direito de propriedade, sigilo da correspondência e das comunicações em geral, inviolabilidade do domicílio e proteção do direito jurisdicional.

A pessoa jurídica é o "agrupamento de pessoas dotado pela lei de aptidão para a titularidade de direitos e obrigações na ordem civil, tendo personalidade jurídica própria independente de seus membros[82]". Consequentemente, vigora no ordenamento jurídico o princípio da autonomia subjetiva da pessoa jurídica, que invoca a distinção da pessoa jurídica da pessoa dos membros que a compõem. Excepcionalmente, tal separação poderá ser afastada episodicamente, para que, no caso concreto, seja estendida a responsabilidade aos bens particulares dos administradores ou membros da pessoa jurídica, conforme elucida Fábio Ulhôa Coelho:

> Ressalta, também, que não se admite a desconsideração sem a presença desse abuso, mesmo que para a proteção da boa-fé. O segundo princípio da teoria da desconsideração circunscreve, com mais precisão, as hipóteses em que a autonomia

[81] TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República**, v. I, 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 137.

[82] COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de Direito Comercial**, v. 1. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 109.

> deve ser preservada. Afirma que não é possível desconsiderar a autonomia subjetiva da pessoa jurídica apenas porque o objetivo de uma norma ou a causa de um negócio não foram atendidos. Em outros termos, não basta a simples prova da insatisfação de direito de credor da sociedade para justificar a desconsideração[83].

Fábio Ulhôa Coelho[84], enuncia também que o princípio da autonomia patrimonial que "os sócios não podem ser considerados os titulares dos direitos ou os devedores das prestações relacionados ao exercício da atividade econômica, explorada em conjunto. Será a própria pessoa jurídica da sociedade a titular de tais direitos e a devedora dessas obrigações". Portanto, a própria pessoa jurídica teria atributos intrínsecos que permitiriam sua proteção em relação ao direito à privacidade.

Cumpre informar que parte da doutrina[85], como Alexandre Ferreira de Assumpção Alves, também entende que alguns atributos dos direitos da personalidade, previstos no Código Civil são aplicáveis às pessoas jurídicas, inclusive os previstos no arts. 11 e 12. Esse entendimento é corroborado pelo próprio ordenamento jurídico, uma vez que o art. 52 do Código Civil claramente dispõe que: "aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade". O citado autor identifica que existem atributos comuns a todas as pessoas que são protegidos pelos direitos da personalidade:

> [...] os direitos da personalidade têm traços comuns identificados pela doutrina, constituindo uma categoria à parte da clássica divisão entre os direitos pessoais e reais. Deve-se esta feição a certas características que são comuns a todos eles, a saber: são absolutos; necessários e vitalícios; não pecuniários; intransmissíveis; imprescritíveis; impenhoráveis; inexpropriáveis; indisponíveis e irrenunciáveis[86].

.

Frise-se que existem direitos da personalidade que são exclusivamente aplicáveis à pessoa natural, pois consideram o ser humano em sua essência, como a integridade psicofísica. Porém existem atributos da personalidade aplicáveis tanto à pessoa natural quando às pessoas jurídicas, como o nome, a imagem, a identidade, a privacidade, liberdade, como versa Sergio Cavalieri Filho:

---

[83] Cf. COELHO, Fábio Ulhôa, *Op cit*., 2012. p. 99.

[84] Cf. COELHO, Fábio Ulhôa, *Idem.,* p. 24.

[85] Cf. ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. **A pessoa jurídica e os direitos da personalidade.** Rio de Janeiro: Renovar, 1998; e CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 10.ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

[86] ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção., *Idem.*, 1998. p. 65.

> [...] O Direito faculta-lhe adquirir e exercer direitos e contrair obrigações – enfim, proceder no mundo jurídico como ser dotado de patente autonomia. [...] É preciso reconhecer que ela embora despida de certos direitos que são próprios da personalidade humana – tais como é o caso da integridade física, psíquica e da saúde –, é titular de alguns direitos especiais da personalidade, ajustáveis às suas características particulares, tais como o nome, a imagem, a reputação, o sigilo da correspondência[87].

Igualmente, é possível a responsabilização indenizatória para proteção da pessoa jurídica. Logo, a proteção dos atributos morais, mediante propositura de ação de responsabilização não é exclusividade das pessoas naturais. Nesse mesmo sentido, a Súmula 227 do Superior Tribunal de Justiça estatui de forma bastante clara que "a pessoa jurídica pode sofrer dano moral".

Do mesmo modo, o Supremo Tribunal Federal já fixou entendimento sobre esse tema, consolidado no Informativo nº 262, de abril de 2002, no Acórdão do Agravo Regimental em Recurso nº 244.071 da Segunda Turma[88].

Tratava-se de agravo regimental interposto pelo Banco do Brasil S.A. contra agravo de instrumento em razão da decisão do Presidente do Tribunal do Estado de São Paulo que inadmitiu recurso extraordinário em face de Metalgâmica Produtos Gráficos Ltda, pelo arbitramento de danos morais a ela. Na origem, a ação foi motivada por violação ao art. 5º, X da Constituição Federal em virtude de protesto indevido de título, o que gerou prejuízos à imagem e honra da agravada (Metalgâmica).

O Banco do Brasil alegou que o dano à honra, à intimidade e à vida privada, constitucionalmente previstos são atributos das pessoas naturais. Assim, à pessoa jurídica ficaria reservado apenas o direito à reparação do dano patrimonial, sendo que nesse contexto se encaixaria a situação daquelas partes, cabendo a comprovação dos prejuízos financeiros suportados.

---

[87] CAVALIERI FILHO, Sergio. *Op. Cit.*, 2012. p.108.

[88] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **Recurso Extraordinário nº 244.072-7**. Relator Ministro Néri da Silveira. J: 02.04.2002. DJ: 12.04.2002. Disponível em http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1761555. Acesso em 13 de abril de 2019. Ementa: Recurso extraordinário inadmitido. 2. Dano moral. Pessoa Jurídica. Protesto indevido de título cambial pelo Banco agravante. 3. Aspectos de fato amplamente analisados pelo acórdão local, inclusive no que concerne às circunstâncias em que se fez o protesto. Reexame de fatos e provas da causa. Inviabilidade. Súmula 279. 4. Agravo regimental desprovido. Por unanimidade, a Turma negou provimento ao agravo regimental. [...]

Em seu voto, o ministro relator Néri da Silveira anotou que o direito à honra é traduzido por uma série de expressões como dignidade, reputação, nome, fama, estima, respeito, pontualidade, decoro, entre outras. Dessa forma, seria inegável que a pessoa jurídica pudesse sofrer ofensa a alguns desses atributos em sentido amplo da honra, como imagem, nome e reputação, sendo aplicável o art. 5º, X, da Constituição para reparação do dano moral, conforme trecho de seu voto:

> Não se há de considerar, portanto, que o art. 5º, V e X, da CF, este no que concerne o direito à imagem, não sejam invocáveis, em favor de pessoa jurídica, para a reparação por dano moral, dentro da visão ampla atribuível ao conceito de honra, no âmbito das disposições constitucionais referidas e acima especificadas na dicção do acórdão recorrido.
>
> Nego assim provimento ao agravo regimental[89].

Isso posto, entende-se que a pessoa jurídica, embora não seja passível de sofrer um dano em relação à dignidade da pessoa humana, pode sofrer um dano em sentido amplo, como violação de um direito da personalidade. Isso é possível porque é titular de honra objetiva, fazendo jus à indenização em caso de abalo ao seu nome, credibilidade, imagem, sendo aquela entendida como "valor social da pessoa perante o meio em que exerce sua atividade[90]".

Em relação ao conceito de privacidade importa notar que é um direito fundamental constitucionalmente garantido a todas as pessoas. A privacidade evoluiu um direito "a ficar só", para a autodeterminação informativa e hoje contempla um âmbito muito maior, de efetivo poder de controle das informações e dados pessoais, previstos na legislação das potências mundiais, como um dos grandes impasses da sociedade da informação, como tratou Maria Celina Bodin de Moraes:

> De todos os aspectos da personalidade, a privacidade é certamente o que mais sofreu as transformações mais radicais. O tradicional conceito do direito a ficar só, elaborado por Warren e Brandeis funda-se numa criticável e anacrônica perspectiva do indivíduo murado, conduzindo a um isolamento protegido, a uma tutela, negativa que se concretiza apenas na exclusão dos demais.
>
> [...] De fato, na sociedade da informação, como as nossas, pode-se dizer que nós somos as nossas informações, pois elas nos definem, classificam, nos etiquetam. A privacidade, hoje, manifesta-se, portanto na capacidade de se controlar a circulação

[89] Ibidem.

[90] CAVALIERI FILHO, Sergio. *Op. Cit.*, 2012. p. 110.

> de informações. Saber quem as utiliza significa adquirir concretamente um direito sobre si mesmo[91].

A privacidade passa a ser vislumbrada a partir de 1980 como um direito à autodeterminação informativa do titular. Essa abordagem foi concebida sobretudo nas legislações europeias e define que a proteção de dados contempla um processo complexo, que importa na participação do titular, como descreveu Danilo Doneda:

> O direito à autodeterminação informativa surgiu basicamente como uma extensão das liberdades presentes nas leis de segunda geração [...]
> O tratamento de dados pessoais era visto como um processo, que não se encerrava na simples permissão ou não da pessoa à utilização de seus dados pessoais, porém procurava incluí-la em fases sucessivas do processo de tratamento e utilização de sua própria informação por terceiros, além de compreender algumas garantias, como o dever de informação[92].

Bruno R. Bioni expressa que a autodeterminação informativa tem como marco uma decisão do Tribunal Constitucional Alemão, em 25 de março de 1983, no julgamento da Lei do Censo (*Volkszählungsgesetz*). Essa lei estabeleceu que os alemães deveriam informar diversos dados para avaliação estatística da população. Contudo a lei estabelecia critérios vagos para utilização dos dados, com a possibilidade de que fossem cruzados com outros registros públicos para a finalidade genérica de execução de atividades administrativas[93].

Isso culminou em diversas reclamações ao Tribunal Constitucional alemão que declarou a inconstitucionalidade parcial. Segundo o citado autor a relevância do julgado pode ser inferida de dois aspectos: "a) a proteção de dados pessoais como um direito de personalidade autônomo e a compreensão do termo autodeterminação informacional para além do consentimento; b) função e limites do consentimento do titular[94]".

A decisão foi um importante marco, pois determinou que o indivíduo deveria estar envolvido continuamente em todas as etapas do processamento de dados, que consolidou o

---

[91] MORAES, Maria Celina Bodin de. *Op. Cit.,* 2010. p.140.

[92] DONEDA, Danilo. Princípios de Proteção de Dados. In: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Coords). **Direito & Internet III** – Tomo I: Marco Civil da Internet. Lei nº 12.965/2014. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 373.

[93] Cf. DONEDA, Danilo. *Op. Cit.*, 2006. p. 112.

[94] BIONI, Bruno R. **Proteção de dados pessoais**: a função e os limites do consentimento. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 101.

entendimento sobre autodeterminação informativa e inspirou outras legislações na EU, inclusive a Diretiva nº 95/46[95].

Stefano Rodotá[96] enunciou que a definição da privacidade como o direito de ser deixado só, conceituado primordialmente no direito anglo-saxão por Samuel D. Warren e Louis D. Brandeis, e seguidamente com a autodeterminação informativa europeia, havia perdido sentido com o passar dos anos e o ingresso na sociedade da informação. Tal conceito é ampliado pelo autor que entende que as novas dimensões de coleta e tratamento das informações aquiescem a privacidade, com a necessidade de uma reformulação conceitual.

Na obra "A vida na sociedade da vigilância", o autor informa que existe uma redefinição do conceito de privacidade, que atualmente pode ser concebida como "o direito de manter controle sobre as próprias informações[97]". Além disso, o a noção de sigilo que era fundamental no passado, na era da vigilância, deve ser substituída por um viés que contemple a pessoa, a informação, a circulação e o controle[98]. Em outras palavras, denota que na sociedade da vigilância, a privacidade pode ser entendida por um direito do indivíduo de manter a circulação controlada de suas informações, e não apenas interromper o fluxo dessas informações.

Em síntese, Stefano Rodotá[99] informou quatro tendências inerentes aos novos paradigmas da privacidade. Inicialmente, a privacidade deixa de ser o direito de ser deixado só e passa a conferir um direito à pessoa de controle em relação às suas informações.

O segundo aspecto denota que, em consequência da evolução do direito a ser deixado só, a privacidade caminha para um conceito de autodeterminação informativa. Isto é, efetivamente a uma decisão informacional do próprio titular, ligando-se à ideia de consentimento, poder de decisão e retificação.

A terceira tendência é relativa à privacidade e à necessidade de não discriminação, voltada para informações sensíveis como opiniões políticas, sindicais, de etnia ou religiosas, consideradas sensíveis, que poderiam ser utilizadas para finalidades discriminatórias. Os

---

[95] Cf. MAYER-SCHONBERGER-Viktor. Op. Cit., 2001, p.229.

[96] RODOTÁ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância**. A privacidade hoje. Organização, seleção e apresentação de Maria Celina Bodin de Moraes. Tradução: Danilo Doneda e Luciana Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 92.

[97] RODOTÁ, Stefano. *Idem,* 2008. p. 92.

[98] RODOTÁ, Stefano. Idem**.** 2008. p. 93.

[99] Ibidem.

novos paradigmas da privacidade contemplam essas convicções sobre a identidade pública das pessoas, asseguram maior proteção a essa categoria de dados, com uma rigorosa condição para circulação desses dados, e proibição de coleta e tratamento por algumas pessoas.

Por fim, o último quesito é voltado para a ampliação do sigilo inerente à privacidade, também para um controle das informações. Os aspectos clássicos do sigilo e da intimidade não são negligenciados na privacidade moderna, porém estendidos para além das questões relacionadas à esfera íntima. Atualmente, a decisão do titular sobre quais dados gostaria que fossem divulgados ou excluídos importa a qualquer tipo de circulação.

Com essa argumentação, o autor[100] consolidou o conceito moderno de privacidade como "o direito de manter o controle sobre as próprias informações, e de determinar as modalidades de construção da esfera privada. O objeto desse direito pode ser identificado no patrimônio informativo atual ou potencial de um sujeito".

A partir dessa lógica, Maria Eugênia Finkelstein[101] conceituou privacidade como "o produto de uma relação entre tudo aquilo que pode ser monitorado ou investigado, de um lado, e todas as proteções legais e estruturas utilizadas para dificultar esse monitoramento e/ou investigação, de outro". Apontou ainda a necessidade de proteção, considerando o aumento da eficiência dos métodos de monitoramento e integração, com a coleta invisível de dados.

A sociedade da informação influenciou o rápido desenvolvimento de tecnologias de comunicação entre as pessoas de todo o mundo. Para utilização de tais recursos, dados dos usuários são coletados, processados e transferidos por meio dos computadores, redes e da *internet*. Com essas mudanças, há uma nova perspectiva e necessidade de proteção dos dados pessoais, uma vez que praticamente todas as informações podem ser pesquisadas em sítios e redes, como citou José Afonso da Silva[102]:

> O amplo sistema de informações computadorizadas gera um processo de enquadrinhamento das pessoas, que ficam com sua individualidade inteiramente devassada. O perigo é tão maior quanto mais a utilização da informática facilita a interconexão de fichários com a possibilidade de formar grandes bancos de dados

[100] RODOTÁ, Stefano. *Idem,* 2008. p. 109.

[101] FINKELSTEIN, Maria Eugênia Reis. **Direito do Comércio Eletrônico**. 2.ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 123.

[102] SILVA, José Afonso da., *Op. Cit.*, 2012. p. 209-210.

> que desvendem a vida dos indivíduos, sem sua autorização e até sem seu conhecimento.

Além disso, as tecnologias de monitoramento têm evoluído. Atualmente, além da coleta e processamento de dados, é possível que os usuários sejam investigados através de programas de computador. Os atos dos usuários, suas preferências, padrões podem ser facilmente monitorados, investigados ou fiscalizados, como descreve Maria Eugênia Finkelstein:

> Há entidades denominadas provedores de vias que identificam precisamente onde, quando e quão rápido o indivíduo acessou cada site, documentando que loja visitou, por quais links se interessou, em qual ordem e por quanto tempo. Ademais, os dados coletados nesse monitoramento cibernético são permanentes e investigáveis por qualquer pessoa que tenha interesse em ter acesso a essas informações. Assim podemos ver que nesse caso específico, o aumento do que é monitorado implica o aumento do que é investigável[103].

A privacidade na sociedade da informação significa que as pessoas têm direito a manter todas as suas questões patrimoniais ou existenciais, subjetivas ou objetivas, para si, ou então divulgá-las desde que seja sua intenção fazê-lo, com seu consentimento, para determinada pessoa, no tempo e espaço autorizado. Nesta ótica, ela foi o pilar para uma nova disciplina, que se expande diante das novas tecnologias, reconhecida pela doutrina como proteção de dados.

A proteção de dados é fomentada pelo próprio princípio fundamental da privacidade, previsto na Constituição Federal e esse quesito é inegável, conforme indicou Danilo Doneda:

> Através da proteção de dados pessoais, as garantias que a princípio eram relacionadas com a privacidade passam a ser vistas através de ótica mais abrangente, pela qual outros interesses devem ser considerados, compreendendo as diversas formas de controle tornadas possíveis com a manipulação de dados pessoais. Esses interesses devem ser observados pelo operador do direito por tudo que representam, e não somente pelo seu traço visível – a violação de privacidade – para uma completa apreciação do problema[104].

A proteção de dados poderá ser analisada pelos conceitos aplicáveis ao direito da privacidade. Contudo, existem modificações em seus elementos, pois a proteção de dados

[103] FINKELSTEIN, Maria Eugênia Reis. *Op. Cit*., 2011. p. 125.

[104]DONEDA, Danilo. *Op. Cit*. 2006. p. 204.

deve obedecer a determinados princípios, quais sejam relativos a: (i) publicidade, (ii) exatidão, (iii) finalidade, (iv) livre acesso e (v) segurança[105], ligados aos próprios conceitos de segurança da ciência informática[106].

Em relação ao princípio da publicidade, o banco de dados ou registro de dados pessoais deve ser transparente, de conhecimento do público, seja por meio de notificação aos titulares ou autorização prévia de funcionamento.

A exatidão está relacionada à integridade dos dados, ou seja, que os dados processados devem ser fiéis à realidade, o que importa na coleta e no tratamento com zelo e na possibilidade de retificações e/ou atualizações periódicas.

Igualmente, o princípio do livre acesso dispõe que as pessoas devem ter acesso aos registros e bancos onde constam seus dados. Também é um atributo que contempla uma ampliação da ideia de sigilo e intimidade, com o controle das informações pelos seus titulares. Os responsáveis devem garantir esse livre acesso, a possibilidade de os titulares controlarem e terem conhecimento da finalidade do uso, extraírem cópias, bem como que sejam feitas eventuais correções ou exclusões.

Pelo princípio da finalidade a utilização dos dados pessoais deve obedecer à destinação comunicada ao titular, deste modo o responsável deve realizar o tratamento da maneira já consentida. Por este motivo, o compartilhamento de dados fica restrito às pessoas autorizadas pelo titular.

Por fim, por meio do princípio da segurança física e lógica, "os dados devem ser protegidos contra riscos de extravio, destruição, modificação, transmissão ou acesso não autorizado[107]". Em um cenário que envolve dados digitais, essa segurança está ligada aos meios informáticos de garantia de integridade, confidencialidade e disponibilidade de dados, que serão estudados no terceiro capítulo.

---

[105] RODOTÁ, Stefano. **Repertorio di fine secolo**. Bari: Laterza, 1999. p. 62.

[106] Cf. Esses princípios foram enunciados nas Diretrizes para proteção da privacidade e fluxos transfronteiriços de dados pessoais da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico. In: OCDE. **Guidelines governing the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data**, de 11 de julho de 2013. Disponível em http://www.oecd.org/sti/ieconomy/oecd_privacy_framework.pdf. Acesso em 13 de abril de 2019. Cf. DONEDA, Danilo. *Idem*. p. 204.

[107] DONEDA, Danilo. O direito fundamental à proteção de dados. In: MARTINS, Guilherme Magalhães. **Direito Privado e Internet**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 72.

Diante desses princípios, há a concepção que o controle é fundamental à proteção de dados, pois importa na noção da privacidade como um conceito de autonomia, ligado à escolha do agente. No entanto, essas definições necessitam ser ampliadas no novo contexto empresarial. A privacidade deve ser justamente ampliada para tratamento de grandes dados, sobretudo em um ambiente de transações comerciais, que na era da informação, utilizam eminentemente os dados para sua celebração e execução de negócios jurídicos.

Apesar de a Constituição Federal não ter se olvidado de tal privacidade cibernética, nem o próprio Código Civil, considerando os direitos de personalidade reflexos dos próprios direitos fundamentais em sentido amplo, era necessária uma regulação específica sobre a proteção de dados.

Corroborando com a nova ótica de abrangência da privacidade e evolução a um direito à proteção de dados, cumpre destacar que o Projeto de Emenda à Constituição Federal nº 17, de 2019 em trâmite no Congresso Nacional objetiva incluir a proteção de dados como um direito fundamental, nos mesmos moldes da Carta dos direitos fundamentais da União Europeia de 2000. Nesse aspecto, o projeto tem como propostas: (i) a inclusão no art. 5º do inciso XII-A, com a seguinte redação "é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção de dados pessoais, inclusive nos meios digitais[108]" e a (ii) a inclusão no art. 22 da Constituição Federal do inciso XXX, prevendo a competência privativa da União para legislar sobre essa matéria.

Ultrapassada a análise sobre o direito fundamental da privacidade, cumpre destacar que outros princípios constitucionais que regem os negócios jurídicos também são previstos implícita ou explicitamente, na legislação para fins de segurança informacional e proteção de dados. Alguns princípios serão examinados no próximo capítulo ao tratar dos contratos empresariais, mas ao presente tema da proteção de dados, tem-se que especialmente a boa-fé objetiva é inerente à proteção de dados entre as pessoas. Além disso, o princípio da obrigatoriedade dos contratos e o "*pacta sunt servanda"* também regem essa proteção.

[108] BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Emenda à Constituição Federal nº 17, de 2019**. Disponível em https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7924709&ts=1558646437745&disposition=inline. Acesso em 27 de maio de 2019.

O princípio da boa-fé objetiva incide sobre todas as relações jurídicas da sociedade, uma vez que é uma cláusula geral de observância obrigatória[109]. Conforme asseverou Caio Mário da Silva Pereira, a boa-fé objetiva, prevista no art. 422 do Código Civil, "impõe comportamentos objetivamente conforme os parâmetros de cooperação, honestidade e lealdade dirigidos à promoção dos fins perseguidos na concreta relação obrigacional[110]".

O Código Civil de 2002 previu no art. 421 que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato. Além disso, o art. 422 determinou que os contratantes são obrigados a guardar, tanto, na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e da boa-fé[111].

As partes não têm apenas deveres negativos, mas também positivos anexos à obrigação principal, especialmente de cooperação. Do mesmo modo, Judith Martins Costaafirmou que: "o agir segundo a boa-fé objetiva concretiza as exigências de probidade, correção e comportamento leal hábeis a viabilizar um adequado tráfico negocial, consideradas a finalidade e a utilidade do negócio em vista do qual se vinculam, vincularam, ou cogitam vincular-se, bem como o específico campo de atuação em que situada a relação obrigacional[112]".

Por conseguinte, os contratantes têm uma obrigação decorrente da lei de guardar a boa-fé em relação ao contrato, à outra parte e aos terceiros envolvidos. Resta, claro, que tal princípio abrange a segurança dos dados envolvidos na contratação. Em uma relação negocial, as partes têm acesso a diversas informações como identidade do outro, lista de preços, fornecedores, qualidade e quantidade dos produtos, empregados, agentes ou outros, análise de crédito, dados dos sócios ou titulares, certidões, entre outras informações, inclusive comportamentais. Logo, a boa-fé contratual engloba a não divulgação dessas informações a terceiros, exceto em caso de autorização.

---

[109] De acordo com Caio Mário da Silva Pereira, a boa-fé prevista no Código Civil é objetiva e não se qualifica por um estado de consciência do agente de estar agindo em conformidade com o direito, como ocorre com a boa-fé subjetiva.

[110] PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. v. III. Contratos. 12.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 19.

[111] BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/ L10406.htm. Acesso em 20 de março de 2019.

[112] MARTINS-COSTA. Judith**. A boa-fé no direito privado:** critérios para sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p.43.

Conforme explicita Caio Mário da Silva Pereira, "o princípio da força obrigatória do contrato significa, em essência, a irreversibilidade da palavra empenhada[113]". Ou seja, as partes têm liberdade de contratar; mas uma vez celebrado o contrato, com a observância dos requisitos de validade, ele tem plena eficácia, impondo aos contratantes àquelas condições.

Em relação à obrigatoriedade do contrato, as regras, obrigações e deveres estabelecidos no negócio devem ser cumpridos pelas partes. Dessa maneira, as cláusulas de sigilo e confidencialidade aplicáveis ao contrato deverão ser observadas pelos contratantes, inclusive havendo a possibilidade de cláusulas penais pelo descumprimento.

Por outro lado, os contratos também são regidos pelo princípio da relatividade, que determina ser o contrato eficaz apenas entre as partes, no intuito de criar, modificar e/ou extinguir direitos e/ou obrigações, não afetando terceiros, como pontua Carlos Roberto Gonçalves[114]: "funda-se tal princípio na ideia de que os efeitos do contrato só se produzem em relação às partes, àqueles que manifestaram a sua vontade, vinculando-os ao seu conteúdo, não afetando terceiros nem seu patrimônio". No entanto, como será visto no próximo capítulo, uma vez que existe uma tutela no ordenamento jurídico brasileiro que destaca a necessidade de proteção de dados, os empresários devem balizar seus negócios em tais normativas. Com esse entendimento, a proteção de dados deve ser ampliada para fins de interesse coletivo na forma da regulação, afetando dados de terceiros, que devem ser protegidos pela LGPD.

Considerando a análise acerca dos princípios adotados pela Constituição Federal e pelo Código Civil relacionados à proteção de dados e privacidade, nos próximos itens será examinada a legislação específica sobre proteção de dados até o advento da novel Lei nº 13.809/2018.

1.1.2.2. Lei de propriedade industrial

No tocante à proteção de dados dos empresários, não obstante exista a tutela constitucional prevista no art. 5º, X, cumpre notar que a possibilidade de exposição informacional, por eventual concorrente também poderia se configurar como um ato de

[113] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Idem*, 2006. p. 16

[114] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. v. 3. Contratos e atos unilaterais. 14. ed. Rio de Janeiro: Saraiva. 2017. p. 54.

concorrência desleal, caso tal divulgação fosse ilícita e tivesse o intuito de prejudicar ou eliminar determinado agente.

Esse raciocínio parte da premissa que empresários mal intencionados podem buscar informações privadas para atingir a clientela dos concorrentes de forma direta, no intuito de aumentar as vendas e lucros, e, de forma oculta ou ilícita acabam por infringir a lei concorrencial.

Exemplificadamente, uma determinada sociedade empresária poderá, utilizando meios fraudulentos, invadir bancos de dados de um determinado concorrente, acessar informações de clientes, já tratados por esse, como preferências sobre determinadas compras, identificadores, entre outros, de forma direta. Com esses dados, obtidos ilicitamente, o concorrente poderá buscar o cliente para oferecer-lhe as mesmas condições de produtos e serviços, por um preço menor. Da mesma maneira, sabendo da preferência da clientela por um determinado fornecedor, ao consultar o banco de dados, a sociedade empresária desleal poderia oferecer margens de preço melhores ao fornecedor, prejudicando o concorrente por desviar sua clientela.

Diante desses exemplos, a tônica demonstrada é que em relação ao titular (pessoa natural) existe a proteção hodiernamente prevista na Lei nº 13.709/2018. Porém no que concerne à pesssoa jurídica, apenas a proteção do art. 5º, X da Constituição Federal. Mas quando houver uma ação ilícita no tocante à utilização de dados para desvio de clientela, gerando prejuízos ao concorrente, é possível a aplicação das regras sobre concorrência desleal. Frise-se que esses conceitos não são considerados tratamento de dados, na forma da LGPD, pois esta não abrange os dados das pessoas jurídicas.

Conforme leciona Fábio Ulhôa Coelho, em total consonância com a Constituição Federal, o legislador previu alguns mecanismos para amparar a livre competição e iniciativa. Nas palavras do autor:

> Tais práticas são as de concorrência ilícita e classificam-se em duas categoriasde um lado, há as que implicam risco ao regular funcionamento da economia de livre mercado, e são coibidas como infração da ordem econômica; de outro, as que não implicam tal risco, restringindo-se os efeitos da prática anticoncorrencial à lesão dos interesses individuais dos empresários diretamente envolvidos, e configuram concorrência desleal[115].

[115]COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**, v. 1, 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 190.

Em relação à infração à ordem econômica, há o direito antitruste que coíbe condutas que atingem o ambiente concorrencial, logo as sanções estão previstas na Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, especificamente no art. 36[116]. Por outro lado, a concorrência desleal representa a repressão de condutas que afetam concorrentes *in concreto*, como enunciou Denis Borges Barbosa:

> O outro aspecto da tutela jurídica do espaço concorrencial é de caráter objetivo: não se visa regular o comportamento dos agentes, mas a própria existência da teia de liberdades.
> Assim, regula-se a atividade do próprio Estado, para que se conserve a concorrência possível entre os agentes privados, e assegura-se que haja uma pluralidade de agentes, em dimensão e poder compatíveis com a subsistência de uma competição.
> Nesta última faceta da tutela da concorrência, certas práticas e comportamentos são também relevantes como índices de excesso de poder (ainda que nem sempre abuso); mas é a objetividade do espaço concorrencial, e não a culpa ou qualquer outro desvio de comportamento dos agentes, que é o objeto primordial da tutela.
> Assim, a tutela jurídica da concorrência tem sua dimensão de direito privado, que vem sendo historicamente o objeto do segmento da Propriedade Intelectual denominado concorrência desleal e, na proteção do fundo de comércio ou do aviamento, pelo Direito Comercial. E tem sua parcela de direito público, seja na regulação do próprio Estado, seja na tutela geral do espaço concorrencial, esta objeto do chamado Direito de Defesa da Concorrência, ou Direito Antitruste[117].

A Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996 regula os direitos e as obrigações relativos à propriedade industrial. O art. 195[118] desse diploma enumera os crimes de concorrência

---

[116]BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm. Acesso em 08 de abril de 2019. Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II - dominar mercado relevante de bens ou serviços; III - aumentar arbitrariamente os lucros; e IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

[117] BARBOSA, Denis Borges. **Uma introdução à propriedade intelectual**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. Disponível em http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/livros/umaintro2.pdf. Acesso em 08 de abril de 2019.

[118] No presente estudo, destacou-se no texto as condutas descritas na lei, aplicáveis à proteção de dados, como atos de concorrência desleal, no entanto, o art. 195 da Lei nº 9.279 de 1996 propõe todas as condutas classificadas como crime. "Art. 195. Comete crime de concorrência desleal quem:

I - publica, por qualquer meio, falsa afirmação, em detrimento de concorrente, com o fim de obter vantagem; II - presta ou divulga, acerca de concorrente, falsa informação, com o fim de obter vantagem; III - emprega meio fraudulento, para desviar, em proveito próprio ou alheio, clientela de outrem; IV - usa expressão ou sinal de propaganda alheios, ou os imita, de modo a criar confusão entre os produtos ou estabelecimentos; V - usa, indevidamente, nome comercial, título de estabelecimento ou insígnia alheios ou vende, expõe ou oferece à venda ou tem em estoque produto com essas referências; VI - substitui, pelo seu próprio nome ou razão social, em produto de outrem, o nome ou razão social deste, sem o seu consentimento; VII - atribui-se, como meio de propaganda, recompensa ou distinção que não obteve; VIII - vende ou expõe ou oferece à venda, em recipiente

desleal, listando os respectivos atos, sendo que alguns deles podem ser considerados para fins de proteção de dados, como: (i) o uso de meio fraudulento, para desviar, em proveito próprio ou alheio, clientela de outrem (inciso III); e (ii) a divulgação, exploração ou utilização, sem autorização, de conhecimentos ou informações, obtidos por meios ilícitos ou a que teve acesso mediante fraude (inciso XII).

Denis Borges Barbosa asseverou a existência de elementos comuns às práticas de concorrência desleal, que é o efetivo prejuízo ao seu concorrente, além da deslealdade, independentemente da proteção legal aos bens. Nas palavras do autor:

> Um bem incorpóreo, por si mesmo, nunca é protegido pelos mecanismos da concorrência desleal. O que se tutela, como se verá, é a posição concorrencial de quem se utiliza, com exclusividade de fato, ou sem nenhuma exclusividade, mesmo de fato, de bens, incorpóreos, informações, ou quaisquer outros itens de interesse concorrencial.
> Assim, não se exige qualquer requisito jurídico direto para que essa utilização de bens ou outros itens receba o influxo da proteção da concorrência leal. A criação técnica útil para fabricar e vender certo produto pode ser completamente desprovida de novidade ou atividade inventiva. O que importa é a posição concorrencial de fato, que permita uma expectativa razoável de receita[119].

Há uma expectativa de fato de que os agentes executarão suas atividades por meio de um exercício legal e honesto de seus direitos. A concorrência desleal procura coibir atos praticados com má-fé, deslealdade dos agentes, com intuito de provocar prejuízos ou desvantagens ao concorrente. Como esses atos podem envolver a coleta ílicita de dados

---

ou invólucro de outrem, produto adulterado ou falsificado, ou dele se utiliza para negociar com produto da mesma espécie, embora não adulterado ou falsificado, se o fato não constitui crime mais grave; IX - dá ou promete dinheiro ou outra utilidade a empregado de concorrente, para que o empregado, faltando ao dever do emprego, lhe proporcione vantagem; X - recebe dinheiro ou outra utilidade, ou aceita promessa de paga ou recompensa, para, faltando ao dever de empregado, proporcionar vantagem a concorrente do empregador; XI - divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de conhecimentos, informações ou dados confidenciais, utilizáveis na indústria, comércio ou prestação de serviços, excluídos aqueles que sejam de conhecimento público ou que sejam evidentes para um técnico no assunto, a que teve acesso mediante relação contratual ou empregatícia, mesmo após o término do contrato; XII - divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de conhecimentos ou informações a que se refere o inciso anterior, obtidos por meios ilícitos ou a que teve acesso mediante fraude; ou XIII - vende, expõe ou oferece à venda produto, declarando ser objeto de patente depositada, ou concedida, ou de desenho industrial registrado, que não o seja, ou menciona-o, em anúncio ou papel comercial, como depositado ou patenteado, ou registrado, sem o ser; XIV - divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de resultados de testes ou outros dados não divulgados, cuja elaboração envolva esforço considerável e que tenham sido apresentados a entidades governamentais como condição para aprovar a comercialização de produtos.

[119] BARBOSA, Denis Borges. **A concorrência desleal e sua vertente parasitária**. Agosto. 2011. Disponível em http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/novidades/concorrencia_desleal.pdf. Acesso em 08 de abril de 2019.

pessoais para desvio de clientela do concorrente, entende-se que a Lei poderia ser aplicável nas relações empresariais para coibir condutas que violem a segurança informacional.

Em relação aos crimes de concorrência desleal, que podem ser fundamentados como uma violação às informações confidenciais das pessoas jurídicas, diante das ressalvas já realizadas, destaque-se o emprego de meio fraudulento, para desviar, em proveito próprio ou alheio, clientela de outrem; (art. 195, III); a divulgação, exploração ou utilização, sem autorização, de conhecimentos, informações ou dados confidenciais, utilizáveis na indústria, comércio ou prestação de serviços, excluídos aqueles que sejam de conhecimento público ou que sejam evidentes para um técnico no assunto, a que teve acesso mediante relação contratual ou empregatícia, mesmo após o término do contrato (art.195, XI) e divulgação, exploração ou utilização, sem autorização, de conhecimentos ou informações, obtidos por meios ilícitos ou a que teve acesso mediante fraude; e divulgação, exploração ou utilização, sem autorização, de conhecimentos ou informações, obtidos por meios ilícitos (art. 195, XII).

Sobre o aspecto da responsabilidade civil, o art. 209 da Lei nº 9.279/1996 confere ao agente prejudicado o direito de haver perdas e danos em ressarcimento de prejuízos causados por atos de violação de direitos de propriedade industrial e atos de concorrência desleal não previstos nessa lei, notadamente aqueles tendentes a prejudicar a reputação ou os negócios alheios. Logo, não apenas as condutas descritas no art. 195 seriam passíveis de responsabilidade por parte do agente infrator, mas todas as ações que impliquem em prejuízo à reputação ou os negócios alheios, como, por exemplo, vazamento de informações não autorizadas pelos detentores, já tratadas pelos concorrentes.

Destarte, as condutas anteriormente explicitadas sobre a concorrência desleal demonstram que o ordenamento previu formas de prevenção à divulgação ou utilização de informações dos empresários, obtidas por meios fraudulentos ou atos desleais, no intuito de prejudicar concorrentes e/ou angariar sua clientela.

Ultrapassada a análise acerca da proteção de dados e concorrência desleal, no próximo item será analisado o sigilo das operações finaceiras, como transações críticas para as pessoas pois envolvem dados bancários e creditícios.

1.1.2.3. Sigilo das operações financeiras

Outro aspecto legal relevante sobre a proteção de dados é acerca do sigilo nas operações financeiras e bancárias. Sabe-se que os dados relativos a créditos, valores financeiros envolvidos em operações são muito significativos para as pessoas, seja pela facilidade de invasões computadorizadas com desvios de quantias, até a própria confidencialidade relativa a débitos, créditos e identidade.

Em 1964, a Lei nº 4.595, de 31 de dezembro, tratou da estrutura organizacional nas instituições monetárias, bancárias e creditícias e criou o Conselho Monetário Nacional (CMN). De acordo com a referida lei, o sistema financeiro nacional é constituído pelo CMN, pelo BACEN, pelo Banco do Brasil S.A., Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico (BNDES) e demais instituições financeiras públicas e privadas.

O art. 17 da Lei nº 4.595/1964 estabeleceu que se consideram instituições financeiras, as pessoas jurídicas públicas ou privadas, que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros[120]. Ainda, de acordo com os incisos IX e X do art. 10, compete privativamente ao BACEN conceder autorização às instituições financeiras a fim de que possam funcionar no Brasil, exercer fiscalização sobre elas e aplicar penalidades previstas.

O art. 38 da Lei nº 4.595/1964 obrigava as instituições financeiras a conservarem sigilo em suas operações ativas, passivas e serviços prestados. As informações poderiam ser requeridas pelo Poder Judiciário e prestadas pelo BACEN ou instituições financeiras, passando a ter caráter sigiloso, mas apenas poderiam ser acessados pelas partes legítimas da causa.

Em 2001, foi editada a Lei Complementar nº 105, que estabeleceu a obrigação de sigilo das operações ativas, passivas e serviços prestados das instituições financeiras[121]. O art.

---

[120] BRASIL. **Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4595.htm. Acesso em 07 de abril de 2019.

[121] BRASIL. **Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp105.htm. Acesso em 07 de abril de 2019. Conforme prevÊ o artigo 1º, parágrafo primeiro: "São consideradas instituições financeiras, para os efeitos desta Lei Complementar: I – os bancos de qualquer espécie; II – distribuidoras de valores mobiliários; III – corretoras de câmbio e de valores mobiliários; IV – sociedades de crédito, financiamento e investimentos; V – sociedades de crédito imobiliário; VI – administradoras de cartões de crédito; VII – sociedades de arrendamento mercantil; VIII – administradoras de mercado de balcão organizado; IX – cooperativas de crédito; X – associações de poupança e empréstimo; XI – bolsas de valores e de mercadorias e futuros; XII – entidades de liquidação e compensação; XIII – outras sociedades que, em razão da natureza de suas operações, assim venham a ser consideradas pelo Conselho Monetário Nacional.

1º considerou como instituições financeiras o rol previsto nos seus incisos, porém também trouxe a exceção no §2º relacionado às sociedades de fomento comercial ou *factoring*, que para os efeitos da Lei também devem preservar sigilo de suas operações. Com a referida Lei Complementar o art. 38 da Lei nº 4.595/1964 foi revogado.

Em síntese, as instituições financeiras e o BACEN devem manter integral confidencialidade das operações e serviços prestados. Apenas poderão compartilhar informações em caso de troca entre instituições financeiras para fins cadastrais ou com CMN e BACEN; no caso de comunicação ao cadastro de emitentes cheques sem provisão de fundos e devedores inadimplentes, entidades de proteção de crédito; comunicação às autoridades competentes ou em caso de consentimento dos interessados. Tais obrigações de confidencialidade se estendem à Comissão de Valores Mobiliários (CVM) e ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF).

Poderá ser decretada quebra do sigilo bancário em caso de requerimento judicial, para apuração em qualquer fase, como previsto no art. 1º, § 4º da Lei Complementar nº 105/2001, especialmente nos crimes de terrorismo, tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins; contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado à sua produção; de extorsão mediante sequestro; contra o sistema financeiro nacional; contra a Administração Pública; contra a ordem tributária e a previdência social; lavagem de dinheiro ou ocultação de bens, direitos e valores; praticado por organização criminosa[122]. A quebra de sigilo, além das hipóteses, constituirá crime e sujeitará os responsáveis à pena de reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

Pelo exposto, as pessoas naturais e jurídicas, antes da LGPD já possuíam direito à proteção de dados em matéria financeira, consirando a Lei nº 105/2001. Por conseguinte, no próximo item, serão analisados os aspectos do cadastro negativo e positivo das pessoas jurídicas, considerando a importância para o entendimento da proteção de dados no âmbito dos bancos de dados sobre o crédito dos agentes.

[122] A Lei ainda estabelece outras questões ligadas ao compartilhamento de informações financeiras, no entanto, não seriam relevantes para o entendimento acerca dos contratos empresariais. Ressalte-se que as instituições financeiras devem prestar informações periódicas sobre suas informações à Secretaria da Receita Federal, conforme regulamenta o Decreto nº 4.489, de 28 de novembro de 2002. In: BRASIL. Decreto nº 4.489, de 28 de novembro de 2002. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4489.htm. Acesso em 07 de abril de 2019.

1.1.2.4. Cadastros negativo e positivo de dados das pessoas naturais e jurídicas

O Código de Defesa do Consumidor (CDC - Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990), também tem grande importância no histórico de proteção de dados no Brasil. O art. 43 do CDC prevê que "o consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes[123]". Note-se que, até a promulgação do CDC, não havia qualquer disciplina legal sobre os arquivos de consumo, os abusos imputáveis a coletas e organização de informações pessoais e financeiras dos consumidores[124].

Os dispositivos anteriormente expressos foram influenciados pelo *Fair Credit Reporting Act* de 1970 dos EUA. A influência europeia foi mínima, uma vez que apenas em 1995 se deu a promulgação da Diretiva Europeia nº 95/46, sobre proteção de dados.

Os parágrafos do art. 43 estabelecem critérios rígidos para coleta e exposição dos dados referentes aos créditos de consumidores. Primeiramente, os cadastros e dados de consumidores devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão, não podendo conter informações negativas referentes a período superior a 5 (cinco) anos (art. 43, §1º). Após esse prazo, os sistemas de proteção ao crédito não poderão divulgar novas informações sobre os consumidores que visem a impedir suas relações com fornecedores (art. 43, §5º, do CDC).

Do mesmo modo, o CDC determina que essa abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo deverá ser comunicada por escrito ao consumidor, quando não solicitada por ele. Além disso, há a previsão de que quaisquer dados incorretos no cadastro devem ser alterados por meio de solicitação do consumidor. O art. 43, §3º[125] do CDC

[123]BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm. Acesso em 06 de abril de 2019.

[124] Nessa linha tratou Antônio Herman de Vasconcellos e BenjamIn (atualizado por José Geraldo Brito Filomeno): "Eram notórios os abusos imputáveis a essa modalidade recente de coleta, organização e prestação de informações sobre a idoneidade pessoal e financeira das pessoas. Informações levadas ao conhecimento público, divulgadas pelos mais diversos meios de comunicação, em procedimentos banalizados, ensejando, como seria de se esperar, insatisfação generalizada, decorrência natural da gravidade e frequência de suas incursões indevidas". In: GRINOVER, Ada Pellegrini, *et al*. *Op. Cit.*, 2011. p. 8.

[125] BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm. Acesso em 06 de abril de 2019.

determina que “o consumidor, sempre que encontrar inexatidão em seus dados e cadastros poderá exigir sua imediata correção, devendo o arquivista, no prazo de cinco dias úteis, comunicar a alteração aos eventuais destinatários das informações incorretas”.

Por fim, uma questão em relação à exposição das informações decorre do fato de que o próprio CDC dispôs que “os bancos de dados e cadastros relativos a consumidores, os serviços de proteção ao crédito e congêneres são considerados entidades de caráter público[126]„ (art. 43, §4º). Então, tais organizações que operam dados de créditos, uma vez caracterizadas como bancos de dados e cadastros possuem autorização para publicação das informações, em razão de seu caráter e função pública.

De acordo com Luiz Antônio Rizzato Nunes, todo e qualquer banco de dados de arquivo de informações a respeito de consumidores, sejam pessoas naturais ou jurídicas, está submetido às normas do CDC. Conforme descrito antes, o CDC conferiu um caráter público a tais serviços, logo existem duas consequências dessa atribuição: a primeira é a possibilidade de concessão de *habeas data* como disposto no art. 5º, LXXII, da Constituição Federal, a segunda é a ampla divulgação de tais informações, desde que respeitados os direitos fundamentais das pessoas:

> [...] Com efeito, os chamados serviços de proteção de crédito foram transformados em entidades de caráter público, por disposição do § 4º do mesmo art. 43. [...]
>
> Dessa maneira, os fornecedores têm acesso ao banco de dados e podem obter as informações (negativas) relativas aos consumidores. Claro que esse fato — ampla divulgação de informação negativa relativa a alguém — impõe maior cautela na anotação do nome de quem quer que seja, por expressa determinação de origem constitucional cuja normatividade garante a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), bem como a inviolabilidade da vida privada, da honra e da imagem das pessoas (art. 5º, X)[127].

O CDC apenas regulou o cadastro negativo de crédito, isto é, os bancos de dados e sistemas de proteção que contêm informações de inadimplemento[128]. Por outro lado, a Lei nº 12.414, de 9 de junho de 2011, mediante conversão da Medida Provisória nº 518, de 30 de

---

[126] Ibidem.

[127] NUNES, Rizzatto Luiz Antônio. **Curso de direito do consumidor**. 12.ed. São Paulo. Saraiva, 2018. p. 435.

[128] ROSA, Caroline Pinheiro da. Cadastro Positivo: **A possibilidade de acesso ao crédito como um dos caminhos para o desenvolvimento social** (Dissertação). Rio de Janeiro. Fundação Getúlio Vargas. 2012. p. 88.

dezembro de 2010[129], disciplina a formação e a consulta do cadastro positivo. Tal cadastro é conceituado como o conjunto de "informações de adimplemento de pessoas naturais ou jurídicas para formação de histórico de crédito" na forma do art. 1º, *caput*, da referida Lei.

Trata-se de um importante mecanismo para formar uma anamnese favorável das pessoas naturais e jurídicas[130] com o intuito de que possam realizar negócios mais facilmente ou em melhores condições. O histórico de dados é previsto na Lei como um agrupamento de dados financeiros e de pagamentos adimplidos ou em andamento.

O conceito de banco de dados não foi previsto no CDC, mas a Lei nº 12.414/2011, em seu art. 2º, previu que "significa o conjunto de dados relativo à pessoa natural ou jurídica armazenado com a finalidade de subsidiar a concessão de crédito, a realização de venda a prazo ou outras transações comerciais e empresariais que impliquem risco financeiro[131]". Outrossim, o gestor é considerado a pessoa jurídica[132] "que atenda aos requisitos mínimos de funcionamento previstos nesta Lei e em regulamentação complementar, responsável pela administração de banco de dados, bem como pela coleta, pelo armazenamento, pela análise e pelo acesso de terceiros aos dados armazenados[133]".

Passados sete anos da promulgação da Lei nº 12.414/2011 não houve satisfatória adesão das pessoas naturais e jurídicas aos cadastros positivos[134]. Por esse motivo, desde 2017, tramitou no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 441, de 07 de novembro de 2017, convertido na Lei Complementar nº 166, de 8 de abril de 2019. A referida Lei estabeleceu que os cadastros positivos não necessitarão mais de uma adesão ou registro inicial da pessoa, mas

---

[129] BRASIL. **Lei nº 12.414, de 9 de junho de 2011**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12414.htm. Acesso em 06 de abril de 2019.

[130] O legislador na Lei nº 12.414, de 9 de junho de 2011 não tratou especificamente dos entes despersonalizados, porém entende-se que tratou das pessoas jurídicas e pessoas naturais, assim como dos entes despersonalizados, pela função social do cadastro positivo. No entendimento de Luiz Antônio Rizzatto Nunes, os bancos de dados poderiam conter informações de pessoas naturais, jurídicas e entes despersonalizados, como segue: "O legislador esqueceu do ente despersonalizado, mas, evidentemente, ele também tem os mesmos direitos à proteção legal. Por isso, o incluímos em nossos comentários". In: NUNES, Rizzatto Luiz Antônio. *Op. Cit*.. 2018. p. 444.

[131] *Ibidem.*

[132] Redação após a sanção da Lei Complementar nº 166, de 8 de abril de 2019.

[133] BRASIL. **Lei nº 12.414, de 9 de junho de 2011**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12414.htm. Acesso em 06 de abril de 2019.

[134] BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei Complementar nº 441, de 08 de novembro de 2017. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=C9B49C6DCA4E4F55DAF71287A01CF4DC.proposicoesWebExterno2?codteor=1620874&filename=Avulso+-PLP+441/2017>. Acesso em 07 de abril de 2019.

serão realizados de forma automática. No entanto, as pessoas podem manifestar sua intenção de não manter suas informações no banco, nos termos das alterações promovidas na Lei nº 12.414/2011.

Portanto, até 2019, a abertura do cadastro requeria a autorização prévia da pessoa por meio de assinatura de instrumento específico ou cláusula apartada (art. 4º da Lei nº 12.414/2011), e o mesmo ocorria com a possibilidade de compartilhamento das informações (art. 9º da Lei nº 12.414/2011). Após a promulgação da Lei Complementar nº 166/2019, a abertura desse cadastro, suas anotações e dados independem de autorização prévia.

O gestor poderá abrir cadastro em banco de dados com informações de adimplemento de pessoas naturais e jurídicas, fazer anotações, compartilhar as informações cadastrais e de adimplemento armazenadas com outros bancos de dados, além de disponibilizar a consulentes suas notas de pontuação de crédito e histórico de crédito. Com a Lei Complementar nº 166/2019, o fornecimento de dados financeiros relativos às operações de crédito e pagamentos adimplidos nos termos da Lei Complementar nº 105/2001 também passou a ser considerado como exceção ao sigilo das instituições financeiras.

Contudo, a Lei Complementar nº 166/2019, também estabeleceu que, apesar de não haver mais a obrigatoriedade da autorização prévia, deve ser realizada uma comunicação ao cadastrado direta ou indiretamente efetuada pelo gestor, em até 30 (trinta) dias após a abertura do cadastro no banco de dados, sem custo. Nessa comunicação, o gestor deve informar de maneira clara e objetiva os canais disponíveis para o cancelamento do cadastro no banco de dados.

O gestor apenas poderá fornecer informações sobre o cadastrado aos consulentes, isto é, pessoas que consultam as notas do cadastro positivo, 60 (sessenta) dias após a abertura do cadastro, respeitando-se nesse caso o prazo mínimo de 30 (trinta) dias para manifestação do cadastrado; porém, duas questões são estranhas à própria proteção de dados: a primeira ligada à extensão do consentimento a diversas organizações, e a segunda sobre a utilização dos dados antes do consentimento.

Inicialmente, caso a pessoa já tenha cadastro em outro banco, é dispensável a comunicação, como prevê o art. 4, § 5º da Lei n° 12.414/2011, in verbis: “fica dispensada a comunicação de que trata o § 4º deste artigo caso o cadastrado já tenha cadastro aberto em

outro banco de dados[135]". Destarte, entende-se que há uma potencial violação à proteção de dados, pois uma pessoa poderia admitir que seu cadastro seja utilizado por uma organização de sua confiança, sem a pretensão de extenção a outras organizações

Além disso, para envio da comunicação serão utilizados dados pessoais obtidos de fontes. Ou seja, para que se notifique uma pessoa é necessário o conhecimento de algumas informações e essas serão obtidas anteriormente ao consentimento, como descreve o art. 4º, § 6º, da Lei nº 12.414/2011 (após alteração da Lei Complementar nº 166/2019), "para o envio da comunicação de que trata o § 4º deste artigo, devem ser utilizados os dados pessoais, como endereço residencial, comercial, eletrônico, fornecidos pelo cadastrado à fonte[136]".

As fontes são consideradas as pessoas naturais ou jurídicas que concedem crédito, administram operações de autofinanciamento ou realizam vendas a prazo ou outras transações comerciais e empresariais que impliquem risco financeiro, podendo ser inclusive as instituições autorizadas a funcionar pelo BACEN e os prestadores de serviços continuados de água, esgoto, eletricidade, gás, telecomunicações e assemelhados.

O cadastrado, por outro lado, pode: (i) obter o cancelamento do cadastro positivo mediante solicitação; (ii) acessar gratuitamente as informações sobre ele existentes no banco de dados e seu histórico; (iii) solicitar impugnação de quaisquer informações anotadas sobre ele, e, em até 10 (dez dias) obter suas correções ou cancelamento; (iv) conhecer os principais elementos e critérios para análise do risco; (v) ser informado previamente sobre a identidade do gestor, armazenamento e objetivo do tratamento dos dados pessoais; (vi) solicitar ao consulente a revisão realizada por meios automatizados; e (vii) ter seus dados pessoais utilizados apenas com a finalidade da coleta (art. 5º da Lei nº 12.414/2019, com as alterações da Lei nº 166/2019).

As informações contidas no banco de dados do cadastro positivo servem à análise de risco de crédito da pessoa cadastrada ou subsidiar a concessão ou extensão do crédito e realização de venda a prazo ou outras transações comerciais e empresariais com risco financeiro. Desse modo, as informações sobre adimplemento e condições creditícias organizadas pelas instituições financeiras são extremamente importantes para o cadastro positivo. As instituições financeiras não são as únicas fontes, mas são muito relevantes para a

---

[135] BRASIL. **Lei Complementar n° 166, de 8 de abril de 2019**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp166.htm. Acesso em 25 de maio de 2019.

[136] *Ibidem.*

constituição de um cadastro positivo para transações com risco ou novas concessões de crédito.

O Decreto nº 7.829, de 17 de outubro de 2012[137], regulamentou a Lei nº 12.414/2011 e estabeleceu critérios mínimos para o funcionamento de banco de dados no art. 1º. Em relação aos aspectos econômico-financeiros, o gestor do banco ou agrupamento de pessoas jurídicas que exercem a atividade de gestor de bancos devem conservar patrimônio líquido mínimo de R$20.000.000,000 (vinte milhões de reais).

Quanto aos critérios de governança, os gestores de bancos de dados deverão ter sido constituídos por estatuto ou contrato social que contenha o desenho e as regras relativas à sua estrutura administrativa (art. 1º, III, a, do Decreto nº . Logo, os gestores apenas podem ser sociedades, empresárias ou não.

Os gestores devem obter certificação técnica renovada a cada dois anos que ateste a disponibilidade da plataforma tecnológica apta preservar a integridade e sigilo dos dados e que indique a estrutura tecnológica envolvida no fornecimento do serviço, a prática de segurança e recuperação e infraestrutura de cópias de segurança (art. 1º, II, do Decreto nº 7.829/2012). A certificação técnica deve ser emitida por empresário qualificado e independente, deve atestar a adequabilidade da política de segurança da informação sobre criação, guarda, utilização e descarte das informações, inclusive quanto à transferência ou utilização de informações por outros empresários contratados. Por fim, ela deve conter as políticas de responsabilidade, especialmente de sigilo, proteção das informações, privacidade dos dados dos clientes, além de prevenção ao tratamento de fraudes.

Além da certificação, os gestores devem disponibilizar os procedimentos operacionais ao desempenho das atividades e controle de riscos anteriormente descritos, e mensalmente, todas as informações relevantes daquele período sobre desempenho econômico-financeiro, número de operações registradas, consultas realizadas, cadastros autorizados, consulentes cadastrados, erros ocorridos e outras ações que atestem a operação do banco. Devem, também, os gestores realizar a manutenção de serviço de atendimento ao consumidor, na forma do Decreto nº 6.523, de 31 de julho de 2008, e de Ouvidoria, como canal de comunicação entre cadastrados e gestores.

---

[137] BRASIL. **Decreto nº 7.829, de 17 de outro de 2012**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2012/Decreto/D7829.htm. Acesso em 07 de abril de 2019.

O histórico de crédito foi previsto também no Decreto nº 7.829/2012 e será formado a partir das datas de concessão de créditos ou obrigações de pagamento, valores do crédito ou das prestações e quantias pagas ainda que parciais (art. 3º). Por fim, o Decreto estabelece que as instituições financeiras e demais autorizadas a funcionar pelo BACEN devem prestar as informações de acordo com as diretrizes aprovadas pelo CMN (art. 4º do Decreto).

A formação do histórico de crédito foi prevista na Resolução nº 4.172/2012, que dispõe que as instituições financeiras devem informar aos gestores de cadastros positivos (bancos de dados) o histórico das operações de empréstimo e de financiamento dos seus clientes, além de informações sobre operações de arrendamento mercantil, autofinanciamento realizado por consórcios, adiantamentos e outras operações com características de concessão de crédito.

De acordo com o art. 2º da referida Resolução nº 4.172/2012, as informações apenas serão repassadas aos bancos de dados cujos gestores detenham patrimônio líquido de R$70.000.000,00 (setenta milhões de reais). No entanto, houve a inclusão do parágrafo único ao art. 2º pela Resolução BACEN nº 4.525/ 2016, para prever que caso o banco de dados seja gerido por um grupo de pessoas jurídicas, esse valor deve considerar o somatório dos patrimônios líquidos das entidades, descontados valores de participações societárias entre elas, para possível atingimento.

A legislação, tanto CDC quanto as leis específicas sobre tais cadastros, preveem que as informações devem ser objetivas e claras a respeito de inadimplências ou adimplências, valores, fonte e objetivos da publicação, além da existência de canais que possibilitem o esclarecimento sobre as políticas e comunicação entre gestores e cadastrados.

Pode-se concluir, pela relevância da Lei nº 12.414/2011 e seus regulamentos posteriores para as relações empresariais, especialmente porque os aspectos creditícios são fundamentais para as atividades econômicas, sobretudo para a contratação de clientes e fornecedores. Demonstrou-se que os indivíduos podem realizar pesquisas sobre bons pagadores, e, com isso reduzir eventuais custos de transação em suas atividades negociais, pois já existe um critério confiável para avaliação do crédito. No entanto, em relação à Lei Complementar nº 166/2019, entende-se que há um descompasso com a política mundial de proteção de dados, especialmente no tocante à utilização das informações confidenciais e creditícias das pessoas naturais.

Nos EUA, o *Fair Credit Protection Act* também estabelece a regulamentação para as agências que reportam créditos sobre consumidores, também prevendo a possibilidade de notas para o crédito, denominado na linguagem original "*credit score*", similarmente à Lei do Cadastro Positivo. No entanto, deve sempre haver a comunicação ao consumidor, com extrema transparência, e as finalidades são limitadas apenas às pessoas que tenham autorização para aquele acesso, com exclusão aos propósitos empregatícios, para os quais há a necessidade de consentimento (art.1.681b, do 15 USC[138]).

Em contraposição à Lei Complementar nº 166/2019, pelo *Fair Credit Protection Act* as pessoas que realizam consultas devem informar claramente o consumidor sobre a utilização dos relatórios das agências de crédito, os motivos do indeferimento da transação e a pontuação que receberam, conforme estabelece o art. 1681m, do US CODE:

> a) Deveres dos usuários que tomaram decisões adversas com base nas informações contidas nos relatórios dos consumidores:
> Se qualquer pessoa tomar qualquer decisão adversa com relação a qualquer consumidor que esteja baseada, no todo ou em parte, em qualquer informação contida em um relatório do consumidor, essa pessoa deverá:
> (1) fornecer notificação oral, escrita ou eletrônica da decisão adversa ao consumidor;
> (2) fornecer ao consumidor uma comunicação escrita ou eletrônica:
> (A) da pontuação **numérica de crédito**, conforme definido na seção 1681g (f) (2) (A), usada por tal pessoa na tomada de qualquer decisão adversa baseada, no todo ou em parte, em qualquer informação de um relatório do consumidor;[...]
> **(3) fornecer ao consumidor oralmente, por escrito ou eletronicamente:**
> **(A) nome, endereço e número de telefone da agência de informações ao consumidor (incluindo um número de telefone gratuito estabelecido pela agência, se esta compilar e mantiver arquivos sobre os consumidores em uma base nacional) que forneceu o relatório à pessoa; e**
> **(B) uma declaração de que a agência de informação ao consumidor não tomou aquela decisão de ação adversa e é incapaz de fornecer ao consumidor as razões específicas pelas quais a ação adversa foi tomada; e**
> 4) fornecer ao consumidor uma notificação oral, escrita ou eletrônica sobre os seus direitos:
> A) para obter, conforme a secção 1681j deste título, uma cópia gratuita de um relatório do consumidor da agência de informação dos consumidores a que se refere o nº 3, que incluirá uma indicação sobre o prazo de 60 dias; e
> (B) para contestar, nos termos da seção 1681i deste título, uma agência de informação do consumidor sobre a exatidão ou integridade de qualquer informação de um relatório de consumidor, fornecido por ela[139].
> [Tradução livre e grifos do autor]

[138] ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **US CODE**. Title 15 Commerce and trade. Chapter 4- Consumer Credit Protection. Disponível em: http://uscode.house.gov/view.xhtml?req=granuleid%3AUSC-prelim-title15-chapter41-subchapter3&edition=prelim. Acesso em 14 de abril de 2019.

[139] *Ibidem.*

Por fim, diferentemente da Lei Complementar nº 166/2019, o RGPD da União Europeia estabeleceu o consentimento como uma condição para o exercício da coleta e do tratamento de dados, porém excepcionou os casos de atendimento às obrigações contratuais, autorizações. Esse consentimento deve ser prévio ou no momento da própria coleta, nos termos do item 42 do preâmbulo do Regulamento:

> Sempre que o tratamento for realizado com base no consentimento do titular dos dados, o responsável pelo tratamento deverá poder demonstrar que o titular deu o seu consentimento à operação de tratamento dos dados. Em especial, no contexto de uma declaração escrita relativa a outra matéria, deverão existir as devidas garantias de que o titular dos dados está plenamente ciente do consentimento dado e do seu alcance[140]. [...]

A LGPD brasileira, da mesma forma, também estabeleceu o consentimento como a principal condição para a coleta e tratamento dos dados pessoais. No entanto, previu outras hipóteses ulteriores, como o requerimento judicial, interesse público e o tratamento "para a proteção do crédito, inclusive quanto ao disposto na legislação pertinente", na forma do art. 7º, X. Portanto, permitiu a realização do cadastro positivo sem a necessidade de prévio consentimento.

Entende-se, contudo, que a Lei do Cadastro Positivo, sem o consentimento do titular e na forma prevista, é um desafio para a compatibilização aos direitos fundamentais defendidos mundialmente, inclusive no art. 5º, X, da Constituição Federal.

1.1.2.5. O instituto do habeas data e Lei de Acesso à Informação

Como examinado, até a promulgação da Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, a proteção de dados no ordenamento jurídico brasileiro era estruturada por uma série de dispositivos baseados no direito fundamental à privacidade e demais dispositivos constitucionais[141]. Dentre diversas disposições legais, a doutrina[142] entende que maior

---

[140] UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento nº (UE) 2016/679 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO de 27 de abril de 2016**. Disponível em https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=PT. Acesso em 11 de abril de 2019.

[141] DONEDA, Danilo. *Op. Cit.*, 2006. p. 323.

[142] Deste modo entenderam: Maria Eugênia Reis Finkelstein (In: FINKELSTEIN, Maria Eugênia. *Op. Cit.*, 2011.); Luiz Antônio Rizzatto Nunes, (In: NUNES, Rizzatto Luiz Antônio. *Op. Cit.*, 2018). p. 435, e José Afonso da Silva (SILVA, José Afonso da. *Op. Cit.*, 2012., pp. 458).

destaque à proteção de dados foi conferido ao instituto do *habeas data*, introduzido pela Constituição de 1988 e pelo CDC, em relação aos bancos de dados, já analisados:

> Os elementos de maior destaque para a atuação da proteção de dados no ordenamento brasileiro são a ação de *habeas data*, introduzida pela Constituição de 1988 e regulamentada pela Lei nº 9.507/97, e os preceitos sobre a proteção aos dados pessoais em relação ao consumo, determinadas pelo Código de Defesa do Consumidor em seus artigos 43 e 44[143].

O *habeas data* é um instrumento concebido pela Carta Magna de 1988, no art. 5º[144], LXXII, isto é, previsto como um direito fundamental dos cidadãos concedido para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público, ou para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo.

De acordo com José Afonso da Silva, o instituto[145] tem por objetivo proteger a esfera íntima das pessoas contra usos abusivos de dados pessoais, fraudes na obtenção de dados e sua conservação e introdução de dados sensíveis. Outrossim, diante da previsão constitucional, não havia qualquer necessidade de regulamentação para aplicação jurisdicional:

> O habeas data (art.5º, LXXII) é um remédio constitucional que tem por objeto proteger a esfera íntima dos indivíduos contra: a) usos abusivos de registros de dados pessoais coletados por meios fraudulentos, desleais ou ilícitos; b) introdução nesses registros de dados sensíveis (assim chamados os de origem racial, opinião política, filosófica ou religiosa, filiação partidária e sindical, orientação sexual, etc.; c) conservação de dados falsos ou com fins diversos dos autorizados em lei[146].

Trata-se de uma ação que visa a assegurar um direito previsto no ordenamento, mas não de forma explícita, até aquele momento. Como resultado, obrigaria o coato a revelar as

---

[143] DONEDA, Danilo. *Op. Cit.*, 2006. p.326.

[144] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de** 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 10 de abril de 2019.

[145] Também trataram sobre a aplicabilidade do *habeas data* Alexandre de Moraes (In: MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 34.ed. São Paulo: Atlas, 2017) e Hely Lopes Meirelles; Arnoldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes (In: MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira., **Mandado de Segurança e ações constitucionais**. 32.ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 305).

[146] SILVA, José Afonso da. *Op. Cit.*, 2012. p. 458.

informações necessárias sobre o impetrante e, no caso de inexatidão, proceder à retificação dos dados pessoais, como afirmam Hely Lopes Meirelles *et al.*:

> Também se tem salientado o caráter pessoal dos dados e informações a serem obtidos ou corrigidos pelo habeas data. Trata-se de garantia constitucional decorrente da chamada liberdade de informática, dando acesso aos bancos de dados para controle das informações neles constantes a respeito da pessoa. do individuo. em todos os seus aspectos, politicos, econômicos, sanitários, familiares etc.[147]

A Lei nº 9.507, de 12 de novembro de 1997, regulamentou o direito de acesso a informações e disciplinou o rito processual do *habeas data*. Inicialmente, o parágrafo único do art 1º da Lei[148] prevê que se considera público todo registro ou banco de dados contendo informações que sejam ou possam ser transferidas a terceiros ou que não sejam de uso privativo do órgão ou entidade produtora ou depositária das informações.

A aplicação do *habeas data* não estaria sujeita apenas à defesa de direitos subjetivos públicos, sendo ampliada também para relações privadas. Isso se dá porque o art. 5º, LXXII não realiza tal limitação no objetivo de acesso aos dados e retificação desses por meio da ação em razão de registros de bancos de dados de entidades governamentais e públicas, como asseverou José Afonso da Silva:

> Entidades governamentais é uma expressão que abrange órgãos da administração pública direta ou indireta. Logo, a expressão "entidades de caráter público" não pode referir-se a organismos públicos, mas a instituições, entidades e pessoas jurídicas privadas que prestam serviços para o público ou de interesse público, envolvendo-se não só concessionários, permissionários ou execercentes de atividades autorizadas, mas também de agentes de controle ou proteção de situações sociais ou coletivas, como as instituições de cadastramento de dados pessoais para controle ou proteção do crédito, ou divulgadoras profissionais de dados pessoais, como firmas de assessoria e fornecimento de malas diretas[149].

Do mesmo modo entendeu Alexandre de Moraes ao ao tratar sobre a legitimidade passiva do *habeas data*. Nas palavras do autor, "poderão sujeitos passivos do *habeas data* as entidades governamentais, da administração pública direta e indireta, bem como as

---

[147] Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Ibidem*, 2009.

[148] BRASIL. **Lei nº 9.507, de 12 de novembro de 1997**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/LEIS/L9507.htm. Acesso em 10 de abril de 2019.

[149] SILVA, José Afonso da. *Idem*, 2012., pp. 458-459.

instituições, entidades e pessoas jurídicas privadas que prestem serviços para o público ou de interesse público, e desde que detenham dados referentes às pessoas físicas ou jurídicas[150]".

Como comenta Marcel Leonardi, o *habeas data* pode ser impetrado como um mecanismo de tutela à disposição do usuário da *internet* que pretenda fazer valer seu direito de acessar os registros existentes em bancos de dados e nos demais cadastros. Nas palavras do autor, a impetração de *habeas data* "está diretamente relacionada à existência de uma pretensão resistida, consubstanciada na recusa prévia do mantenedor do cadastro em responder ao pedido de acesso, retificação ou complementação das informações, seja de forma explícita ou implícita, tal como nos casos de omissão ou atraso[151]".

A Súmula nº 2 do Superior Tribunal de Justiça[152] prevê que "não cabe o *habeas data* se não houve recusa de informações por parte da autoridade administrativa". Na forma prevista na Lei nº 9.507/1997, há uma fase administrativa prévia com um requerimento do interessado ao órgão ou entidade depositária do registro. A petição inicial, relativa ao *habeas data*[153], deve ser instruída com prova da recusa de acesso às informações, retificação ou anotação sobre a inexatidão, ou provas sobre decurso de prazos sem a respectiva resposta[154] do requerimento.

A Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, denominada Lei de Acesso à Informação, regulou os procedimentos adotados pela administração pública direta e indireta relativos ao acesso a informações, previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal. Além disso, o *caput* do art. 2º da referida Lei ampliou a aplicação dos seus efeitos às "entidades privadas sem fins lucrativos que

---

[150] MORAES, Alexandre de. *Op. Cit.*, 2017. p. 228.

[151] LEONARDI, Marcel. *Op. Cit.***,** 2012. p. 201

[152] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 2,** ementa: Não cabe o habeas data, (CF, art. 5., LXXII, letra "a") se não houve recusa de informações por parte da autoridade administrativa. Disponível em <http://www.stj.jus.br/docs_*internet*/SumulasSTJ.pdf>. Acesso em 1º de maio de 2019.

[153] Cf. A competência dos órgãos judiciários para processar e julgar o *habeas data* figura nos arts. 102, I,d, II, a, 105, I, b, 108, I, c, 109, VIII e 121, §4º, V da Constituição Federal de 1988 e também é prevista no art. 20 da Lei nº 9.507/97.

[154] BRASIL. **Lei nº 9.507, de 12 de novembro de 1997**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/LEIS/L9507.htm. Acesso em 10 de abril de 2019. Art. 8° A petição inicial, que deverá preencher os requisitos dos arts. 282 a 285 do Código de Processo Civil, será apresentada em duas vias, e os documentos que instruírem a primeira serão reproduzidos por cópia na segunda. Parágrafo único. A petição inicial deverá ser instruída com prova: I - da recusa ao acesso às informações ou do decurso de mais de dez dias sem decisão; II - da recusa em fazer-se a retificação ou do decurso de mais de quinze dias, sem decisão; ou III - da recusa em fazer-se a anotação a que se refere o § 2° do art. 4° ou do decurso de mais de quinze dias sem decisão.

recebam, para realização de ações de interesse público, recursos públicos diretamente do orçamento ou mediante subvenções sociais, contrato de gestão, termo de parceria, convênios, acordo, ajustes ou outros instrumentos congêneres[155]".

Pelo exposto, a lei de acesso à informação tem por base os preceitos constitucionais da informação, previstos nos arts. 5º, XXXIII, e 37, bem como trouxe mecanismos para qualquer pessoa, sem necessidade de apresentação de um motivo específico, receber informações públicas de órgãos, entidades ou pessoas jurídicas sem fins lucrativos que recebam recursos públicos.

Os mecanismos destinam-se a assegurar o direito fundamental de acesso à informação. Para tanto, a lei conceitua informação como dados, processados ou não, que podem ser utilizados para produção e transmissão do conhecimento, contidos em qualquer meio, suporte ou formato (art. 4º, I). O tratamento de dados pessoais deverá ser feito pelos agentes públicos legalmente autorizados, e com acesso restrito (art. 31, §1º, I), podendo ser autorizada a divulgação ou acesso por terceiros, diante de previsão legal ou consentimento (art. 31, §1º, II). Por fim, o tratamento de dados pessoais deve seguir os princípios fundamentais constitucionais de inviolabilidade da intimidade, vida privada, além das demais liberdades e garantias individuais.

Não obstante o caráter da Lei de Acesso à Informação seja primordialmente público, de conferir transparência e publicidade das informações aos cidadãos, esta pode ser considerada mais um pilar na construção do espaço de consenso, amparada pela Constituição e demais normas.

Por outro lado, tanto a previsão do *habeas data* como da Lei de acesso à informação não eram suficientes para amparar as pessoas na proteção de seus dados, da forma prevista na como está na LGPD, especialmente com a criação de uma autoridade competente para tal controle[156].

1.1.2.6. Lei do Marco Civil da Internet

---

[155] BRASIL. **Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm. Acesso em 25 de maio de 2019.

[156] LEONARDI, Marcel. *Op. Cit.*, 2012. p. 208.

A Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, denominada Lei do Marco Civil da *Internet* estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da *internet* no Brasil. Além disso, determina algumas medidas para a atuação da administração pública direta em relação à *internet*.

O anteprojeto[157] foi desenvolvido pelo Ministério da Justiça em parceria com o Centro de Tecnologia e Sociedade da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro, com fundamentos no texto constitucional e no conjunto de recomendações apresentadas pelo Comitê Gestor da *Internet* no Brasil, no documento "Princípios para Governança e Uso da *Internet*" (Resolução CGI.br/RES/2009/003/P). Porém, para a construção da temática, o projeto realizou uma consulta popular com intuito de usar a própria dinâmica da *internet* para conferir maior densidade à democracia e transparência.

A apresentação do anteprojeto foi justificada pelos estudos realizados em 2009 pelo IBGE[158] que apontaram a ampla utilização da *internet* pelos brasileiros, com taxa de crescimento de mais de um milhão a cada três meses. No entanto, não havia até aquela data uma lei sobre o ambiente cibernético que harmonizasse regras de utilização, positivação normativa do uso da *internet* e a cultura digital, inclusive para fins jurisdicionais, com a aplicação de normas específicas aos casos concretos pelo Poder Judiciário.

As discussões populares sobre a Lei do Marco Civil da *internet* ocorreram entre outubro de 2009 e maio de 2010, por meio de um sítio mantido pelo Ministério da Cultura e pela Rede Nacional de Ensino e Pesquisa. O processo de consulta popular resultou em mais de dois mil comentários diretos, permitindo a ampla expressão pública dos grupos sociais, como descreveu Ronaldo Lemos:

> Ficou definido que a partir da arquitetura apresentada, seria construído um processo de construção colaborativa do Marco Civil, utilizando-se para isso da própria *internet*.[...]
> A plataforma <http://culturadigital.br/marcocivil> foi então criada e lançada. Foi nela que ocorreu todo o processo inicial de construção do texto específico do Marco Civil[159].

---

[157] BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 2.126, de 14 de agosto de** 2011. Disponível em https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=912989&filename=Tramitacao-PL+2126/2011. Acesso em 09 de abril de 2019.

[158] Cf. Ibidem.

[159] LEMOS, Ronaldo. Uma breve história da criação do marco civil. In: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Coords). **Direito & Internet III** – Tomo I: Marco Civil da Internet. Lei nº 12.965/2014. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 99.

O anteprojeto, resultado desse processo, foi convertido no Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 2.126/ 2011, transformado na Lei nº 12.965/2014[160]. A lei foi estruturada em cinco capítulos. O primeiro deles discorre sobre os fundamentos do uso da *internet*, seus princípios e objetivos, e, ao final, traz os conceitos necessários para compreensão da norma. O segundo capítulo prevê os direitos dos usuários, enquanto o terceiro trata das provisões de conexão e aplicações.

O quarto capítulo versa sobre as atribuições do Poder Público, fixa diretrizes para atuação da União, Estados, Distrito Federal, Municípios e regras para sítios públicos. Ao final, o quinto capítulo contempla as disposições gerais, vigência e defesa jurisdicional individual ou coletiva dos direitos estabelecidos. Isso posto, passa-se à análise de alguns dispositivos da referida lei.

Inicialmente a Lei nº 12.965/ 2014 estabelece como objetivo o acesso de todos os cidadãos a *internet*, informação e conhecimento, de forma que prevaleça o fomento e adesão do país aos padrões tecnológicos mundiais. O art. 2º da lei informa que a disciplina da *internet* tem como fundamentos: (i) o reconhecimento da escala mundial da rede; (ii) direitos humanos e desenvolvimento da personalidade em meios digitais; (iii) pluralidade e diversidade; (iv) abertura e colaboração; (v) livre iniciativa, concorrência e defesa do consumidor e (vi) a finalidade social da rede.

Da mesma forma, no art. 3º, o legislador estabeleceu os princípios do uso da rede no Brasil, quais sejam: (i) a garantia da liberdade de expressão e comunicação de pensamento; (ii) proteção da privacidade; (iii) proteção de dados pessoais; (iv) preservação e garantia da neutralidade da rede; (v) preservação da estabilidade, segurança e funcionalidade da rede, por meio de medidas técnicas compatíveis com padrões internacionais e uso de boas práticas; (vi) a responsabilização dos agentes na forma legal; e (vii) a preservação da natureza participativa e liberdade dos modelos de negócios promovidos pela *internet*, desde que não conflitem com os demais princípios.

O art. 7º estabeleceu como direitos dos usuários: (i) a inviolabilidade da intimidade; da vida privada, do sigilo do fluxo e do armazenamento das comunicações pela *internet*; (ii) a

[160] 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 09 de abril de 2019.

não suspensão da conexão à *internet*, exceto em caso de débitos; (ii) a manutenção da qualidade contratada de conexão; (iii) a obtenção de informações claras sobre a prestação de serviços e meios de proteção de conexão; (iv) o não fornecimento a terceiros de seus dados pessoais, inclusive registros de conexão e acesso às aplicações da *internet*, exceto em caso de prévia autorização. Também se destacam a publicidade das políticas de uso, a acessibilidade e a aplicação das normas de proteção e defesa do consumidor.

Em relação à coleta de dados, o art. 7º também previu que é direito do usuário a informação clara e correta sobre coleta, uso, armazenamento de dados pessoais. Eles poderão ser utilizados para fins justificados, que não sejam vedados pela legislação e estejam especificados em contratos de prestação de serviços ou termos de uso de aplicações de *internet*. Igualmente, são assegurados aos usuários o consentimento expresso sobre uso, coleta, armazenamento de dados pessoais e a possibilidade de exclusão definitiva dos dados pessoais mediante requerimento, sendo certo que esse dispositivo, (inciso X do art.7º da Lei nº 12.965/2014) será alterado com a entrada em vigor da Lei nº 13.709/2018, nos termos do seu art. 65.

Nesse aspecto, verificou-se que tais princípios foram bastante influenciados pelos próprios direitos previstos no texto constitucional, entre eles, liberdades de iniciativa e concorrência (art. 170) liberdade de manifestação do pensamento (art. 5º, IV), expressão e informação (art. 5º, IX), direito fundamental à privacidade e seus atributos (art. 5º, X) e inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas (art. 5º, XII).

Destaque-se que a proteção de dados, de acordo com a Lei nº 12.965/2014, é prevista como um princípio individualizado, com direitos marcantes do usuário, não obstante a previsão do princípio da privacidade. Logo, é possível sustentar o entendimento que o ordenamento estava no rumo de uma disciplina jurídica da proteção de dados, como previu Danilo Doneda:

> O ponto fixo de referência nesse processo é que, entre os novos prismas para a abordagem da questão, mantém-se uma constante referência objetiva a uma disciplina jurídica específica para os dados pessoais, que manteve o nexo de continuidade com a disciplina da privacidade, da qual é uma espécie de herdeira, atualizando-a e impondo-lhe características próprias[161].

[161] DONEDA, Danilo. *Op. Cit*. 2014. p. 65.

Outro ponto relevante ao presente estudo diz respeito à neutralidade da rede, previsto como princípio à utilização da *internet*. A neutralidade se trata de uma garantia de igualdade na sua utilização, isto é, que todo conteúdo da *internet* deve ser igualmente tratado e as pessoas podem acessar qualquer sítio, aplicativo ou serviço por meio da *internet*. Desse modo, Tim Wu lecionou:

> [...] O ideal de neutralidade indica uma rede que trata tudo o que carrega de maneira igual, indiferente à natureza do conteúdo ou à identidade do usuário. No mesmo espírito do princípio end-to-end, o princípio da neutralidade sustenta que as grandes decisões relativas a como usar este meio serão melhores se deixadas para os "fins" da rede, não para os provedores de informação[162].
>
> [Tradução livre]

As pessoas que têm acesso à *internet* podem acessar os conteúdos independentemente do serviço que contrataram, sejam sites, aplicativos ou outros produtos. Não há uma distinção de "produtos" na *internet*. Um plano de *internet* que seja adquirido por uma determinada pessoa terá os mesmos acessos que às demais[163].

No entanto, a Lei do Marco Civil da *internet* conferiu ao poder executivo a regulamentação do tema, que foi realizada pelo Decreto nº 8.771, de 11 maio de 2016. O diploma estabeleceu, no art. 3º, a garantia de preservação do caráter público e irrestrito do acesso à *internet* e fundamentos, princípios e objetivos do país, na forma daquela lei

A Lei nº 12.965/2014 ainda estabeleceu os conceitos[164] necessários ao entendimento sobre a disciplina da *internet* no Brasil. A *internet* é conceituada como "o sistema constituído

---

[162] WU, Tim. The master switch**. The rise and fall of information empires**. New York: Alfred A. Knopf, 2010 (e-book), p. 214.

[163] LONGHI, João Victor Rozzatti. Marco Civil da Internet no País. In: MARTINS, Guilherme Magalhães (Org.). **Direito Privado e Internet**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 112.

[164] 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 09 de abril de 2019. Art. 5º Para os efeitos desa Lei, considera-se: I - *internet*: o sistema constituído do conjunto de protocolos lógicos, estruturado em escala mundial para uso público e irrestrito, com a finalidade de possibilitar a comunicação de dados entre terminais por meio de diferentes redes; II - terminal: o computador ou qualquer dispositivo que se conecte à *internet*; III - endereço de protocolo de *internet* (endereço IP): o código atribuído a um terminal de uma rede para permitir sua identificação, definido segundo parâmetros internacionais; IV - administrador de sistema autônomo: a pessoa física ou jurídica que administra blocos de endereço IP específicos e o respectivo sistema autônomo de roteamento, devidamente cadastrada no ente nacional responsável pelo registro e distribuição de endereços IP geograficamente referentes ao País; V - conexão à *internet*: a habilitação de um

do conjunto de protocolos lógicos, estruturado em escala mundial para uso público e irrestrito, com a finalidade de possibilitar a comunicação de dados entre terminais por meio de diferentes redes". Sob essa ótica, terminais seriam computadores ou outros dispositivos com acesso à rede; endereço de protocolo ou endereço IP seria um código atribuído a um terminal que permita sua identificação. A conexão à *internet* é a habilitação de um terminal para envio e recebimento de pacotes de dados pela *internet*, mediante a atribuição de um endereço IP.

Além disso, o art. 5º da Lei nº 12.965/2014 também prevê que o administrador de sistema autônomo é a pessoa natural ou jurídica que administra blocos de endereço IP específicos e o respectivo sistema autônomo de roteamento, devidamente cadastrada no ente nacional responsável pelo registro e distribuição de endereços IP geograficamente referentes ao País.

Os provedores de conexão de *internet* são citados em diversos momentos da Lei, porém não foram conceituados no art. 5º. Não obstante, uma vez que o inciso V tipifica a conexão de *internet*, os provedores seriam as pessoas naturais ou jurídicas que realizam a habilitação de um terminal para envio e recebimento de pacotes de dados pela *internet*, mediante atribuição ou autenticação de um endereço IP. Ainda, tais provedores são remunerados em razão de um contrato de prestação de serviços para conexão de *internet*, celebrado com usuários da rede, diferentemente da outra categoria prevista, de provedores de aplicações. Segundo Carlos Affonso Souza e Ronaldo Lemos[165] "a Lei nº 12.965/2014 trata em especial de dois tipos de provedores: aqueles dedicados a prover o acesso à *internet* e aqueles que disponibilizam as mais diversas aplicações na rede".

A intenção da lei é de evitar práticas de monitoramento e vigilância de muitos provedores, por isso explicitou os conceitos anteriormente elencados para proteção dos

---

terminal para envio e recebimento de pacotes de dados pela *internet*, mediante a atribuição ou autenticação de um endereço IP; VI - registro de conexão: o conjunto de informações referentes à data e hora de início e término de uma conexão à *internet*, sua duração e o endereço IP utilizado pelo terminal para o envio e recebimento de pacotes de dados;

VII - aplicações de *internet*: o conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à *internet*; e VIII - registros de acesso a aplicações de *internet*: o conjunto de informações referentes à data e hora de uso de uma determinada aplicação de *internet* a partir de um determinado endereço IP.

[165] SOUZA, Carlos Affonso; LEMOS, Ronaldo. **Marco civil da *internet*: construção e aplicação**. Juiz de Fora: Editar Editora Associada Ltda, 2016., p. 70.

usuários. Tais conceitos balizarão toda a dinâmica da lei acerca do acesso à *internet*, nas palavras de João Victor Longhi[166]:

> O Marco Civil também procura evitar as práticas de vigilância que hoje compõem a estrutura de negócios de muitos provedores (bem como de instituições públicas), disciplinando a questão do registro e disponibilização de dados referentes à conexão e acesso às aplicações da *internet*.
>
> Para tal, o art.5º do Marco se vale dos conceitos que estruturam o funcionamento da rede: *internet*, terminal, administrador de sistema autônomo, endereço IP, registro de conexão, aplicações de *internet* e registro de acesso a aplicações de *internet*.

O Capítulo IV da Lei do Marco Civil da *internet* disciplina provisão de conexão e aplicações da *internet*, apresentando na seção II os procedimentos de proteção de registros, dados pessoais e comunicações privada, que importam ao presente estudo.

O *caput* do art. 10 do referido diploma estatui que a guarda e a disponibilização dos registros de conexão e de acesso a aplicações de *internet*, bem como de dados pessoais e do conteúdo de comunicações privadas, devem atender à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das partes direta ou indiretamente envolvidas. Da mesma forma, seus parágrafos informam que o provedor apenas será obrigado a disponibilizar os registros que contribuam com identificação de usuário ou terminal e conteúdo das comunicações privadas mediante ordem judicial. Além disso, os procedimentos de segurança e sigilo precisam ser comunicados pelo responsável pela provisão de serviços, de forma clara e em regulamento.

Do mesmo modo, o art. 11 estabeleceu que em qualquer operação de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, de dados pessoais ou de comunicações por provedores de conexão e de aplicações de *internet*, em que pelo menos um desses atos ocorra no território nacional, deverão ser obrigatoriamente respeitados a legislação brasileira e os direitos à privacidade, à proteção dos dados pessoais e ao sigilo das comunicações privadas e dos registros. Outrossim, esse dispositivo é aplicável a dados coletados em território nacional e conteúdo de comunicações, desde que pelo menos um dos terminais esteja no Brasil, ainda que as atividades sejam realizadas por pessoa jurídica sediada no exterior, desde que preste serviços ao público brasileiro ou seja integrante de um grupo econômico com estabelecimento no País. Esse dispositivo é importante, pois explicita que mesmo antes da LGPD, o

[166] LONGHI, João Victor Rozzatti. *Op. Cit.*, 2014. p. 114.

ordenamento jurídico já previa proteção específica aos dados pessoais, porém especialmente voltada para provedores de *internet*.

Por fim, o art. 12 explicita as sanções aplicáveis pelo descumprimento das normas, sem prejuízo das demais sanções cíveis, criminais ou administrativas. Os infratores ficam sujeitos, de forma isolada ou cumulativa, a: (i) advertência, com prazo para medidas de correção; (ii) multa de até 10% (dez por cento) do faturamento do grupo econômico no Brasil; e/ou (iii) suspensão temporária ou proibição das atividades de coleta, uso, armazenamento, guarda e tratamento de registros, dados ou comunicações. Em sendo sociedade estrangeira, haverá responsabilidade solidária pela multa aplicada a sua filial, sucursal, escritório ou estabelecimento.

Oportuno concluir que a Lei do Marco Civil da *Internet* é relevante para o direito, pois regulamentou o acesso à *internet* e estabeleceu os princípios norteadores para sua utilização inclusive a proteção de dados. Para o presente estudo é importante notar que a lei não diferenciou os dados das pessoas naturais ou jurídicas para fins da proteção concedida. Entretanto, o Decreto nº 8.771, de 11 de maio de 2016, que regulamenta a referida lei, descreveu que dado pessoal é "o dado relacionado à pessoa natural identificada ou identificável, inclusive números identificativos, dados locacionais ou identificadores eletrônicos, quando estiverem relacionados a uma pessoa[167]". Destarte, o Regulamento da Lei do Marco Civil da Internet, de forma similar à LGPD, estabeleceu que o dado pessoal, objeto de tratamento em conexões e registros de *internet* é referente à pessoa natural.

Em relação à proteção de dados, o Decreto nº 8.771, de 2016, prevê no art. 13 que os provedores de conexão e aplicações devem: (i) estabelecer controle estrito ao acesso de dados, mediante definição das responsabilidades das pessoas que terão acesso; (ii) prever mecanismos de autenticação de acesso aos registros usando sistemas para tanto; (iii) criar inventário detalhado de acessos, contendo as informações sobre momento, duração e identidade do usuário que acessou e arquivo, bem como (iv) usar soluções de gestão de registros, para garantir inviolabilidade de dados, como encriptação. Outrossim, é previsto que, de acordo com os direitos do usuário, os provedores de conexão devem manter a menor quantidade possível de dados pessoais e excluí-los caso tenha sido atingida sua finalidade de uso ou se encerrado o prazo determinado por obrigação legal.

---

[167] BRASIL. **Decreto nº 8.771, de 11 de maio de 201**6. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8771.htm. Acesso em 10 de abril de 2019.

Conclui-se que a Lei nº 12.965/2014 criou um ambiente propício para debates futuros, especialmente com a prevenção e a repressão às violações de proteção de dados. A Lei indicou regimes de proteção e responsabilização, com impactos na aplicação pelo Poder Judiciário e consequente verificação da necessidade da existência de um marco específico sobre a proteção informacional.

1.2. Exame da jurisprudência no Brasil

Diante das análises já empreendidas acima sobre as implicações do princípio da privacidade e também da perspectiva acerca do estudo comparado da proteção de dados nos EUA, berço da doutrina da *privacy* e da União Europeia, onde surge o primeiro regulamento geral sobre proteção de dados pessoais, com a criação de um órgão específico para tais ações, bem como após o complexo normativo brasileiro esparso de tratamento de dados, nesse item, passa-se ao exame jurisprudencial do tema no Brasil.

O objetivo desta parte da tese é entender como os tribunais brasileiros, até o ano de 2018 quando foi sancionada a Lei Geral de Proteção de Dados, aplicavam o direito existente relativo à proteção de dados aos casos concretos. Para fins metodológicos de pesquisa, será trazida amostragem na jurisprudência dos tribunais do ano de 1995 até 2018. Esse recorte temporal foi delimitado considerando que a *internet* surge aproximadamente no ano de 1970 nos EUA, chegando ao Brasil em 1988, mas sendo efetivamente expandida no ano 2000. Além disso, a nova ordem constitucional se inicia em 1988 com a Constituição vigente e norteia o presente estudo.

A pesquisa foi realizada diretamente nos sítios virtuais do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, além de sites de pesquisas diretas. Utilizou-se os verbetes "dados"; "proteção"; "privacidade"; "contratos" e "*habeas data*". Após elevado número de resultados foi realizado um recorte de acordo com a objetivo geral do estudo, motivo pelo qual apresenta-se as decisões abaixo.

O primeiro caso a ser analisado é a Acórdão proferido no Recurso Especial nº 22.237-8/RS[168] sob relatoria do ministro Ruy Rosado de Aguiar que ilustra como se deu a

[168] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. **Recurso Especial nº 22.237-8/RS**. Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar. J: 13.02.1995. DJ: 20.03.1995. Disponível em

evolução jurisprudencial da disciplina da proteção de dados. No caso, o relator declarou que a proteção de dados não contempla apenas a privacidade, mas também outros elementos e, explicou que a crescente inserção dos dados das pessoas em bancos, se tornou uma das grandes preocupações do Estado Moderno.

Trata-se de acórdão em recurso especial proferido pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça. José Orivaldo Moreira Branco propôs ação cautelar e posteriormente ordinária contra o Serviço de Proteção ao Crédito (SPC) e o Clube de Diretores Lojistas (CLD) de Passo Fundo-RS, para cancelamento dos registros do SPC efetuados há mais de três anos. As ações foram julgadas procedentes e o CDL interpôs apelação, que também foi julgada improcedente.

Com a interposição do recurso especial, o CDL alegou violação ao art. 177 do Código Civil de 1916[169], vigente àquela data, e ao art. 43, §5º do CDC, uma vez que a prescrição dos débitos ocorreria em vinte anos, portanto esse seria o prazo de permanência dos registros no SPC.

Em seu voto, o ministro Ruy Rosado de Aguiar expôs que o SPC é uma organização que oferece grandes benefícios aos agentes econômicos, pois garante agilidade e segurança para as operações comerciais. Não se pode negar ao vendedor um direito de informação sobre seu cliente no mercado; contudo essa atividade deve ser realizada dentro de alguns limites.

O relator continuou sua análise e comentou que, naquele caso seria aplicável a regra do art. 5º, inciso X, da Constituição que trata de inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, assim como, o art. 43, §1º, do CDC, *in verbis*: "os cadastros e dados de consumidores devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão, não podendo conter informações negativas referentes a período superior a cinco

---

https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=199200114466&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea. Acesso em 12 de abril de 2019. EMENTA. SERVIÇO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. Cancelamento do registro. Prazo (cinco anos). O registro de dados pessoais no SPC deve ser cancelado após cinco anos. Art. 43, § 1º do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90). Acórdão. Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Antônio Torreão Braz, Fontes de Alencar, Sálvio de Figueiredo e Barros Monteiro.

169 BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm. Acesso em 13 de abril de 2019. Cf. Art. 177. As ações pessoais prescrevem ordinariamente em trinta anos, a reais em dez entre presentes e, entre ausentes, em vinte, contados da data em que poderiam ter sido propostas.

170 Ibidem.

anos". Nesse sentido, o voto foi no sentido de julgar improcedente o Recurso Especial, sendo o relator acompanhado por unanimidade por todos os ministros da turma.

Ainda em seu voto, o ministro Ruy Rosado de Aguiar explicitou que havia necessidade de disciplina da proteção de dados, por se tratar de grande preocupação da sociedade moderna, já que em outros países, existia a elevação de tal proteção à categoria de direito fundamental, com a instituição de órgãos específicos para a fiscalização:

> A inserção de dados pessoais do cidadão em bancos de informações tem se constituído em uma das preocupações do Estado Moderno, onde o uso da informática e a possibilidade de controle unificado das diversas atividades da pessoa, nas múltiplas situações de vida, permite o conhecimento de sua conduta pública e privadas, até nos mínimo, os detalhes, podendo chegar à devassa de atos pessoais, invadindo área que deveria ficar restrita à sua intimidade; ao mesmo tempo; o cidadão objeto dessa indiscriminada colheita de informações, muitas vezes sequer sabe da existência de tal atividade, ou não dispõe de eficazes meios para conhecer o seu resultado, retificá-lo ou cancelá-lo.
>
> [...] A importância do tema cresce de ponto quando se observa o número imenso de atos da vida humana praticados através de mídia eletrônica ou registrados em disquetes de computador[170].

O segundo julgado que será analisado trata-se do o Recurso Extraordinário nº 673.707 - MG[171], sob relatoria do ministro Luiz Fux, sobre o direito de acesso por pessoas jurídicas às informações tributárias em bancos de dados.

---

[170] Ibidem.

[171] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Recurso Extraordinário nº 673.707-MG.** Relator Ministro Luiz Fux. J: 17.06.19. DJ: 30.09.2015. Disponível em http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=307831711&ext=.pdf. Acesso em 13 de abril de 2019. EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO TRIBUTÁRIO. HABEAS DATA. ARTIGO 5º, LXXII, CRFB/88. LEI Nº 9.507/97. ACESSO ÀS INFORMAÇÕES CONSTANTES DE SISTEMAS INFORMATIZADOS DE CONTROLE DE PAGAMENTOS DE TRIBUTOS. SISTEMA DE CONTA CORRENTE DA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL-SINCOR. DIREITO SUBJETIVO DO CONTRIBUINTE. RECURSO A QUE SE DÁ PROVIMENTO. 1. O habeas data, posto instrumento de tutela de direitos fundamentais, encerra amplo espectro, rejeitando-se visão reducionista da garantia constitucional inaugurada pela carta pós-positivista de 1988.[...]. Registro de dados deve ser entendido em seu sentido mais amplo, abrangendo tudo que diga respeito ao interessado, seja de modo direto ou indireto, causando-lhe dano ao seu direito de privacidade.(...) *in* José Joaquim Gomes Canotilho, Gilmar Ferreira Mendes, Ingo Wolfgang Sarlet e Lenio Luiz Streck. Comentários à Constituição. Editora Saraiva, 1ª Edição, 2013. p.487. 6. **A *legitimatio ad causam* para interpretação de Habeas Data estende-se às pessoas físicas e jurídicas, nacionais e estrangeiras, porquanto garantia constitucional aos direitos individuais ou coletivas. 7. Aos contribuintes foi assegurado constitucionalmente o direito de conhecer as informações que lhes digam respeito em bancos de dados públicos ou de caráter público, em razão da necessidade de preservar o status de seu nome, planejamento empresarial, estratégia de investimento e, em especial, a recuperação de tributos pagos indevidamente, in verbis: Art. 5º LXXII.** Conceder-se-á habeas data para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público, considerado como um writ, uma garantia, um remédio

Na origem, foi impetrado *habeas data* por Regliminas Distribuidora Ltda, contra a União Federal, com intuito de obter todas as informações constantes em nome da sociedade limitada, bem como dos pagamentos efetuados registrados na base de dados da Receita Federal do Brasil (RFB), em especial o Sistema de Conta Corrente da Pessoa Jurídica (SINCOR). Em primeira e segunda instâncias, tanto o pedido como a apelação foram julgados improcedentes, sob argumento de que o cadastro não seria público, não se enquadrando no direito sujeito ao *habeas data*.

Em recurso extraordinário, a sociedade limitada apontou violação ao art. 5º, LXXII, alínea a, da Constituição federal, sustentando que é direito constitucional conhecer anotações, informações e dados sobre os pagamentos por ela implementados nos sistemas de arrecadação de tributos, com transparência, principalmente quando se trata de aos dados dos próprios contribuintes. A União alegou que os cadastros não são públicos, mas de uso interno da RFB, o que inviabiliza o *habeas data*.

A Procuradoria Geral da República se manifestou pelo provimento do Recurso Extraordinário, pois a ausência de caráter público não impede o acesso às informações, na forma da previsão constitucional para o *habeas data*.

Em seu voto, o ministro Luiz Fux asseverou que o *habeas data* é uma ação constitucional por meio da qual se visa a garantir o acesso de uma pessoa a informações que façam parte de arquivos ou bancos de dados de entidades governamentais ou públicas, na forma no art. 5º, LXXII, da Carta Magna. Ainda dispôs que, segundo a Lei nº 9.507/97, em especial o parágrafo único do art. 1º, é considerado de caráter público todo registro ou banco de dados contendo informações que sejam ou possam ser transmitidas a terceiros ou que não sejam de uso privativo do órgão ou entidade produtora depositária das informações. Nesse aspecto, o sistema SINCOR seria um arquivo de dados em sentido amplo, pois registra todas as informações de débitos e créditos dos contribuintes. À vista disso, seria de interesse da sociedade o conhecimento das informações para seu próprio planejamento, inclusive empresarial, conforme explicitou o relator em seu voto:

> Aos contribuintes foi assegurado o direito de conhecer as informações que lhes digam respeito em bancos de dados públicos ou de caráter público, em razão da

---

constitucional à disposição dos cidadãos para que possam implementar direitos subjetivos que estão sendo obstaculados. [...] Ex positis, DOU PROVIMENTO ao recurso extraordinário. [Grifos do autor].

> necessidade de preservar o status de seu nome, planejamento empresarial, estratégia de investimento e, em especial, a recuperação de tributos pagos indevidamente, dentre outras.
>
> Consectariamente, estas informações não são de uso privativo do órgão ou entidade produtora ou depositária das informações, a Receita Federal do Brasil, mas dizem respeito ao próprio contribuinte.
>
> Seria diferente se estivessem sendo requeridas pelos contribuintes informações sobre o planejamento estratégico do órgão fazendário, tais como, as informações fiscais sobre outros contribuintes, o mapeamento dos setores estratégicos a serem fiscalizados, a programação da ação fiscal por setor econômico ou faixa de renda, os limites de dedutibilidade a serem utilizados como critérios de fiscalização das declarações de renda das pessoas jurídicas ou físicas, posto que inerentes à atividade da Administração Fazendária, própria de sua atividade institucional. Nestes casos, não há dúvidas que o habeas data deveria ser julgado improcedente.
>
> [...] Assegurando a Lei Maior ao impetrante contribuinte o direito de conhecer as informações e anotações que lhe digam respeito, deve-se entender como possível a impetração do habeas data de forma a esclarecer à pessoa jurídica ou física os valores por ela pagos a título de tributos ou qualquer outro tipo de pagamentos constantes dos registros da Receita Federal Brasil ou qualquer outro órgão de Administração Fazendária das outras entidades estatais[172].

Deste modo, o voto ainda discorreu sobre critérios de transparência da administração pública na lei de acesso à informação (Lei nº 12.527/2011), especialmente o acesso à informação dos próprios cidadãos previsto no art. 3º, em consonância com os direitos das pessoas físicas e jurídicas.

O voto do ministro Luiz Fux foi seguido pelos demais ministros e o caso foi apreciado em repercussão geral (tema nº 582), com provimento do recurso extraordinário. Ficou assentada a tese de que o *habeas data* é a garantia constitucional adequada para a obtenção, pelo próprio contribuinte, dos dados concernentes ao pagamento de tributos em sistemas informatizados de apoio às estatais.

O referido recurso extraordinário demonstra algumas questões importantes no tratamento de dados e na referida disciplina. Inicialmente trata-se de um caso que envolve uma pessoa jurídica que almeja ter acesso aos seus próprios dados em bancos de entidades públicas. Logo, ainda que seja uma sociedade empresária, é conferido a ela um direito fundamental, presente na Constituição Federal, de acesso às informações, anotações e impetração de *habeas data*.

---

[172] *Ibidem.*

Além disso, demonstra a evolução jurisprudencial no sentido de que sejam conferidos direitos de proteção de dados (no caso autodeterminação informativa) à pessoa jurídica, para conhecimento de seus registros, planejamento e posterior ação.

Porém, a proteção de dados se mostra ainda mais evidente na interpretação da decisão, pois caso tivesse sido impetrado *habeas data* em relação a dados de terceiros, não caberia se falar em seu provimento, pois esse remédio constitucional apenas tem o condão de proteção às próprias informações do impetrante, conforme trecho do acórdão:

> A indigitada norma não tem por objetivo negar a seu próprio titular o conhecimento das informações que a seu respeito estejam cadastradas junto às entidades depositárias. Pretende, na verdade, restringir a divulgação a outros órgãos, que não o detentor das informações, ou a terceiros, que não o titular dos dados registrados, porquanto não tem o condão de restringir o direito postulado. Com efeito, a restrição que contém o parágrafo único do artigo 1º da Lei nº 9.507/97 deve ser interpretada em consonância com o supracitado artigo 5º, inciso LXXII da CRFB/88 [...][173].

Por fim, ressalte-se que o voto do ministro Gilmar Mendes[174] antecede a própria LGPD, mas demonstra a preocupação da Corte com a proteção de dados em caráter privado, seguindo a lógica demonstrada neste estudo:

> Então, quem lê o texto brasileiro diz que os brasileiros se anteciparam no que diz respeito a essa proteção de dados, embora o nosso enfoque, historicamente, estivesse muito voltado aos bancos de dados do regime militar.
>
> Mas, ao mesmo tempo, já se vê que isso comporta outras leituras e uma dimensão importantíssima, afora a questão que já foi aqui destacada e que poderíamos até dela ter sido poupados, mas talvez não tenhamos sido para que nós pudéssemos ouvir seu belo voto. Eu acho que a grande dimensão que o habeas data vai ganhar no futuro é essa dimensão da chamada eficácia privada dos direitos fundamentais, os direitos fundamentais aplicados entre privados, quando temos como base esses chamados bancos públicos, que foi um tipo de locução que o constituinte concebeu para permitir o uso de um instrumento, em face de uma entidade tipicamente privada, foi a fórmula[175].

O terceiro julgado, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, versa sobre uma questão empresarial envolvendo vazamento de dados em ação de obrigação de fazer nº

---

[173] Idem.

[174] MENDES, Gilmar. STF. **Voto no Julgamento do Recurso Extraordinário nº 673.707-MG**. STF. Recurso Extraordinário nº 673.707-MG. Plenário. Relator Ministro Luiz Fux. J: 17.06.19. DJ: 30.09.2015. Disponível em http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=307831711&ext=.pdf. Acesso em 13 de abril de 2019.

[175] Ibidem.

1057660-67.2016.8.26.0100[176], com pedido de antecipação de tutela do Banco Daycoval S/A contra Global Village Telecom S/A. Em abril de 2016, o banco sofreu ataques virtuais aos seus sistemas, mediante invasão por um determinado endereço de IP, que realizou a quitação fraudulenta de empréstimo consignado de que era credor o autor da ação. A ré era provedora do acesso ao referido IP.

Nessa linha, a ação de obrigação de fazer tinha por objetivo que a provedora apresentasse a identificação do responsável para as medidas judiciais cabíveis. A ré apresentou contestação no sentido de que não seria possível a apresentação, em razão da proteção dos dados prevista no princípio constitucional da inviolabilidade da privacidade e sigilo de dados (art. 5º, X e XII da Constituição Federal), bem como em razão da Resolução nº 632, de 7 de março de 2014 da Agência Nacional de Telecomunicações[177] que prevê o sigilo dos dados e das comunicações.

A ação foi julgada procedente e em sede de tutela antecipada o réu apresentou as informações solicitadas. Foram aplicados pelo juízo os princípios trazidos pela Lei nº 12.965/2014, em razão do princípio da especialidade, conforme dispõe a decisão:

> Convém tecer breves considerações sobre a matéria em exame, sobremaneira no que concerne às regras e princípios aplicáveis no caso em apreço. Observo que a Lei 12.965/2014, popularmente conhecida como Marco Civil da Internet, trouxe em seu conteúdo regras e princípios voltados a assegurar direitos potestativos e normas de condutas (dever ser kelseniano) entre usuários, provedores e demais atores identificados no art. 4º, do referido diploma. É de conhecimento público que o vazio normativo (leia-se infraconstitucional), até a vigência do referido diploma legal, era sanado pela exegese direta das normas previstas na Carta de Direitos de 1988, e/ou a aplicação direta dos dispositivos previstos em legislações especiais (v.g. Código de Defesa do Consumidor; Lei 9.610/98...), normas estas que, em sua essência, no entanto, não tinham o condão de prover integralmente disciplina mínima e adequada em casos de conflitos de interesses, antinomia de regras, e tensão entre direitos subjetivos dos usuários e provedores da Internet.
>
> E, neste sentido, o novo arcabouço normativo, além de introjetar conceitos normativos de matérias importantes relacionadas ao uso da Internet no Brasil, reproduziu desde logo, em seu capítulo inicial (arts. 1º a 6º), os princípios, direitos e deveres para a disciplina adequada, bem como consolidou a pedra de toque da Lei 12.965 de 2014, traduzida no respeito à liberdade de expressão, bem como o

[176] SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. 23ª vara cível. **Processo nº 1057660-67.2016.8.26.0110**. Juiz de Direito Dr. Marcos Duque Gadelho Júnior. J: 10.08.2016. DJ: Disponível em: http://www.omci.org.br/m/jurisprudencias/arquivos/2016/sp_10576606720168260100_10082016.pdf.

[177] Cf. A Resolução nº 632/2014 da ANATEL prevê no art. 3º, V, VII, que os consumidores dos serviços têm direito a inviolabilidade e sigilo da comunicação e à privacidade dos seus dados. BRASIL. Agência Nacional de Telecomunicações. **Resolução nº 632, de 7 de março de 2014**. Disponível em http://www.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/750-resolucao-632. Acesso em 20 de abril de 2019.

> reconhecimento: i) da escala mundial da rede; ii) dos direitos humanos, o desenvolvimento da personalidade e o exercício da cidadania em meios digitais; iii) da pluralidade e a diversidade; iv) da abertura e a colaboração; v) da livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; vi) da finalidade social da rede; vii) da proteção da privacidade; viii) da proteção dos dados pessoais, na forma da lei; ix) da preservação e garantia da neutralidade de rede, dentre outros[178].

Pelo exposto, conclui-se que, até o advento da Lei do Marco Civil da *internet*, a jurisprudência relativa à proteção de dados dos usuários utilizava os critérios estabelecidos na própria Constituição, com foco no direito fundamental à vida privada e intimidade, além do remédio constitucional do *habeas data*, para acesso aos bancos de dados e registros. Porém, com o advento da Lei do Marco Civil, ela passa a ser aplicada aos casos futuros que envolvam responsabilidade de provedores, considerando-se o critério da especialidade instituído no art. 2º,§2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942), que dispõe: "a lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior[179]".

1.3. A Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 (LGPD)

A edição da Lei Geral de Proteção de Dados[180] teve grande importância no Brasil, uma vez que não havia uma regulamentação específica para a proteção de dados no ordenamento, ainda que a *internet* e o tratamento de dados já fossem amplamente utilizados no país.

A edição da LGPD foi antecedida de dois fatos que influenciaram em sua elaboração. Em 2015, o jornal britânico "*The Guardian*[181]" publicou matéria na qual denunciava o recolhimento e a utilização de dados pessoais, sem consentimento de seus titulares, pela sociedade de *marketing Cambridge Analytica*. As informações foram colhidas

---

[178] SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. 23ª vara cível. **Processo nº 1057660-67.2016.8.26.0110**. Juiz de Direito Dr. Marcos Duque Gadelho Júnior. J: 10.08.2016. DJ: Disponível em: http://www.omci.org.br/m/jurisprudencias/arquivos/2016/sp_10576606720168260100_10082016.pdf.

[179] BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em 05 de maio de 2019.

[180] BRASIL. **Lei 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 13 de abril de 2019.

[181] Cf. DAVIES, Harry.Ted Cruz using firm that harvested data on millions of unwitting Facebook users. In: **The Guardian**, 11 de dezembro de 2015. Recurso eletrônico. Disponível em https://www.theguardian.com/us-news/2015/dec/11/senator-ted-cruz-president-campaign-facebook-user-data. Acesso em 05 de maio de 2019.

na rede social *Facebook*, que, até então, exercia uma política bastante flexível para disponibilização desses dados aos desenvolvedores que utilizavam a plataforma.

Sucede que esses dados, obtidos sem consentimento dos usuários, eram fundamentalmente psicológicos, resultantes de pesquisas realizadas pela rede social. Os dados foram utilizados na campanha presidencial de Ted Cruz no intuito de aumentar sua vantagem na disputa pela presidência dos EUA e ganhar vantagem sobre Donald Trump. Por estes motivos, houve grande repercussão e preocupação mundial sobre vazamento de dados pessoais.

O segundo marco foi a aprovação do RGPD pela União Europeia em 2016. Dentre as medidas, estão incluídas a necessidade de consentimento do titular para utilização dos seus dados, bem como a possibilidade de revogação de tal autorização e fiscalização dos agentes de tratamentos pela autoridade de proteção de dados da UE.

Esse Regulamento gerou uma ampliação da proteção de dados a qualquer país que realizasse operações de tratamento de dados de pessoas localizadas na Europa, por isso, exigia uma política de proteção informacional dos países que, de alguma maneira, comercializassem ou tivessem interesse de comercializar com o continente, como esclareceu Patricia Peck Pinheiro:

> Este por sua vez ocasionou um efeito dominó, visto que passou a exigir que os demais e as empresas que buscassem manter relações com a UE também deveriam ter uma legislação de mesmo nível que o RGPD. Isso porque o Estado que não possuísse lei de mesmo nível passaria a poder sofrer algum tipo de barreira econômica ou dificuldade de fazer negócios com os países da EU. Considerando o contexto econômico atual, esse é um luxo que a maioria das nações, especialmente da América Latina, não poderia se dar[182].

A Lei nº 13.709/2018 é oriunda do Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 4.060/2012[183]. Contudo, também foi apensado a ele o Projeto de Lei nº 5.276/2016[184], cujo

[182] PINHEIRO, Patricia Peck. **Proteção de Dados Pessoais.** Comentários à Lei nº 13.709/2018 (LGPD). São Paulo. Saraiva. 2018. p. 18.

[183] BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 4.060, de 13 de junho de 2012**. Disponível em https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1454623&filename=Tramitacao-PL+4060/2012. Acesso em 14 de abril de 2019.

[184] BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 5.276, de 13 de maio de 2016**. Disponível em https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2084378. Acesso em 14 de abril de 2019.

anteprojeto foi elaborado pelo Ministério da Justiça após promoção de amplo debate público envolvendo o Centro de Estudos sobre Tecnologias Web e Instituto Nacional de Ciência e Tecnologia para a Web (InWeb), da Universidade Federal de Minas Gerais. Em ambos os Projetos, havia a justificativa da tendência mundial de proteção de dados e da defasagem do Brasil, que não possuía qualquer regulamentação sobre a temática.

A LGPD entrará em vigor apenas em agosto de 2020, considerando a ampliação do prazo da v*acatio legis* de 18 (dezoito) para 24 (vinte e quatro) meses por meio da Medida Provisória nº 869/2018.

No entanto, o artigo 65, I, determina a vigência a partir do dia 28 de dezembro de 2018 em relação aos arts. 55-A, art. 55-B, art. 55-C, art. 55-D, art. 55-E, art. 55-F, art. 55-G, art. 55-H, art. 55-I, art. 55-J, art. 55-K, art. 58-A e art. 58-B, incluídos pela referida Medida Provisória. Esses artigos versam sobre criação e atribuições da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) e do Conselho Nacional de Proteção de Dados que serão investigados no terceiro capítulo.

Nesse sentido, a LGPD estabeleceu padrões e procedimentos de como os dados pessoais devem ser coletados, tratados, armazenados e disseminados, em meio digital ou físico, pelas pessoas naturais ou jurídicas de direito público ou privado. Além disso, por intermédio da citada emenda realizada por meio da Medida Provisória nº 869, de 27 de dezembro de 2018, foi estabelecida a criação de uma autoridade para fiscalização dessas ações, a ANPD.

A LGPD estabelece em seu art. 1º que seu objetivo é a proteção dos dados pessoais, sensíveis ou não, de pessoas naturais qualquer que seja o meio ou a tecnologia empregada para o tratamento, a seguir transcrito:

> Art. 1º. Esta Lei dispõe 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[185].

[185] BRASIL. Lei 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 27 de maio de 2019.

A finalidade da lei é possibilitar a regulação da proteção de dados, com coesão das iniciativas dos agentes, fiscalização, responsabilidades e instituição de princípios, proporcionando controle dos riscos envolvidos no tratamento de dados e segurança jurídica para pessoas, agentes econômicos e poder público.

De acordo com o art. 2º da LGPD, a disciplina da proteção de dados pessoais tem por fundamentos: (i) o respeito à privacidade; (ii) a autodeterminação informativa; (iii) a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião; (iv) a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem; (v) o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação; (vi) a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e (vii) os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais.

Em relação às definições, note-se que o titular é a pessoa natural a quem se referem os dados pessoais objeto do tratamento (art. 5º, V); já os dados pessoais são "as informações relacionadas a uma pessoa natural identificada ou identificável[186]" (art. 5º, I). Não há qualquer limitação legal a natureza, forma ou especificação dessas informações, seja automatizada ou não, patrimonial ou existencial. Contudo, há a diferenciação sobre dados pessoais sensíveis que são relacionados a questão racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico (art. 5º, II).

O entendimento acerca das definições previstas na LGPD é fundamental para os contratos empresariais, pois caso haja celebração por pessoas jurídicas os dados negociais, identificadores, profissionais ligados a elas não serão protegidos. No entanto, caso existam dados de pessoas naturais naqueles contratos, por exemplo, lista de fornecedores pessoas naturais, sócios, administradores, conselheiros, respectivos cônjuges, empregados, ou outras pessoas naturais, os contratos estarão sujeitos à sua aplicação.

Em relação aos contratos empresariais celebrados por empresários individuais[187] (art. 966 do Código Civil) entre si ou com pessoas jurídicas, não há dúvidas sobre a completa

---

[186] BRASIL. **Lei 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 13 de abril de 2019. Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se: I - dado pessoal: informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável; [...]

[187] Sergio Campinho define os empresários individuais como pessoas naturais que exercem empresa: "[...] o empresário individual seria justamente a pessoa física, titular da empresa.[...] Não há que se confundir o

aplicação da LGPD, uma vez que aqueles são pessoas naturais. Logo, os dados existenciais, patrimoniais, identificadores, profissionais, negociais dos empresários individuais são integralmente contemplados pela definição do art. 5º, I da referida lei.

Entende-se, que embora a Lei nº 13.709/2018 não tenha contemplado a proteção de dados das pessoas jurídicas em sentido estrito, os dados em sentido amplo foram previstos, na essência daquelas organizações, seus sócios pessoas naturais, administradores, empregados, e demais informações relativas às pessoas naturais que sejam previstos nos contratos empresariais, em momento pré-contratual ou pós-contratual.

O art. 5º, X, da LGPD descreve que o tratamento dos dados considera todas as operações realizadas com manuseio de dados, contemplando, mas não se limitando, 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.

As pessoas envolvidas no tratamento, denominadas agentes de tratamento, são o controlador, o operador e o encarregado. O controlador é a pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem decisões sobre tratamento de dados. Caso exista uma pessoa que irá tratar os dados em seu nome, será considerado operador. Por sua vez, o encarregado é a pessoa indicada pelo controlador, que atuará como intermediador na comunicação entre controlador, titulares dos dados e a ANPD com competência para zelar, implementar e fiscalizar o cumprimento da lei.

Em relação ao âmbito de aplicação, a lei é extensiva a qualquer operação de tratamento realizada por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, independentemente do meio, do país de sua sede ou do país onde estejam localizados os dados, desde que a operação de tratamento seja realizada no território nacional, tenha por objetivo a oferta ou o fornecimento de bens, serviços ou o tratamento de dados de indivíduos localizados no território nacional, bem como os dados pessoais objeto do tratamento tenham sido coletados no território nacional.

---

empresário individual com o sócio de uma sociedade empresária. O sócio, com efeito, não é empresário, mas sim integrante de uma sociedade empresária. O empresário poderá ser pessoa física, que explore pessoal e individualmente a empresa (empresário individual) [...] ou uma pessoa jurídica, a qual, detentora de personalidade jurídica própria, distinta de seus membros, exerce diretamente a atividade econômica organizada (sociedade empresária). Cf. CAMPINHO, Sergio. **O direito de empresa à luz do código civil**. 13. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 12.

Dessa maneira, houve uma abrangência territorial similar à Lei do Marco Civil da *Internet*, conforme prevista no art. 11, §§ 11 e 12, limitada a coleta, tratamento, fornecimento de bens e serviços realizados em território nacional. Ao contrário, o RGPD pontua a territorialidade no art. 3º, destacando que o tratamento de dados pode ser efetuado ou não no território da UE[188].

O art. 4º prevê hipóteses em que o tratamento de dados não sofrerá os impactos da LGPD. Não há a aplicação desta quando o tratamento for realizado por pessoa natural para fins exclusivamente particulares e não econômicos; ou quando realizado para fins exclusivamente jornalísticos, acadêmicos, artísticos, e de interesse público relativos à segurança pública, defesa nacional, segurança do Estado, investigação e repressão de infrações penais.

Igualmente, a LGPD não será aplicada quando os dados pessoais forem provenientes de fora do território nacional e que não sejam objeto de comunicação, uso compartilhado de dados com agentes de tratamento brasileiros ou objeto de transferência internacional de dados com outro país que não o de proveniência, desde que o país de proveniência proporcione grau de proteção de dados pessoais adequado ao previsto na LGPD.

O tratamento de dados pessoais realizado por pessoa natural para fins particulares e não econômicos não estará submetido à LGPD. Esse é um importante aspecto em matéria de contratos empresariais, considerando sua finalidade econômica. Pela lógica hermenêutica, as pessoas jurídicas deverão se adequar à LGPD, assim como, as pessoas naturais que tiverem interesse econômico e não particular, inclusive em relação aos contratos celebrados, desde que exista direta ou indiretamente dados de pessoas naturais naquele negócio jurídico.

---

[188] UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento (EU) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016**. Disponível em https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=PT. Acesso em 13 de abril de 2019. Art. 3º 1. O presente regulamento aplica-se ao tratamento de dados pessoais efetuado no contexto das atividades de um estabelecimento de um responsável pelo tratamento ou de um subcontratante situado no território da União, independentemente de o tratamento ocorrer dentro ou fora da União. 2. O presente regulamento aplica-se ao tratamento de dados pessoais de titulares residentes no território da União, efetuado por um responsável pelo tratamento ou subcontratante não estabelecido na União, quando as atividades de tratamento estejam relacionadas com: a) A oferta de bens ou serviços a esses titulares de dados na União, independentemente da exigência de os titulares dos dados procederem a um pagamento; b) O controlo do seu comportamento, desde que esse comportamento tenha lugar na União. 3. O presente regulamento aplica-se ao tratamento de dados pessoais por um responsável pelo tratamento estabelecido não na União, mas num lugar em que se aplique o direito de um Estado-Membro por força do direito internacional público.

Outrossim, diferentemente do RGPD, a LGPD não excepcionou as empresas de pequeno porte em relação à obrigatoriedade de manutenção dos registros de dados. Como visto em item anterior desse tratabalho, o RGPD prevê no art. 10 que o regulamento não será aplicável às "empresas" com menos de 250 (duzentos e cinqüenta) empregados, exceto em caso de riscos às liberdades individuais:

> 1. Cada responsável pelo tratamento e o representante do tratamento deverá conservar um registro de todas as atividades de tratamento sob a sua responsabilidade. Desse registro devem constar todas seguintes informações: [...]
>
> 5. As obrigações a que se referem os nºs 1 e 2 não se aplicam às empresas ou organizações com menos de 250 trabalhadores, a menos que o tratamento efetuado seja suscetível de implicar um risco para os direitos e liberdades do titular dos dados, não seja ocasional ou abranja as categorias especiais de dados a que se refere o artigo 9º, nº 1, ou dados pessoais relativos a condenações penais e infrações referido no artigo 10º[189].

Não há, na LGPD, qualquer diferenciação de obrigações relativas à proteção de dados em relação ao porte da pessoa jurídica, nem mesmo sendo o controlador uma pessoa jurídica ou natural, o que efetivamente implica nas questões contratuais, pois todos os contratos devem ser analisados.

Os dados anonimizados também não estarão sujeitos às obrigações da LGPD. Isso ocorre porque eles não permitem a identificação do titular, sendo efetivamente dados anônimos, conforme prevê o art. 12, *in verbis*:

> Art. 12. Os dados anonimizados não serão considerados dados pessoais para os fins desta Lei, salvo quando o processo de anonimização ao qual foram submetidos for revertido, utilizando exclusivamente meios próprios, ou quando, com esforços razoáveis, puder ser revertido.
>
> § 1º A determinação do que seja razoável deve levar em consideração fatores objetivos, tais como custo e tempo necessários para reverter o processo de anonimização, de acordo com as tecnologias disponíveis, e a utilização exclusiva de meios próprios.
>
> § 2º Poderão ser igualmente considerados como dados pessoais, para os fins desta Lei, aqueles utilizados para formação do perfil comportamental de determinada pessoa natural, se identificada[190].

---

[189] UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento (EU) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016**. Disponível em https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=PT. Acesso em 13 de abril de 2019.

[190] BRASIL. **Lei 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 13 de abril de 2019.

> § 3º A autoridade nacional poderá dispor sobre padrões e técnicas utilizados em processos de anonimização e realizar verificações acerca de sua segurança, ouvido o Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais[191].

A Lei nº 13.709/2018 conceituou a anonimização como "utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis no momento do tratamento, por meio dos quais um dado perde a possibilidade de associação, direta ou indireta, a um indivíduo[192]" (art. 5º, XI). Deste modo, os dados anonimizados são relativos a um titular que não possa ser identificado, considerando os meios técnicos para seu tratamento.

Note-se que a ANPD poderá dispor sobre o método técnico para a anonimização, mas quando o processo for revertido, isto é, os dados passarem a ser identificados, a LGPD será novamente aplicada.

A anonimização se diferencia da criptografia e da autenticação, uma vez que elas significam a possibilidade de autenticar, por meio de chaves, os destinatários dos dados, tornando a comunicação mais segura.

Ultrapassadas as considerações anteriores, o Capítulo II da LGPD versará sobre o tratamento de dados, o qual apenas será realizado em algumas situações. Existe um rol exaustivo no *caput* do art. 7º que explicita as seguintes hipóteses: (i) com o consentimento do titular; (ii) para o cumprimento de obrigação legal ou regulatória; (iii) pela administração pública, para o tratamento e uso compartilhado de dados necessários à execução de políticas públicas respaldados em leis, regulamentos ou contratos; (iv) para a realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais; (v) quando necessário, para a execução de contrato ou de procedimentos preliminares relacionados a contrato do qual seja parte o titular, a pedido do titular dos dados; (vi) para o exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral, esse último nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem); (vii) para a proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro; (viii) para a tutela da saúde, em procedimento realizado por profissionais da área da saúde ou por entidades sanitárias; (ix) quando necessário para atender aos interesses legítimos do controlador ou de terceiro, exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção

---

[191] BRASIL. **Lei 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 13 de abril de 2019.

[192] Ibidem.

dos dados pessoais; (x) ou para a proteção do crédito, inclusive quanto ao disposto na legislação pertinente.

Em síntese, os dados pessoais poderão ser tratados, caso haja consentimento do titular ou outras hipóteses específicas previstas na lei, inclusive na execução de contratos empresariais. Como prevê o art. 7º, V, não há necessidade de consentimento do titular caso o tratamento dos dados pessoais, inclusive coleta, armazenamento, processamento, utilização, compartilhamento seja realizado com o objetivo de execução de contrato ou procedimentos da fase pré-contratual de que o titular seja parte, quando pedido pelo próprio.

Esse dispositivo foi baseado no art. 6º, 1, alínea a do RGPD da UE que estatui que "O tratamento só é lícito se e na medida em que se verifique pelo menos uma das seguintes situações: [...] o tratamento for necessário para a execução de um contrato no qual o titular dos dados é parte, ou para diligências pré-contratuais a pedido do titular dos dados[193]". Logo, o art. 7º, V da LGPD, também indica que o tratamento de dados para execução dos contratos empresariais prescinde do consentimento dos titulares. No entanto, no momento pré-contratual, apenas poderá ser realizado sem consentimento no caso de pedido do próprio titular.

Em caso de contrato empresarial que utilize dados de pessoas naturais, como partes, objeto, ou execução (como um contrato de prestação de serviços com mão de obra identificada alocada) ou, caso haja um pedido por parte deles para uma providência preliminar contratual, há permissão legal para o tratamento. Contudo, independentemente do contrato, as demais disposições serão obrigatórias, na forma do art. 7º, §6º: "eventual dispensa da exigência do consentimento não desobriga os agentes de tratamento das demais obrigações previstas nesta Lei, especialmente da observância dos princípios gerais e da garantia dos direitos do titular[194]".

Embora o tratamento de dados para a execução dos contratos não importe na necessidade de consentimento escrito específico, destaque-se que o cumprimento das finalidades específicas do tratamento e a necessidade de exclusão dos dados após o fim deste

---

[193] UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento nº (UE) 2016/679 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO de 27 de abril de 201**6. Disponível em https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=PT. Acesso em 11 de abril de 2019.

[194] BRASIL. **Lei 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 13 de abril de 2019.

(arts. 15 e 16 da LGPD), permanecem obrigações dos agentes responsáveis, mesmo que exista um contrato. Por conseguinte, sempre que possível, o consentimento deve ser realizado pelo titular dos dados, podendo ser realizado por escrito ou outro ato inequívoco que demonstre a manifestação de vontade do titular, em um documento ou cláusula apartada. O ônus da prova sobre o consentimento é do controlador (art. 8º da LGPD).

O consentimento é um ponto crítico para o tratamento dos dados, pois é uma demonstração da autonomia da vontade e dos direitos fundamentais para garantia dos interesses do titular e controle sobre suas informações, como expressa Danilo Doneda:

> A evolução tecnológica é responsável por um crescimento das possibilidades de escolha que podem ter reflexos diretos para a personalidade, visto que várias configurações possíveis, referentes tanto à privacidade como à imagem, identidade pessoal, [...] são possíveis e dependem em alguma medida da autonomia privada como instrumento de excelência da manifestação da escolha individual, ao mesmo tempo que faz referência direta aos valores fundamentais em questão[195].

Posto isso, o consentimento deve ser dado pelo titular, respeitando as finalidades específicas porque as autorizações genéricas para o tratamento de dados pessoais serão nulas (art. 8º, §4º, da LGPD). Caso haja compartilhamento de dados para outro controlador ou terceiro, o titular deve expressamente consentir com tal finalidade.

O consentimento tem grande relevância e pôde ser identificado na legislação estrangeira analisada neste estudo, uma vez que a proteção de dados hoje prevê uma noção maior de controle das próprias informações dos titulares. Como retrata Patricia Peck Pinheiro, há necessidade de "garantir que as pessoas/usuários tenham ciência de que devem consentir o uso dos dados, assim como tenham direito de saber a finalidade da coleta e acesso ao seu conteúdo em qualquer momento é primordial para assegurar a liberdade e a privacidade[196]".

Nessa mesma ótica, a LGPD estatui no art. 9º que o titular tem direito ao acesso facilitado às informações sobre o tratamento dos seus dados, especialmente acerca: (i) da finalidade do tratamento, que deve ser específica; (ii) da forma e duração do tratamento; (iii) da identificação do controlador e de suas informações de contato; (iv) das informações sobre o uso compartilhado de dados pelo controlador e sua finalidade, (v) das responsabilidades dos

[195] DONEDA, Danilo. *Op. Cit.*, 2006. p. 371

[196] PINHEIRO, Patricia Peck. *Op. Cit.,* 2018. p. 65.

agentes de tratamento; e (vi) dos direitos do titular, que devem conter aqueles descritos no art. 18.

O titular possui direitos em relação ao controlador e poderá requerer a qualquer tempo (art. 18): (i) a confirmação da existência de tratamento; (ii) o acesso aos dados; (iii) a correção de dados incompletos, inexatos ou desatualizados; (iv) a anonimização, o bloqueio ou a eliminação de dados desnecessários, excessivos ou tratados em desconformidade com as disposições da LGPD; (v) a portabilidade dos dados a outro fornecedor de serviço ou produto, mediante requisição expressa e observados os segredos comercial e industrial, de acordo com a regulamentação do órgão controlador; (vi) a eliminação dos dados pessoais tratados, exceto em caso de manutenção para exigência legal; (vii) a informação das entidades públicas e privadas com as quais o controlador realizou uso compartilhado de dados; (viii) a informação sobre a possibilidade de não fornecer consentimento e sobre as consequências da negativa; e (ix) revogação do consentimento.

Nessa perspectiva, as obrigações dos controladores de dados envolvem a manutenção do registro das operações de tratamento e a elaboração de relatório de impacto à proteção de dados pessoais, inclusive de dados sensíveis para envio à ANPD. Esse relatório deve conter no mínimo, a descrição dos tipos de dados coletados, a metodologia utilizada para a coleta e a garantia da segurança das informações, além de medidas de mitigação de risco.

O controlador, em semelhança ao RGPD, também deve indicar um encarregado para o tratamento dos dados pessoais, sendo que sua identidade e informações de contato devem ser disponibilizadas publicamente e, preferencialmente, em seu sítio eletrônico. As atividades do encarregado envolvem o relacionamento com os titulares e a ANPD, compreendendo, esclarecimentos, reclamações, comunicações e providências, além de orientações e pareceres aos controladores e seus empregados.

Destaque-se que, antes da adoção da Medida Provisória nº 869/2018[197], o encarregado obrigatoriamente deveria ser uma pessoa natural que exercesse as funções acima enumeradas. Porém aquele instrumento previu a alteração e a ampliação para pessoas naturais ou jurídicas, com a descrição de que é a pessoa indicada pelo controlador para atuar como

[197] Cf. Destaque-se que os arts. 55, 56, 57, 58, 59 e demais dispositivos que tratavam sobre a criação da ANPD foram vetados à época da sanção da LGPD. A justificativa apresentada foi no sentido de que havia inconstitucionalidade no processo legislativo, com afrontas aos artigos nº 61, §1º, II, e, cumulado com o art. 37, XIX da Constituição Federal, com vício de iniciativa, pois a criação de tal órgão deveria advir do Poder Executivo Federal . A análise da Medida Provisória nº 869/2018 e da ANPD será realizada no terceiro capítulo.

canal de comunicação entre o controlador, os titulares dos dados e a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (art. 5º, VIII, LGPD).

Em relação às responsabilidades, o controlador em razão da atividade de tratamento de dados pessoais, é obrigado a reparar todos os danos pessoais, patrimoniais, morais, individuais ou coletivos, em violação à legislação (art 42, *caput*). Ainda, o §1º do art. 42 prevê que, com o objetivo de assegurar a indenização ao titular, "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" e "os controladores que estiverem diretamente envolvidos no tratamento do qual decorreram danos ao titular dos dados respondem solidariamente[198]". Logo, tanto os operadores, aqueles que realizam o tratamento de dados em nome do operador (com mandato para tanto), quanto os controladores envolvidos no tratamento que gerou a referida responsabilidade, serão solidariamente responsáveis[199].

Em contraposição, o art. 43 estabelece que os agentes de tratamento só não serão responsabilizados quando provarem que não realizaram o tratamento de dados ou que, embora tenham realizado, não houve violação à LGPD, ou que o dano é decorrente de culpa exclusiva do titular.

A lei também prevê que os agentes de tratamento devem adotar medidas de segurança e de boas práticas relacionados à proteção de dados contra acessos não autorizados, situações acidentais, ilícitas, destruição ou outras formas de tratamento ilícito. A autoridade de proteção de dados irá, por meio de atos regulamentadores, dispor sobre as medidas necessárias ao referido tratamento (art. 46).

Nos mesmos moldes do RGPD, caso ocorra algum incidente de segurança que possa acarretar risco ou dano aos titulares, tal ocorrência deverá ser comunicada, em prazo a ser definido por ato regulamentador, à autoridade nacional de proteção de dados. A autoridade, por outro lado, poderá determinar a adoção de providências, como a divulgação do incidente e medidas para reverter ou mitigar os efeitos (art. 48).

---

[198] BRASIL. **Lei 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 13 de abril de 2019.

[199] Cf. Entende-se que há uma lógica semelhante ao próprio CDC, prevista nos arts. 18 e seguintes, com a responsabilização solidária. In: BRASIL, **Lei nº 8.078, DE 11 DE SETEMBRO DE 1990**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm. Acesso em 13 de abril de 2019.

O término do tratamento ocorrerá quando a finalidade for alcançada, com o fim do prazo do tratamento, com a comunicação de revogação do consentimento pelo titular e, na hipótese de determinação da autoridade nacional, em caso de violação da LGPD. Após o término do tratamento, os dados devem ser eliminados, sendo apenas autorizada a conservação no caso de cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador; estudo por órgão de pesquisa, sempre que possível garantida a anonimização; transferência a terceiro, desde que respeitada a LGPD; e, para uso exclusivo do controlador, vedado seu acesso por terceiro, desde que anonimizados.

O art. 50 da LGPD estabelece que controladores e operadores poderão formular regras de boas práticas de governança que estabeleçam condições de organização, regime de funcionamento, procedimentos, incluindo reclamações e petições, normas de segurança, padrões técnicos e obrigações específicas para os envolvidos no tratamento, inclusive mecanismos de supervisão e mitigação de riscos. A autoridade de proteção de dados disporá e estimulará, de acordo com a estrutura e volume empresariais, medidas de governança e procedimentos.

Em caso de violações à LGPD, serão aplicáveis pela autoridade nacional de proteção de dados sanções administrativas, após processo administrativo que garanta ampla defesa do agente. Poderão ser aplicados: advertência, com prazo para adoção de medidas corretivas, multas, publicização da infração devidamente apurada, bloqueio dos dados pessoais da infração até sua regularização e eliminação dos dados pessoais.

As multas podem ser simples, equivalentes ao percentual de 2% (dois por cento) do faturamento da pessoa jurídica, grupo ou conglomerado no Brasil no último exercício, limitada a R$50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais) por infração, ou multa diária até esse limite. No cálculo da multa, a autoridade nacional poderá considerar o faturamento total do empresário ou grupo de sociedades, quando não dispuser do faturamento no ramo da atividade em que ocorreu a infração, ou quando o valor for apresentado de forma incompleta.

Pelo exposto, a LGPD tem grande relevância para o Brasil no mundo hodierno, com o alinhamento do ordenamento pátrio às grandes economias mundiais. Porém, notadamente no âmbito empresarial, haverá grandes impactos, uma vez que os agentes econômicos devem tomar uma série de medidas para garantir o cumprimento da novel legislação. Sabe-se que os agentes econômicos utilizam amplamente a *internet* para suas transações comerciais e, com isso, realizam tratamento de dados pessoais para consecução de seus objetivos. No próximo

capítulo, serão investigados os impactos da LGPD em relação aos contratos empresariais, considerando que essa categoria é importante para o próprio desenvolvimento da empresa.

2. OS CONTRATOS EMPRESARIAIS E A PROTEÇÃO DE DADOS

Foram analisados, no capítulo anterior, os fundamentos da proteção de dados, desde a investigação a respeito da privacidade como um direito fundamental constitucionalmente garantido às pessoas e sua evolução até a disciplina da proteção.

Verificou-se que, no Brasil, a proteção de dados está tipificada na Lei nº 13.709/2018, que entrará em vigor em 15 de agosto de 2020, após a ampliação da v*acatio legis* pela Medida Provisória nº 869, de 27 de dezembro de 2018. Não obstante exista a proteção de dados na *internet* prevista no Lei do Marco Civil da *Internet* e pela Constituição Federal, notadamente no art. 5º, incisos X e LXXII, esse último com o remédio constitucional do *habeas data*, pelo critério da especialidade, a LGPD será aplicada aos agentes econômicos que realizam tratamento de dados ou que ofertem bens e serviços em território brasileiro.

Note-se que os agentes econômicos serão amplamente impactados pela LGPD, considerando que a maioria dos negócios jurídicos de tais agentes envolvem, de alguma maneira, o tratamento de dados, sejam relacionados a dados automatizados ou não, consumidores, fornecedores, no âmbito interno dos agentes, enfim, todas as transações realizadas pelos agentes.

Considerando o aspecto transacional dos agentes econômicos, nos próximos itens serão analisados os contratos empresariais e sua lógica econômica, para, ao final, tratar sobre dos aspectos da proteção de dados voltados a essas operações.

2.1. Os contratos sob o método da Análise Econômica do Direito (AED)

A análise econômica dos contratos consiste na utilização da economia para compreensão e estudo dos contratos, seja relacionada ao conceito, como sua estrutura e também a forma como interferem na vida das pessoas.

A concepção do direito sob a visão econônica percebe o comportamento dos seres humano e das organizações de forma mais objetiva, diante da escassez de recursos e também das consequências relacionadas aos atos praticados. Desse modo, a AED busca a compreensão dos institutos e normas jurídicas com a perspectiva econômica, filiando-se ao consequencialismo, de modo a enfatizar que toda ação, inclusive aquelas realizadas no mundo jurídico, possui causas e conseqüências econômicas. Do mesmo modo, tais ações são impactadas por externalidades positivas e negativas.

O método não se limita aos estudos voltados apenas aos institutos jurídicos, mas também a todo e qualquer fenômeno que ocorra no mundo do direito, inclusive o comportamento das pessoas naturais e jurídicas. Ivo T. Gico Jr. explicita que não é uma simples análise do Direito voltada para critérios econômicos, mas também uma pesquisa sobre as melhorias que poderão ser implementadas, em busca de aperfeiçoamento de normas e institutos, através de um viés econômico:

> A análise econômica do direito (AED), portanto, é o campo do conhecimento humano que tem por objetivo empregar os variados ferramentais teóricos e empíricos econômicos e das ciências afins para expandir a compreensão e o alcance do direito e aperfeiçoar o desenvolvimento, a aplicação e a avaliação de normas jurídicas, principalmente em relação às suas conseqüências[200].

Nessa perspectiva, contratos são fontes de obrigações e espécies de negócio jurídico, bilaterais ou plurilaterais, que dependem da vontade das partes para sua formação. São atos regulamentadores de interesses privados, uma vez que as partes seguirão as regras estabelecidas naqueles instrumentos formalizados, segundo sua própria vontade.

Conforme asseverou Maria Helena Diniz, a essência do negócio jurídico é a sua força autorregulamentadora dos interesses privados. Assim, "em um contrato, as partes contratantes acordam que se deve conduzir de determinado modo, uma em face da outra, combinando seus interesses, modificando ou extinguindo obrigações[201]".

Portanto, os contratos são formados pela vontade das partes, bem como criam, alteram ou extinguem obrigações, entre agentes do direito, pessoas naturais ou jurídicas,

---

[200] GICO JR., Ivo T. Introdução à análise econômica do direito. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coord). **O que é análise econômica do Direito**: Uma introdução**.** 2.ed. Belo Horizonte: Fórum. 2016. p. 18.

[201] DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil.** Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais. 35.ed. 2019. São Paulo. Saraiva: 2019. p. 13.

intervindo na vida humana e jurídica desses indivíduos. Destarte, é possível constatar que existe uma causa econômica de existência desse contrato e também efeitos econômicos advindos dela.

As pessoas celebram contratos por determinadas causas econômicas, ponderando as necessidades, benefícios e custos dessas operações, escolhendo seus parceiros comerciais e clientes finais. Muitas vezes, a escolha não passa por um processo muito detalhado, como é o caso de sistemas de comércio eletrônico, no entanto, o risco econômico é considerado inclusive para a escolha de determinados sistemas de contratação.

Outrossim, para o estudo dos contratos releva à AED a concepção de custos de transação, paradigma conceituado por Ronald H. Coase, diante da premissa de que existem fatores que determinam tipos de transação e contratos, e o papel das leis e das instituições consiste na formação e desenvolvimento de mercados[202].

Resta claro que o contrato é um instituto que releva à AED, seja pelo seu conceito, enquanto fato e negócio jurídico, fonte de obrigações, seja pelas suas causas e forma, para atendimento à sociedade civil, estudo de suas causas, efeitos e possível desenvolvimento para redução dos custos de transação.

Considerando que a AED "investiga o fenômeno jurídico a luz de suas consequências[203]", torna-se fundamental a análise dos contratos, como feixe de obrigações entre pessoas naturais e jurídicas sob a concepção da AED, o que será realizado nos próximos tópicos.

2.1.1. Síntese histórica da Análise Econômica do Direito

A AED ou movimento "*Law and economics"* pode ser definido como um método que utiliza a técnica econômica, notadamente as regras da microeconomia, para compreensão

[202] ZANATTA, Rafael A. F. Desmistificando a Law and Economics: a receptividade da disciplina Direito e Economia no Brasil. In: **Revista de Direito da Universidade de Brasília**. Brasília. v. 10. p. 25-53. 2012. p. 34.

[203] GICO JR., Ivo T. *Ibidem*, 2016.

das instituições jurídicas, e ainda o comportamento dos agentes para determinados atos e fatos jurídicos, conforme ressaltam Márcia Carla Pereira Ribeiro e Irineu Galeski Junior[204]:

> O movimento conhecido como Análise Econômica do Direito (AED) ou *Law and Economics* que, preliminarmente, pode ser definido como a aplicação da teoria econômica, em especial seu método, para o exame da formação, estruturação e impacto das normas e instituições jurídicas, surgiu a partir do desenvolvimento das doutrinas econômicas e da atenção dos economistas para os assuntos jurídicos, vindo posteriormente, chamar a atenção dos juristas para esse novo enfoque do "fenômeno" jurídico.

O conceito de mercado é fundamental para a AED e análise dos contratos. O mercado pode ser conceituado como o local onde os indivíduos trocam mercadorias por determinado valor[205]. O Estado, por sua vez, é convocado a participar da rede econômica e regular a relação entre agentes.

A AED foi originalmente baseada nos estudos da escola clássica de Adam Smith[206] que ampliou tal conceito de mercado com sua teoria de liberalismo econômico. Essa teoria "buscava a libertação do agente econômico: a liberdade de comércio e indústria consagrava o princípio de não intervenção do estado no funcionamento normal do mercado, propiciando a implantação da ordem econômica almejada pela burguesia[207]". Além disso, o referido autor indicou o mercado como um modelo de instituição capaz de transformar interesse individual em social sem intervenção da "mão invisível do Estado". O papel deste último, diante do equilíbrio a ser alcançado pelo livre mercado, seria de apenas garantir a ordem institucional.

Outrossim, a AED também se baseia da teoria do utilitarismo clássico de Jeremy Bentham, que identifica o arbítrio da humanidade e a tomada de decisões baseadas na divisão entre dor e prazer. O comentou que a esses dois atributos cabem "o que devemos fazer, assim

---

[204] RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. **Teoria Geral dos Contratos.** Contratos empresariais e análise econômica. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 65.

[205] SMITH, Adam. **An Inquiry into the Nature and Causes of The Wealth of nations** (Edição por Edwin Cannan). Chicago: The University of Chicago Press, 1977. p.47. Na redação original, o autor trata sobre o mercado. *"It is in this manner that money has become in all civilised nations the universal instrument of commerce, by the intervention of which goods of all kinds are bought and sold, or exchanged for one another".*

[206] *Ibidem*.

[207] FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 58.

como determinar o que faremosl[...], de um lado, o critério do certo e errado e de outro, a cadeia de causas e efeitos[208]".

De acordo com Ejan Mackaay[209], a *Law and economics* surge em dois movimentos que o autor denomina primeira e segunda onda. A primeira onda é marcada por pontos de vista heterogêneos, com origem na Europa, mas grande alcance nos Estados Unidos da América, considerada como institucionalista nos moldes antigos.

Os doutrinadores da primeira onda, do início do século XIX e início do século XX, tinham como prioridade de seus estudos responder como a propriedade e outros direitos foram historicamente e funcionalmente determinados, nas diferentes sociedades. Nos séculos XVI e XVII os filósofos defendiam que tais direitos haviam sido concedidos por uma ordem natural, anteriormente a qualquer sistema positivado. Mas essa explicação era insatisfatória. Para os institucionalistas clássicos, as alterações nos direitos de propriedade, deveriam refletir as mudanças econômicas.

Esse movimento iniciou-se com economistas, especialmente de origem germânica, por isso, restou conhecida como a "Escola Germânica" (*German Historical School*) e nos EUA como "Institucionalista" (*American Institucionalist School*). Conforme preveem Marcia Carla Pereira Ribeiro e Irineu Galeski Junior:

> Para os institucionalistas, a sistemática econômica dos clássicos não bastava para explicação dos fenômenos, ou seja, o método econômico necessitava analisar o contexto histórico, social e desenvolvimento das instituições para que então fosse possível explicar os acontecimentos econômicos. Por tal motivo, grande parte dos economistas se voltou ao direito, em especial à parte que regulava a propriedade, elemento essencial para a ciência[210].

Consoante Ejan Mackaay[211], o declínio do movimento, a partir de 1930, ocorreu principalmente por dois fatores. Um é a crescente especialização entre os cientistas, o que levou os economistas a restringirem sua atenção para assuntos estritamente relacionados aos

---

[208] BENTHAM, Jeremy. **The principles of morals and legislation**. Nova York: Hafner Press, 1948. p.1.

[209] MACKAAY, Ejan History of Law and Economics. In: GEEST, Gerrit de; BOUCKAERT, Boudewijn. **Encyclopedia of Law and Economics**, v. 1, The History and Methodology of Law and Economics, Cheltenham: Edward Elgar, 2000. p.65.

[210] RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. *Op. Cit.* pp. 69.

[211] MACKAAY, Ejan. *Op.Cit.*, 1999. p. 66.

mercados, estudando o funcionamento da economia dentro de um quadro de instituições jurídicas dadas.

O segundo fator tem por fundamento as críticas contra o movimento e crescente imprecisão da metodologia "econômica" na qual se baseou. Não havia argumentos técnicos para as análises elaboradas, levando a um mau estado de desenvolvimento da própria ciência econômica.

O início da segunda onda ocorre, fundamentalmente, mediante consenso da doutrina na Escola de Chicago, sobretudo em sua primeira fase, designada como "antiga" ("*old Law and economics"*). Um dos seus importantes fundadores, Ronald Coase, por meio da obra intitulada "*Nature of the Firm*" *(1937)* efetua grande contribuição para o mundo econômico e jurídico. Através da referida obra, o autor explica a gênese da firma que, até então, era vista somente como o âmbito em que as transformações tecnológicas eram processadas em determinados bens e serviços. Citam Luciano B. Timm e Eduardo Jobim, que "o conceito de firma[212] não seria mais apenas aquele espaço para a transformação de um produto, mas sim, o espaço hábil para a coordenação de ações dos agentes econômicos, alternativo ao mercado[213]".

Ronald Coase ainda comentou que empresários e sociedades são entidades pertencentes ao sistema econômico e sua existência apenas se justifica pelos custos de transação, em suas palavras:

> Fora da firma, os movimentos dos preços direcionam a produção, que é coordenada através de uma série de transações de trocas no mercado. Dentro da firma, essas transações do mercado são eliminadas e ao invés dessa complicada estrutura de mercado com transações de troca, são substituídas pela coordenação do empresário que direciona a produção[214].
>
> [Tradução livre].

[212] Utiliza-se a denominação firma apenas como tradução para a obra dos doutrinadores estrangeiros da AED, notadamente a obra de Ronald Coase, *The Nature of the Firm* ou em livre tradução, natureza da firma. Entende-se que firma no ordenamento jurídico brasileiro é espécie de nome empresarial, assim como a denominação social, na forma do Art. 1.155 do Código Civil, que estatuiu que "considera-se nome empresarial a firma ou a denominação adotada, de conformidade com este Capítulo, para o exercício de empresa". Outrossim, o sujeito de direitos e obrigações é a pessoa natural ou jurídica.

[213] TIMM, Luciano Benetti; JOBIM, Eduardo. A arbitragem, os contratos empresariais e a interpretação econômica do direito. In: **Revista Direito & Justiça**, Porto Alegre, v.33, n. 1., pp. 80-97, junho, 2007.

[214] COASE, Ronald. H. The nature of the firm. In: **Economica,** New Series, v. 4, issue 16, nov., 1937. p. 308.

O segundo momento, denominado por Ejan Mackaay[215] como paradigma proposto, inicia em meados de 1958 e, efetivamente, é o marco da AED. Sabe-se que os estudiosos, dividem a AED em dois momentos designados como antiga e nova AED, na denominação original, "*old Law and economics*" e "*new Law and economics".*

As obras que marcam esse período são de Ronald Coase, com a "*The Problem of Social Cost*[216]", e Guido Calabresi, com os títulos the "*Costs of social accident*" e "*Some thoughts on risk distribution and the Law of torts*".

Ronald Coase construiu sua teoria com base em custos sociais e externalidades, relacionados a temas econômicos, assim como os efeitos e consequências para a sociedade, impactando todos os futuros autores da AED. As externalidades demonstram que não há fundamento para a intervenção do governo e indicam que os direitos de propriedade não são adequadamente especificados, sendo livremente regidos pelas partes, o que releva à eficiência.

Guido Calabresi, por outro lado, apresentou a relevância dos impactos econômicos da alocação de recursos para a responsabilidade civil, em esfera legislativa ou judicial. Há uma grande importância dessa obra para compreensão de regras eminentemente jurídicas, demonstrando que é fundamental a AED para fortalecimento do Direito:

> Mas não é difícil ver que quaisquer que sejam os outros elementos na distribuição de risco, a alocação de recursos dá um suporte bastante substancial a doutrinas que se baseiam essencialmente em um conceito empresarial de escopo de responsabilidade.
> A alocação adequada de recursos milita fortemente contra a alocação de custos corporativos não associados a ela - a responsabilidade deve ser limitada a danos decorrentes de ou no decurso de uma contratação.
> Mas também milita por atribuir a uma empresa todos os custos que estão no âmbito desse negócio.
> A empresa é responsabilizada pelas lesões, mesmo que nenhuma falha de sua parte possa ser comprovada[217].

---

[215] MACKAAY, Ejan. *Op. Cit*. p. 71.

[216]COASE, Ronald Harry. The Problem of Social Cost. In: **The journal of Law and Economics**, v.III, Virginia. University of Virginia, outubro, 1960.

[217] CALABRESI, Guido. Some thoughts on risk distributions and the Law of Torts. In: **Yale Law Journal**. v. 70. n. 4. Março, 1961. p. 514. Na obra citou o autor: "But it is not difficult to see that whatever the other elements in risk distribution will show, allocation of resources gives quite substantial support to doctrines which rely essentially on an enterprise concept of scope of liability. Proper resource allocation militates strongly against allocating to an enterprise costs not closely associated with it- liability should be limited to injuries arising out of or in the course of employment. But it also militates for allocating to an enterprise all costs that are within the scope of that enterprise. The enterprise is held liable for the injuries even though no fault on its part can be shown."

[Tradução livre]

No terceiro momento, a partir de 1970, a AED passa a ser mais aplicada ao Direito diante do acontecimento de três eventos, conforme elucida Ejan Mackaay[218], quais sejam: a fundação em 1972 do *Journal of Legal Studies*, a primeira publicação de Richard Posner denominada *Economics Analisys of Law*, tratando de uma introdução sobre o tema, que foi um marco em razão da condição de jurista do autor; e a organização a partir de 1971 por Henry Manne do *Economic Institutes for Law Professors*, que ministrava seminários de curta duração para advogados, juízes, práticos ou professores de direito. Esses são os marcos da entrada da AED nas faculdades de Direito dos EUA.

Richard Posner foi juiz da Corte de Apelação dos EUA e apresentou a AED como plenamente possível de ser aplicada às instituições de Direito, reforçando não apenas sua importância, mas prática, através da eficiência. Com a expansão do movimento nos EUA e Europa, o método passa a sofrer críticas, tendo seu paradigma questionado.

O quarto movimento, a partir de 1976, é do paradigma questionado. A partir de 1970, as abordagens da Escola de Chicago foram criticadas, especialmente pelos institucionalistas, que em síntese, questionaram a minimização dos custos de alocação dos recursos quando voltados para direitos de propriedade. Nesta ótica, os institucionalistas criticaram que a lógica da eficiência proposta pela AED não seria capaz de fornecer uma base para a maneira como os direitos de propriedade são distribuídos.

Ao final da década, quando efetivamente a AED passou a ser utilizada em instituições sólidas do direito como metodologia do judiciário norte-americano, outras críticas relacionadas ao método e à ausência da eficiência voltaram à tona. Isso se efetivou com a criação do realismo jurídico conforme explicitam Márcia Carla P. Ribeiro e Irineu Junior:

> Os questionamentos recrudesceram em vários simpósios organizados no ínicio da década de 1980, em que compareceram juristas de relevo, inclusive Calabresi. As críticas desferidas por Duncan Kennedy e Ronald Dworkin ambos professores de Harvard, se deviam ao fato de que os dois faziam parte, em sentido amplo, do movimento conhecido como *Critical Legal Studies*, que foi originado do Pragmatismo americano, cujo reflexo na Ciência do Direito foi a criação do realismo jurídico[219].

[218] MACKAAY, Ejan. *Op. Cit.*, 1999. p. 76.

[219] RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. *Op. Cit.*, 2015. pp. 75-76.

A AED sofreu críticas[220] de precursores do movimento Neoclássico[221], que entendiam ser impossível mensurar necessidades e interesses dos agentes de forma objetiva, devido ao subjetivismo dos valores envolvidos, variando de pessoa para pessoa. Com as críticas, houve um desenvolvimento do movimento, que passa a ser reformulado a partir de 1983.

Nesse sentido, a Nova Economia Institucional (NEI), baseada na teoria de Ronald Coase, originou-se através dos estudos de Oliver Williamson e Douglass North[222]. Esses autores traçam novos estudos sobre a economia e o direito com foco nas instituições, enquanto regras e normas, e as estruturas de governança para a economia dos custos de transação.

Diante do panorama da AED demonstrado nos itens anteriores, passa-se à análise da importância econômica dos contratos sob as óticas econômica e empresarial. Não se discorrerá sobre os requisitos de validade dos contratos (art. 104 do Código Civil) nem acerca das classificações, pois não tratam do objeto deste estudo. No entanto, reconhece-se a aplicação desses fundamentos aos contratos empresariais, por inexistir um direito obrigacional próprio para eles, com a revogação da Parte Primeira do Código Comercial de 1850.

---

[220] Cf. Karl Polanyi comentou que a ideia de reduzir os estudos econômicos apenas a uma análise sobre maximação e escassez em um mercado seria um erro, pois não considera as relações humanas e suas motivações. Nas palavras do autor "Reduzir o âmbito do econômico especificamente aos fenômenos de mercado é eliminar a maior parte da história humana" . POLANYI, Karl. A falácia enonomicista. In: POLANYI, Karl. **A subsistência do homem e ensaios correlato**s (Tradução de Vera Ribeiro). Rio de Janeiro: Contraponto, 2012., pp. 47-61.

[221] A economia dos neoclássicos é fundamentalmente microeconomia, porque constrói sua análise a partir de dois elementos "micro", os agentes econômicos privados básicos: consumidores e produtores. Partindo desse aspecto "micro", busca-se uma compreensão do funcionamento do sistema econômico, tendo como preocupação fundamental definir as condições do equilíbrio geral da economia. In: HEINEN, Luana Renostro. **A análise econômica do Direito de Richard Posner e os pressupostos irrealistas da economia neoclássica**. In: Publica Direito. Disponível em http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=991c0955da231335. Acesso em 24 de março de 2019.

[222] Neste sentido, as instituições foram concebidas pelo autor como as regras do jogo, formais e informais, que norteiam o comportamento dos indivíduos. Por outro lado, o Estado e as sociedades empresárias, são entendidas como organizações. Cf. NORTH, Douglass C. **Institutional Change and Economic Performance**. Cambridge: Cambridge University Press. 1990. "Ínstitutions are the rules of the game in a society or, more formally, are the humanly devised constraints that shape human interaction. In consequence they structure incentives in human exchange, whether political, social, or economic. Institutional change shapes the way societies evolve :~through time and hence is the key to understanding historical change". […] Organizations indude political bodies (political parties, the Senate, a city council, a regulatory agency), economic bodíes (firms, trade unions, family farms, cooperatives), social bodies (churches, dubs, athletic associations), and educational bodies (schools, universities, vocational training centers}. They are groups of individuais bound by some common purpose to achieve objectives. Modeling organizations is analyzing governance structures, skills, and how learning by doing will determine the organizations success over time."

2.1.2. A relevância do contrato sob a ótica econômica e empresarial

O ordenamento pátrio, especialmente através do Código Civil, determina que os contratos, as declarações unilaterais de vontade e os atos ilícitos[223] geram obrigação no plano material das relações jurídicas. Em *lato sensu*, a Lei seria a maior fonte de obrigações, abrigando as demais fontes.

Os atos humanos podem se apresentar como relações jurídicas e sociais, isto é, atos de interação humana, reconhecidos pelo Estado através das normas de direito. Não há relação jurídica sem que tal fato ter correspondência na ordem normativa, ou ainda, entende-se que há um princípio para que fatos e relações sociais só tenham significado jurídico quando inseridos nesta estrutura jurídica, conforme expõe Miguel Reale:

> A regra jurídica pode ser vista, mas só por abstração, como uma cobertura protetora da conduta humana e dos processos de sua estruturação e garantia. Poderíamos dizer apenas para facilitar a exposição, que as normas jurídicas projetam-se como feixes luminosos sobre a experiência social: e só enquanto as relações sociais passam sob a ação desse facho normativo, é que elas adquirem o significado de relações jurídicas[224].

Caio Mario da Silva Pereira dispõe que o contrato[225] é o "negócio jurídico bilateral, e de conseguinte exige o consentimento; pressupõe de outro lado, a conformidade com a ordem legal, sem o que não teria condão de criar direitos para o agente; e sendo ato negocial tem por escopo aqueles objetivos específicos[226]". Igualmente, Paulo Luiz Netto Lôbo apresenta essa concepção ao comentar que "o contrato destaca-se como a mais importante espécie dos fatos

[223]GONÇALVES, Carlos Roberto. *Op. Cit.,* 2017. p. 19. De acordo com o autor, "o contrato é a mais comum e a mais importante fonte de obrigação, devido às suas múltiplas formas e inúmeras repercussões no mundo jurídico. Fonte de obrigação é o fato que lhe dá origem. Os fatos humanos que o Código Civil brasileiro considera geradores de obrigação são: a) os contratos; b) as declarações unilaterais da vontade; e c) os atos ilícitos, dolosos e culposos".

[224] REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 200.

[225] Segundo Miguel Reale, o negócio jurídico é uma "espécie de ato jurídico que, além de se originar de um ato de vontade, implica a declaração expressa da vontade, instauradora de uma relação jurídica entre dois ou mais sujeitos tendo em vista um objetivo protegido pelo ordenamento jurídico". In: REALE, Miguel. *Idem*. p. 195.

[226] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. Cit.***,** 2006. p. 7.

jurídicos voluntários, o que justifica sua relevância no âmbito do direito civil. Na classificação dos fatos jurídicos, é negócio jurídico bilateral[227]".

Desse modo, permite-se conceituar o contrato como um acordo de vontades, um negócio jurídico bilateral, porque pressupõe o vínculo jurídico entre dois ou mais sujeitos de direito, que têm por função, a criação, modificação ou extinção de direitos. Por conseguinte propõe Maria Helena Diniz, um conceituação que conta com elementos caracterizadores estruturais, relativos à autonomia da vontade e funcionais, devido aos objetivos sociais e econômicos do contrato:

> [...] O contrato é o acordo de duas ou mais vontades, na conformidade da ordem jurídica, destinado a estabelecer uma regulamentação de interesses entre as partes com o escopo de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial. Facil é denotar que a noção de contrato contém dois elementos: a) o estrutural, isto é, a alteridade, pois o contrato como negócio jurídico bilateral ou (plurilateral – p.ex., sociedade com vários sócios) requer a fusão de duas ou mais vontades contrapostas.
>
> [...] b) o funcional, ou seja, a composição de interesses contrapostos, mas harmonizáveis entre as Partes, constituindo, modificando e solvendo na área econômica. Isto é, ante a função econômico-social do contrato que se constitui razão determinante de sua tutela jurídica[228].

Os contratos possuem encargos funcionais e econômicos de acordo com seu próprio conceito. São acordos de vontade bilaterais ou plurilaterais que visam a criar, modificar ou extinguir direitos e obrigações no mundo dos fatos, por meio do ordenamento jurídico, subordinados à lei e à ordem pública. Sob esta perspectiva econômica, Enzo Roppo diferencia os efeitos contratuais em econômicos e jurídicos, de maneira que o contrato pode perseguir uma consequência econômica, bem como poderá gerar implicações legais e regras aplicáveis pelos juízes, como cita o autor:

> Concluir um contrato significa – já o sabemos – realizar uma operação econômica reconhecida e tutelada pelo direito. E a operação realiza-se efectivamente [sic.], no plano legal, quando o contrato produz efeitos jurídicos. Os efeitos do contrato, na verdade representam precisamente a expressão e formalização jurídica daquelas transferências de riqueza que constituem a substância de qualquer operação contratual[229].

---

[227] LÔBO, Paulo Luiz Netto . **Direito Civil**, Contratos, São Paulo: Saraiva, 2011. p. 6.

[228] DINIZ, Maria Helena. *Op. Cit.***,** 2019. pp. 14-16.

[229] ROPPO, Enzo. **O contrato** (Tradução de Ana Coimbra). Coimbra: Almedina, 2009. p. 211.

Em relação aos fatores subjetivos e objetivos vinculados aos contratos, como visto alhures, existem os aspectos estrutural e funcional, sendo aquele ligado à autonomia da vontade das partes, sua alteridade, enquanto este consiste na economicidade dos contratos, seu caráter patrimonial e importância para as partes e sociedade civil.

Essas funções econômicas dos contratos são relevadas para a categoria empresarial, na medida em que se tratam dos negócios jurídicos celebrados por agentes econômicos, em que ambas as partes têm um escopo de lucratividade. As partes contratantes apenas realizam tais negócios com seus clientes, prestadores de serviço, fornecedores, sócios, acionistas ou agentes com a finalidade de ampliar suas transações comerciais, ou ainda, de lucrar.

Ao tratar sobre a função econômica dos contratos empresariais, José Edwaldo Tavares Borba esclareceu que os agentes econômicos, adquirem direitos e obrigações através de contratos, buscando um fim lucrativo que apenas será alcançado pela empresa:

> Destaca-se, de logo, a sua condição de pessoa jurídica, e, por conseguinte, de ente capaz de adquirir direitos e assumir obrigações. O patrimônio próprio ressalta sua autonomia perante os sócios, cujos bens não se confundem com os da sociedade.
>
> A atividade negocial é a marca de sua atuação como entidade voltada para o mundo dos negócios. O fim lucrativo é da essência da sociedade, a qual se destina a produzir lucro, para distribuição dos quais participam de seu capital[230].

Igualmente, Alberto Asquini denotou a importância econômica dos contratos, ao trazer à baila sua citada teoria poliédrica sobre os perfis da empresa. De acordo com tal teoria, o conceito de empresa compreenderia a quatro perfis diferentes, cada um com acepções econômicas ajustadas ao caso: subjetivo, funcional, patrimonial (objetivo) e corporativo:

> O conceito de empresa é o conceito de um fenômeno poliédrico, o qual tem sob o aspecto jurídico, não um, mas diversos perfis em relação aos diversos elementos que o integram. As definições jurídicas de empresa podem, portanto, ser diversas, segundo o diferente perfil, pelo qual o fenômeno econômico é encarado[231].

---

[230] BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito Societário**. 14ª e.d. São Paulo: Atlas. 2015. p.25.

[231] ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. Tradução de Fábio Konder Comparato. In: **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. n. 104, 1996. pp. 109-110.

O perfil subjetivo representa a empresa como empresário, que por sua vez está conceituado no art. 966 do Código Civil e também no art. 2082 do *Codice Civile italiano*[232], como aquele exerce a empresa profissionalmente, a atividade econômica organizada para a produção e/ou circulação de bens e serviços.

O perfil patrimonial, também denominado de objetivo, reflete o próprio patrimônio da empresa e ainda seu estabelecimento[233], de forma que, dentre as diversas acepções econômicas da empresa em relação ao objetivo, ela seria projetada "sobre o terreno patrimonial, dá lugar a um patrimônio especial distinto, por seu escopo[234]".

O perfil corporativo enxerga a empresa como instituição, sendo reputada como uma organização de pessoas formada pelo empresário, seus empregados e colaboradores, que não são considerados individualmente por essa visão, mas como "um núcleo social organizado, em função de um fim econômico comum, no qual se fundem os fins individuais do empresário e dos singulares colaboradores[235]".

Para a análise econômica dos contratos, o último perfil visualizado por Alberto Asquini é relevante, isto é, do perfil funcional. Por meio dessa abordagem a empresa denota uma força em movimento que é sua própria atividade dirigida para um escopo lucrativo.

A empresa se desenvolve por meio de diversas relações jurídicas, com clientes finais (pessoas jurídicas ou consumidores finais), relacionamento com colaboradores, fornecedores, contratos de trabalho, agentes e demais pessoas que geram manutenção e crescimento da empresa. O citado autor denominou tais ações de "operações fundamentais da empresa" que

---

[232] ITALIA. **Codice Civile (R.D. 16 marzo 1942, n. 262)**. Disponível em https://www.brocardi.it/codice-civile/libro-quinto/titolo-ii/capo-i/sezionei/art2083.html?utm_source=internal&utm_medium=link&utm_campaign=articolo&utm_content=nav_art_succ_dispositivo. Acesso em 15 de abril de 2019. Cf. redação original: È imprenditore chi esercita professionalmente un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi.

[233] Cf. Em relação ao estabelecimento destaque-se que a doutrina diverge sobre o tema, ora considerando bem, ora considera universalidade de fato. No entanto, o estabelecimento não é um sujeito e integra o patrimônio da sociedade ou empresário, além de ser composto de elementos corpóreos e incorpóreos, utilizados para o empresário no exercício da atividade. Para Rubens Requião o estabelecimento pertence à categoria de bens móveis e constitui um bem incorpóreo, complexo de bens que não se fundem, mas mantém sua individualidade. In: REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**, v. 1, 26. ed, São Paulo: Saraiva, 2005. p. 179. Para Fábio Ulhoa Coelho, trata-se de universalidade de fato, conforme prevê o autor: "classificação geral dos bens, estabelecida pelo Código Civil, o estabelecimento empresarial é uma universalidade de fato (art. 90), por encerrar um conjunto de bens pertinentes ao empresário (cuja propriedade titulariza ou dos quais é locador, comodatário, arrendatário etc.) e destinados à mesma finalidade, de servir à exploração de empresa. In: COELHO, Fábio Ulhoa. *Op. Cit.*, 2012. p. 123.

[234] ASQUINI, Alberto. *Idem.*, 1996. p. 118.

[235] ASQUINI, Alberto. *Op. Cit.*, 1996. p. 122.

visam à organização da força de trabalho e capital para produção ou distribuição dos bens e serviços, nas palavras dele:

> [...] consideravam-se como operações fundamentais da empresa as operações passivas destinadas à contratação e à organização do trabalho e às operações ativas voltadas para a troca dos bens e serviços colhidos ou produzidos; e como operações acessórias da empresa, as operações auxiliares das precedentes. A conexão destas diversas operações explicava-se pelo fim, ou motivo, de organizar a produção para a troca (fim de intermediação). Esta análise conserva todo o seu valor também em relação ao amplo conceito de empresa adotado pelo novo código civil; assim, vale também para o empresário agrícola, que é empresário enquanto organiza capital e trabalho, ou ao menos o trabalho alheio e enquanto dirige a produção, com o fim de troca.
>
> A atividade empresarial reduz-se, portanto, em uma série de operações (fatos materiais e atos jurídicos) que se sucedem no tempo, ligadas entre si por um fim comum[236].

O perfil funcional da empresa, como visto, a explicita como uma atividade advinda de diversas operações realizadas pelos empresários para organização das forças produtivas, buscando interesse social. As operações da empresa são construídas por meio de contratos, negócios jurídicos com diversos sujeitos de direito para criação de obrigações, demonstrando sua magnitude econômica.

É oportuno destacar que, à luz da AED, a função dos contratos é de circulação de riquezas, via movimentação de produtos e serviços no mercado. Para Fernando Araújo, os contratos demonstram eficiência nas transações, uma vez que são celebrados para promoção de transações mais vantajosas. Ou seja, os contratantes sempre buscarão propostas mais eficientes para si e, na perspectiva econômica, com custos de transação menores:

> O contrato é essencialmente um facilitador da circulação de titularidades de valores e de modos de governo conjunto (ou governação) de problemas atinentes ao conhecimento, ao poder e aos interesses.
>
> Nessa concepção descentralizadora e liberalizadora é que tem pleno cabimento oa afirmação da liberdade contratual e do carácter vinculativo das obrigações contratuais, seja no sentido de liberdade de contratar e de não contratar [...][237].

---

[236] ASQUINI, Alberto., *Ibidem*.

[237] ARAÚJO. Fernando. **Teoria Económica do Contrato**. Coimbra. Almedina. 2007. p.20.

Reitere-se que, a partir dos estudos de Ronald Coase, a AED passa a compreender empresários como pertencentes a um sistema econômico, concorrentes no mercado, pois coordenam diversas atividades econômicas.

Esse autor compreende que a empresa é concebida como um verdadeiro nexo ou feixe de contratos através do qual os participantes compõem-se em transações uns com os outros, conforme resumiu o autor, em livre tradução: "a firma, então, consiste em um sistema de relações que iniciam sua existência quando as direções dos recursos dependem do empresário[238]". Essa concepção demonstra igualmente o mérito dos contratos para a atividade empresária. Por conseguinte ele sustentou que a empresa se desenvolve por meio de suas transações, esta será maior à medida em que o empresário organizar um número maior de transações, e se tornará menor, caso este abandone a organização daquelas[239].

Como descrevem Raquel Sztajn, Decio Zylbersztajn e Paulo Furquin de Azevedo, a empresa, vista como conjunto de contratos, retrata os arranjos instucionais para coordenação das transações que concretizam promessas acertadas pelos agentes. Logo, as estruturas de governança interna e externa dos contratos são relevantes para o desenvolvimento dos empresários, como se pode constatar a seguir:

> A partir do trabalho de Coase, abriu-se o caminho para o tratamento mais realista do fenômeno que denominamos firma vista como um feixe particular de contratos cuja coordenação reflete as limitações impostas pelo ambiente institucional e os objetivos estratégicos.
>
> Formas alternativas de coordenação (governança) e ambientes institucionais distintos trarão resultados diferentes para as organizações, daí a importância do tema para o estudo das estratégias[240].

Scott Masten apontou que há três razões para a existência dos contratos, pela utilização da AED: (i) prover a alocação eficiente do risco, que se apresenta por meio da teoria da agência; (ii) prover incentivos eficientes, pela teoria dos incentivos; e (iii) a

---

[238] COASE, Ronald. H., *Op. Cit.*, 1937. p. 393.

[239] COASE, Ronald. H. *Idem*, pp. 386-405.

[240] SZTAJN, Rachel; ZYLBERSZTAJN, Decio; AZEVEDO, Paulo Furquim de. Economia dos Contratos. In: SZTAJN, Raquel; ZYLBERSZTAJN (Org.). **Direito e Economia**. Análise Econômica do Direito e das Organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 109.

economia em custos de transação *ex post*, denominada teoria economia dos custos de transação[241].

Transposta a breve análise breve sobre a AED e as obrigações contratuais, tem-se demonstrado que os contratos constituem matéria para desenvolvimento da empresa. Deste modo, o próximo item investigará os contratos empresariais no Brasil sob a luz do método econômico.

2.2. Os contratos empresariais no Brasil

Os contratos empresariais prendem-se ao direito empresarial, sendo essa a nomenclatura hodierna relativa ao direito comercial no Brasil que adota a Teoria da Empresa. A previsão da teoria da empresa e sua consequente inclusão no Código Civil de 2002 provêm do direito italiano, notadamente do *Códice Civile* de 1942, ao estabelecer no art. 2082, em tradução livre, que "é empresário quem exercita profissionalmente uma atividade econômica organizada com fins de produção ou troca de bens ou serviços[242]".

O ordenamento jurídico brasileiro, por meio do Código Civil de 2002, acatou o conceito de empresário, "que não aparecia na codificação civil anterior nem no parcialmente revogado Código Comercial[243]", como comentaram Marcia Carla Pereira Ribeiro e Irineu Galeski Júnior.

Na vigência do Código Civil de 1916[244] (Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916), este diploma disciplinava diversas espécies de contratos. Concomitantemente, o Código Comercial de 1850 previa as regras para os contratos mercantis, com fundamento no princípio da especialidade ("*lex specialis derogat legi generali*").

Com a entrada em vigor do Código Civil de 2002 e a consequente revogação parcial do Código Comercial de 1850, os contratos passam a ser regidos pela lei geral do direito

---

[241] MASTEN, Scott E. Legal basis for the fim. In: **Journal of Law, Economics and Organizations**, v. 4, n. 1, Yale University, 1988, pp. 181-198.

[242] ITALIA. **Codice Civile Italiano (R.D 16 marzo 1942, 262)**. Disponível em https://www.brocardi.it/codice-civile/libro-quinto/titolo-ii/capo-i/sezione-i/art2082.html. Acesso em 22 de março de 2019.

[243] RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. *Op. Cit.*, 2015. p. 19.

[244] BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm. Acesso em 24 de março de 2019.

privado, a referida codificação civil, com exceção aos contratos tipificados por leis especiais[245]. Desse modo, a redação do art. 2.045 do Código Civil de 2002 estabeleceu tal revogação, *in verbis*: "revogam-se a Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916 - Código Civil e a Parte Primeira do Código Comercial, Lei nº 556, de 25 de junho de 1850".

Na dinâmica empresarial, há intensa necessidade de estabelecimento de relações jurídicas entre clientes finais, fornecedores ou parceiros comerciais. Essas relações jurídicas são efetivadas por meio de contratos diversos. Em inúmeros casos, há o desencadeamento de uma teia contratual de modo a viabilizar a consecução de determinada atividade empresarial. Pelas palavras de Marcia Carla Pereira Ribeiro e Irineu Galeski Junior:

> O empresário lança mão de inúmeras obrigações, operando no sistema de constituição de negócios jurídicos indispensáveis à prática econômica. Negócios que são identificáveis na escolha e aquisição da matéria prima, na escolha e contratação de empregados e prestadores de serviço, na escolha dos parceiros e transpasse dos produtos e serviços aos consumidores.
>
> [...] Tais contratos indissociáveis da prática empresarial, associados à figura do empresário para permanecerem compatibilizados com a especialidade de a quem são destinados, precisam igualmente ser tratados de forma especial[246].

Assim, para o desenvolvimento da empresa, é fundamental que os agentes econômicos atuem em diversas frentes de relações jurídicas, para a consecução do objeto da empresa. A doutrina[247] indica que os contratos empresariais despontam como uma categoria autônoma de contratos, em contraposição às categorias cíveis, consumeristas e trabalhistas. Essa categorização empresarial é concebida porque esses negócios jurídicos são insculpidos e adaptados à lógica do mercado, tendo como primordial característica moderna que as partes contratantes vislumbram o lucro como escopo de sua atividade[248].

Paula Forgioni ressalta que, durante muitos anos, com a dicotomia entre contratos civis e mercantis, a discussão doutrinária cercava majoritariamente tais assuntos,

---

[245] Como exemplos, entre outros contratos, franquia (Lei nº 8.955, de 15 de dezembro de 1994), a representação comercial (Lei nº 4.886, de 9 de dezembro de 1965), a armazenagem (Decreto nº 1.102, de 21 de novembro de 1903), alienação fiduciária (Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997).

[246] RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. *Op. Cit.*, 2015. Pp. 29-30.

[247] Neste sentido, defendem uma categoria autônoma, entre outros autores: Paula Forgioni (In: FORGIONI, Paula Andrea. **Contratos empresariais**. Teoria Geral e Aplicação. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.); Fran Martins (In: MARTINS, Fran. **Contratos e obrigações comerciais**. 17.ed. rev. e atual., Rio de Janeiro, Forense, 2017), e Fábio Ulhoa Coelho (In: COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial.** Direito de empresa, v. 3. 16.ed, São Paulo: Saraiva, 2015).

[248] FORGIONI, Paula A. *Op. Cit.*, 2016. p. 33.

especialmente quanto à diferença de tratamento de contratos atípicos por ambas as codificações, algo que perdeu sua importância diante da regência de ambos pelo próprio código civil. Porém tal discussão se transfigura com a relevância destinada aos contratos consumeristas enquanto categoria autônoma e a necessidade de estabelecer tal eminência aos empresariais, nas palavras da autora:

> [...] Essa postura doutrinária reflete a realidade que circundava nossos autores: as regras especiais dos contratos mercantis contidas nos arts. 121 a 139 foram sendo sombreadas pela supressão de institutos como o "arbitramento", pelo advento do Código Civil e pela edição de regras que suplantaram a dicotomia de jurisdições e diferenças entre os processos civis e comerciais foram sendo limadas, restando poucas aparas de importância mitigada.
>
> [...] A grande discussão que, que no passado, centrava-se na diferenciação entre contratos civis e mercantis, hoje assume nova feição. O direito do consumidor aflorou como ramo independente, sujeito às especificidades [...] ou princípios peculiares que lhe dão forma e conteúdo, tais como a vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo e o direito de não ser explorado[249].

O direito do consumidor aflorou a existência de ramo independente sujeito às especificidades (ou princípios peculiares) que lhe dão forma e conteúdo, tais como a hipossuficiência do consumidor no mercado de consumo. Dessa forma, a categoria de contratos trabalhistas, também analisada de forma segregada, importa em princípios e institutos definidos legalmente e amparados pela doutrina e jurisprudência para aquelas relações jurídicas específicas.

Claudia Lima Marques[250] indicou que são contratos de consumo as "relações contratuais ligando um consumidor a um profissional, fornecedor de bens ou serviços". Tal definição se alinha com o art. 2º[251] da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 – o Código de Defesa do Consumidor - (CDC), o qual prevê que o consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Destarte, é uma definição objetiva que não especifica se essa pessoa tem ou não escopo de lucro, bastando que seja o destinatário final.

---

[249] FORGIONI, Paula A. *Idem. p.* 37.

[250] MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 252.

[251] BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm. Acesso em 26 de março de 2019.

O CDC tutelou os contratos de consumo nos arts. 46 e seguintes, ao visar à proteção dos consumidores e seus equiparados, considerando a sua hipossuficiência e o conceito abrangente do código referente à destinação final dos produtos e serviços. Logo, sustenta-se uma categoria autônoma de contratos celebrados entre os fornecedores e o consumidor (não profissional ou, caso seja profissional, tenha situação de vulnerabilidade e utilize finalisticamente), porque o contrato consumerista não se relaciona com uma atividade profissional, como um fator de produção.

Com a categorização autônoma dos contratos empresariais, em contraposição aos contratos cíveis e consumeristas e a necessidade de apartar as lógicas de tais contratos à lógica empresarial, a doutrina percebeu que era premente o resgate dos contratos empresariais para impedir sua absorção pelo consumerismo[252], tratando de conceituar e caracterizar os contratos empresariais à luz de seus princípios e dos interesses da empresa.

Essa ideia, antes do advento do Código Civil de 2002 já havia sido discutida por Waldirio Bulgarelli, que ressaltou a importância de se "distinguir hoje entre os contratos comuns, firmados entre particulares, de igual ou equivalente posição econômica, dos contratos entre empresas, e dos contratos dos particulares com empresas, sendo esses últimos, o alvo especial do chamado direito do consumidor[253]".

Tal conceito não é pacífico na doutrina comercialista. De acordo com Paula Forgioni, no tocante aos contratos empresariais, todos os polos da relação jurídico-contratual têm sua atividade movida por relações empresariais, com escopo de lucro. Nas palavras da autora:

> A atenção do comercialista recai sobre os contratos interempresariais, ou seja, aqueles celebrados entre empresas, i.e. em que somente empresas fazem parte da relação. [...]
>
> O diferenciador marcante dos contratos comerciais reside no escopo de lucro de todas as partes envolvidas, que condiciona seu comportamento, sua "vontade comum", e, portanto, a função econômica do negócio, imprimindo-lhe dinâmica diversa e peculiar[254].

Fábio Ulhoa Coelho também defende tal posicionamento, ao elucidar que os contratos mercantis são "contratos entre empresários, aqueles em que duas partes contratantes

[252] FORGIONI, Paula A. **Teoria geral dos Contratos Empresariais**. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2009. p.44.

[253] BULGARELLI, Waldirio. **Contratos mercantis**. 11.ed. São Paulo. Atlas. 1999. p. 24.

[254] FORGIONI, Paula A., *Op. Cit.*, 2016. p. 38.

são exercentes da atividade empresarial[255]". Nessa perspectiva, como já consagrado, o empresário é quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços (art. 966 do Código Civil de 2002). Em sentido contrário, aqueles que exercem uma atividade não organizada, profissão intelectual, de natureza científica, artística ou literária, serão considerados profissionais liberais, exceto se houver elemento de empresa:

> Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.
>
> Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa[256].

Ocorre que os contratos empresariais concretizam e possibilitam a atuação da empresa no mercado, formando seu substrato. Nesse aspecto, entende-se que, ao presente estudo, seria mais adequado um conceito em sentido amplo de contratos empresariais. Exemplificadamente, é possível que uma cooperativa tenha organização, profissionalismo, objeto empresarial e celebre contratos empresariais, na qualidade de fornecedora ou cliente, pois tem intuito econômico e está em paridade de riscos com o contratante. No entanto, o parágrafo único do art. 982 do Código Civil displina que "independentemente de seu objeto, considera-se empresária a sociedade por ações; e, simples, a cooperativa[257]", não sendo possível caracterizá-la como uma sociedade empresária.

Uma vez que não apenas empresários e sociedades empresárias se constituem como agentes que possibilitam um incremento social na circulação de bens e serviços, é inerente à conceituação dessa categoria de uma ampliação do conceito de contratos empresariais àqueles realizados por agentes econômicos que exercem empresa.

José Gabriel Lopes Pires Assis de Almeida manifestou sua opinião no sentido de que o ordenamento jurídico brasileiro não adotou uma manifestação única sobre o conceito de empresa, pois abrigou diversos conceitos, previstos no art. 2º da Consolidação das Leis do

---

[255] COELHO, Fábio Ulhoa. *Op. Cit.,* 2015. p.21.

[256] BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/ L10406.htm. Acesso em 20 de março de 2019.

[257] *Ibidem.*

Trabalho[258], no direito do consumidor[259], tributário[260] e concorrencial[261]. Logo, entre todos os conceitos distribuídos no ordenamento, é possível concluir que o aspecto econômico sempre estará presente na empresa, assim como a possibilidade de remuneração, o risco e a sua independência, nas palavras do autor:

> A atividade econômica, enquanto núcleo definidor da empresa no Direito, assenta em dois elementos. O primeiro é o exercício de uma atividade econômica contra remuneração. O segundo é a independência no exercício dessa atividade econômica. [...]
>
> Desse modo, constata-se que o Direito integra a empresa como um conceito de conteúdo particular. A empresa seria a atividade econômica, portanto, a atividade exercida contra uma remuneração e de forma independente. Esse seria o perfil do conceito de empresa no Direito[262].

Para fins do presente estudo, os contratos empresariais significam aqueles negócios jurídicos bilaterais com objetivo de criar, modificar e extinguir obrigações entre agentes econômicos que exercem empresa no mercado, mediante remuneração, sem a caracterização formal do empresário.

Para tal conceito, há uma flexibilização do art. 966 do CC, pois um empresário, uma sociedade empresária, uma sociedade simples ou um ente despersonalizado pode atuar

---

[258] BRASIL. **Decreto- Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm. Acesso em 15 de abril de 2019. Cf. art. Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

[259] BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm. Acesso em 15 de abril de 2019. Cf. Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

[260] BRASIL. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5172.htm. Acesso em 15 de abril de 2019. Art. 132. A pessoa jurídica de direito privado que resultar de fusão, transformação ou incorporação de outra ou em outra é responsável pelos tributos devidos até à data do ato pelas pessoas jurídicas de direito privado fusionadas, transformadas ou incorporadas.

[261] BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm. Acesso em 15 de abril de 2019. Cf. Art. 31. Esta Lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal.

[262] ALMEIDA, José Gabriel Lopes Pires Assis de. A noção jurídica de empresa. In: **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, 36, n. 143. Jul/Set/1999. p.p. 211-229. Disponível em https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/515/r143-17.PDF?sequence=4. Acesso em 15 de abril de 2019.

economicamente no mercado, desde que exerça empresa (exista um elemento empresarial), de forma organizada, e execute seus contratos.

Sobre esse tema, a III Jornada de Direito Civil[263] já havia se manifestado por meio do enunciado nº 195 em que ficou esclarecido que "a expressão elemento de empresa demanda interpretação econômica, devendo ser analisada sob a égide da absorção da atividade intelectual, de natureza científica, literária ou artística, como um dos fatores da organização empresarial".

Para o contrato empresarial, ambas as partes contratantes devem desenvolver economicamente a empresa e os fluxos de bens e serviços no mercado, efetivamente com aspecto econômico. Dessa maneira, não se deve subsumir esse tipo de contrato às relações consumeristas ou cíveis.

A categoria empresarial[264] se diferencia na equivalência de poderes e forças entre as partes contratantes, não havendo relação de hipossuficiência e desequilíbrio no que tange às questões contratuais. Essa paridade das partes também foi objeto do Enunciado nº 21[265], que dispõe que "os contratos empresariais, o dirigismo contratual deve ser mitigado, tendo em vista a simetria natural das relações interempresariais".

Do mesmo modo, essas contratações são restringidas pelos controles das externalidades negativas e de incentivo das positivas; sendo, contudo inegável que a autonomia dos empresários na contratação é maior considerando os riscos de suas atividades. A esse respeito, Marcia Carla Pereira Ribeiro e Irineu Galeski Júnior afirmam que intrinsecamente as partes na relação comercial possuem equivalências informacionais e condições de gerenciar seus próprios riscos na qualidade de agentes econômicos:

> [...] Em princípio, seus contratantes, por serem empresários, apresentam condições similares de acesso à informação e análise dos riscos que permeiam toda negociação empresarial. O risco é seu elemento essencial, ainda que eventualmente não seja simples distinguir a frustração que pode advir de uma situação de risco e a existência de fatores excepcionais capazes de afastar a força vinculante do contrato[266].

[263] BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **III Jornada de Direito Civil. Brasília**. 2003. Disponível em https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/375. Acesso em 21 de março de 2019.

[264] FORGIONI, Paula A. *Op. Cit.*, 2016. p. 38.

[265] BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **I Jornada de Direito Comercial**. Brasília. 2013. Disponível em https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-de-direito-comercial/livreto-i-jornada-de-direito-comercial.pdf/. Acesso em 21 de março de 2019.

[266] RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. *Op. Cit.*, 2015. p. 33.

Os contratos empresariais, por meio da sua paridade atendem a ambas as partes contratantes, diante da liberdade de contratar e do escopo de lucro delas. A revisão dos termos e condições previstos nos contratos será mais isonômica, diferentemente dos contratos consumeristas, muitas vezes de adesão ou trabalhistas, onde há vulnerabilidade dos respectivos consumidores e empregados, como cita Luciano Benetti Timm:

> [...] já que os contratos empresariais criarão riqueza, [...] o direito contratual deve deixar as partes buscarem o que é melhor para si. [...]
>
> Como todo valor é subjetivo, somente as partes sabem quando uma transação irá melhorar sua situação. Os próprios atores estão normalmente em melhor posição do que qualquer outra pessoa para decidir o que lhes gerará satisfação ou incoveniência[267].

Ainda, a categoria de contratos empresariais admite uma subdivisão subjetiva, relativas às partes e relações jurídicas que serão reguladas. Nesse panorama, Paula Forgioni[268] classifica os contratos empresariais como de intercâmbio, de sociedade (solidariedade de interesses) e de colaboração[269]. Os últimos são negócios jurídicos híbridos para ampliação econômica por meio da cooperação de parceiros comerciais, que também possuem interesse nesse desenvolvimento do parceiro.

Nos contratos de intercâmbio, o objeto da contratação é de execução imediata e há um explícito incremento de vantagem econômica de uma parte que representa a diminuição do proveito econômico da outra. Um dos exemplos é a compra e venda, pois, caso o preço do produto seja maior, haverá claramente uma vantagem econômica para o vendedor e um custo maior para o comprador.

---

[267] TIMM, Luciano B. Análise Econômica do Direito das Obrigações e Contratos Comerciais. In: COELHO, Fábio Ulhoa. **Tratado de Direito Comercial**. Obrigações e Contratos Empresariais, v. 5, São Paulo: Saraiva, 2015, pp. 228-229.

[268] FORGIONI, Paula A. *Op. Cit.*, 2016. p. 38.

[269] Cf. Marcia Carla Pereira Ribeiro divide os contratos em categorias de acordo com a prática econômica, que consideram: (i) a extensão atribuída à autonomia privada das partes, quando da elaboração do contrato, dividindo-se em negociados, formulário e de adesão; (ii) a natureza das obrigações, como contratos de subordinação e comerciais; (iii) a extenção das externalidades, sendo significativas ou não significativas, e (iv) a natureza de vinculação entre as partes, como associativos, bilaterais e unilaterais. Cf. RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Teoria Geral dos Contratos Empresariais. In: COELHO, Fábio Ulhoa. **Tratado de Direito Comercial**. Obrigações e Contratos Empresariais, v. 5, São Paulo: Saraiva, 2015, pp. 50-70.

Os agentes econômicos utilizam os contratos de sociedade para associação ou cooperação mútua, visando ao desenvolvimento de atividade comum. Seus elementos contemplam a reunião de esforços somada à álea do empreendimento, isto é, o risco voltado para o próprio sucesso ou insucesso da empresa.

Duas instituições foram criadas de forma a tentar harmonizar os interesses das partes nos contratos de sociedade e incentivar essa relação jurídica, sendo elas: a limitação de responsabilidade (com a mobilização de capitais); e a proporcionalidade entre o capital investido e o poder *interna corporis* dele decorrente, com a consolidação do princípio majoritário.

Tullio Ascarelli indicou que os contratos de sociedade não seriam contratos comuns, considerando suas peculiaridades únicas, sobretudo a comunhão dos objetivos. Como pontuou o autor, "a sociedade uma vez constituída, visa a uma finalidade comum a todos os sócios, todos interessados na melhor realização dela: constitui um instrumento, que uma vez constituído favorece a todos os sócios[270]".

Por fim, os contratos de colaboração são negócios jurídicos empresariais de natureza híbrida que permeiam seu objeto e partes entre contratos de intercâmbio e contratos de sociedade. Esses contratos têm a obrigação característica primordial à atribuição de obrigação a um dos contratantes (colaborador) de responsabilidade, de criar ou ampliar mercado em relação aos bens e serviços do outro contratante (fornecedor).

O colaborador se obriga a fazer investimentos em divulgação, propaganda, manutenção de estoques, treinamento de pessoal, em maior ou menor grau a depender da espécie de contratação, com intuito de vender bens, produtos ou serviços do fornecedor aos agentes contratantes. Essas obrigações são inerentes à colaboração empresarial, isto é, que o colaborador invista em meios para expansão, criação ou consolidação de mercado do fornecedor e sua contrapartida será uma remuneração direta ou indireta pela parceria.

Os contratos de colaboração podem ser divididos em duas subespécies, denominadas contratos de aproximação e contratos de intermediação. Nos contratos de aproximação, o colaborador não é intermediário, uma vez que não irá adquirir os produtos ou serviços para revendê-los, apenas identificará potenciais compradores. Por isso, os colaboradores fazem jus

[270] ASCARELLI, Tullio. O contrato plurilateral. In: ASCARELLI, Tulio. **Problemas das sociedades anônimas e Direito Comparado**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1969. p. 229.

à remuneração variável mediante pagamento de uma comissão (percentual) que recebem com a efetiva conclusão do negócio junto aos compradores. Os contratos que exemplificam essa relação são de comissão, agência e representação comercial.

A segunda subespécie de contratos de colaboração é de intermediação. Nesses casos, há a celebração de compra e venda para aquisição dos produtos do fornecedor que serão revendidos aos clientes finais. Portanto, não haverá uma remuneração variável ao colaborador por comissão dos bens vendidos, nem por serviços prestados. A remuneração será o resultado positivo da atividade empresarial, com a revenda de produtos. Como exemplos, tem-se a concessão comercial, a comissão e a franquia.

Diante dos fundamentos acima explicitados sobre a categoria dos contratos empresáriais, o próximo item versará sobre os princípios aplicáveis aos contratos empresariais.

2.2.1. Princípios aplicáveis aos contratos empresariais

Os contratos empresariais constituem uma categoria específica, considerando sua lógica de mercado. A eles são aplicáveis os princípios constitucionais, porém com racionalidade própria, considerando a empresarialidade, requisito fundamental dessas relações jurídicas. O presente item perpassará os princípios dessa categoria, com ênfase na lógica empresarial.

O princípio da força obrigatória dos contratos ou "*pacta sunt servanda*" prevê que o contrato estabelece normas, regras, direitos e obrigações que devem ser seguidos pelas partes. No âmbito empresarial, esse princípio tem um peso maior, pois, como demonstrado, há uma equivalência de forças entre as partes, que livremente escolhem e seus parceiros comerciais. Logo, às partes caberá uma substancial autonomia para as regras que serão estipuladas entre elas. Ambas as partes, de boa-fé, devem cumprir as obrigações previstas contratualmente para manutenção de uma saudável relação jurídica.

Na mesma, linha o princípio da obrigatoriedade dos contratos está ligado a outro princípio denominado consensualismo. Esse último informa que o simples consenso entre as partes contratantes tem força suficiente para fazer surgir o contrato, não se exigindo forma especial. A legislação brasileira faz ressalvas apenas a alguns tipos específicos de contrato,

em que há formalidades e solenidades a serem atendidas. Esse princípio é importante para a proteção de dados, pois não há a exigência de consentimento para o tratamento de dados em contratos empresariais, na forma do art. 7º, V da Lei nº 13.709/2018, como será analisado no quarto capítulo.

Nesse mesmo sentido, não obstante a liberdade contratual e de iniciativa, cumpre salientar que o contrato produz efeitos apenas entre as partes contratantes, que assumem, modificam e/ou extinguem direitos e/ou obrigações, não prejudicando terceiros e/ou aproveitando-se deles, ao que foi denominado, princípio da relatividade dos contratos.

Por conseguinte, entende-se pelo princípio da autonomia da vontade que as partes têm ampla liberdade para contratar e estabelecer entre si os termos e condições do vínculo contratual. Nos contratos empresariais, a liberdade de contratar e a autonomia são essenciais para a contratação, considerando a própria confiança existente entre as partes[271]. O empresário buscará no mercado um parceiro que, no seu entendimento, atenderá aos seus propósitos do negócio, com qualidade e prazos esperados, com intuito de gerar, direta ou indiretamente, resultados de lucros. A escolha dos parceiros comerciais deriva da liberdade contratual, e se desdobra na formação e revisão dos contratos. Contudo, a autonomia objetiva das partes na contratação e a importância da confiança para os contratos empresariais não pressupõe que a contratação empresarial não sofra certas limitações.

Uma das limitações à autonomia da vontade para os contratos empresariais diz respeito ao próprio interesse público, denominado princípio da supremacia da ordem pública. Em síntese, a autonomia da vontade é relativa, sujeitando-se à lei e aos princípios da moral e da ordem pública, como comenta Luciano Benetti Timm "a autonomia da vontade, entretanto, não é absoluta, visto que o direito impõe em algumas situações a obrigação de contratar ou a proibição de discriminação entre os possíveis contratantes[272]".

Da mesma forma, Luiz Edson Fachin asseverou que a autonomia privada relativa às contratações sofreu limitações pelos princípios da boa-fé objetiva e da função social. No

[271] Sob esta perspectiva: Luciano B. Timm (TIMM, Luciano B. *Op. Cit.*, 2015, pp. 228-229).; e Fábio Ulhoa Coelho, o qual citou "submetem-se ao primeiro, em que é altamente prestigiada a autonomia da vontade, os contratos celebrados entre empresários iguais" (COELHO, Fábio Ulhoa. *Op. Cit.*, 2015. p.26).

[272] TIMM, Luciano B. *Op. Cit.*, 2015, pp. 228-229.

entanto, a limitação atinge apenas o conteúdo dos contratos, mas não a liberdade em contratar, como comentou o autor:

> Isso não significa, contudo, a supressão do princípio da autonomia privada, que sempre foi, é e sempre será indispensável para a existência, validade e eficácia dos contratos, mas, sim uma limitação e relativização à liberdade contratual, em consonância, sobretudo, com a função social do contrato e o princípio da boa-fé objetiva. [...] [273]

Sem prejuízos aos princípios recém elencados, com a nova ordem econômica, outros princípios tornaram-se relevantes para os contratos empresariais. Destacam-se a boa-fé objetiva e a função social dos contratos empresariais, que assumem feições diferentes quando aplicadas aos negócios jurídicos empresariais, sobretudo pelo risco da empresa e a paridade das partes.

Como se expressou no primeiro capítulo, o princípio da boa-fé age como contraponto à autonomia das partes contraentes, de acordo com o art. 421 do Código Civil[274]. A segurança das relações jurídicas depende da probidade e da boa-fé, isto é, da lealdade, confiança recíproca, justiça, equivalência das prestações, coerência e transparência dos direitos e deveres. Entre os contratantes deve haver uma confiança mínima, sem a qual os negócios não encontrariam ambiente propício para se efetivarem e o conjunto desses valores constitui pressuposto criado pela probidade e boa-fé.

A boa-fé desempenha 3 (três) funções principais nos contratos, quais sejam: interpretativa dos contratos; restritiva do exercício abusivo de direitos e integrativa[275].

Inicialmente, a função interpretativa dos contratos constitui um dos fundamentos de interpretação das cláusulas contratuais e colabora com a análise objetiva das normas estipuladas no pacto. Está previsto, no art. 113 do Código Civil que "os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração[276]".

---

[273] FACHIN, Luiz Edson. **Direito Civil**. Sentidos, Transformações e Fim. Rio de Janeiro, Renovar, 2015. p. 106.

[274] BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/ L10406.htm. Acesso em 20 de março de 2019.

[275] SANSEVERINO, Paulo de Tarso**. Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor.** 3.ed. São Paulo: Saraiva. 2010, p. 17.

[276] BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/ L10406.htm. Acesso em 20 de março de 2019.

Por conseguinte, a função restritiva de exercício abusivo de direitos cria limites para o exercício dos direitos das partes, assegurando que tal exercício se dê de forma regular, não se manifestando, portanto, de maneira abusiva ou contraditória à boa-fé, aos bons costumes ou ao seu fim econômico ou social, nas palavras de Miguel Reale:

> Não é demais lembrar, - mesmo porque é finalidade de nosso estudo ir fixando o sentido dos termos técnicos empregados pelos juristas, - que se dizem potestativos os negócios e contratos que não são expressões do poder negocial, mas de abuso do poder negocial.
>
> O abuso de poder, tanto como o desvio de poder, é causa de ineficácia ou anulabilidade das relações jurídicas, tanto privadas como públicas. No primeiro caso, o detentor do poder exerce-o além do necessário e razoável à satisfação de seu direito ou à realização da função pública, causando dano a terceiros; no segundo caso, o poder é desviado de sua finalidade específica, para servir de instrumento a fins diversos daqueles que constituíram a razão de ser do poder reconhecido ou outorgado[277].

Além disso, ressalte-se que a função restritiva da boa-fé poderá ser identificada em diversas passagens da codificação. Destaca-se o art. 187 que, ao tratar do abuso do direito estabelece que "também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes", isto é, existe uma restrição ao exercício de determinados direitos.

A função integrativa da boa-fé auxilia em uma identificação concreta das peculiaridades próprias de cada relação obrigacional ou de novos deveres. Ou seja, a boa-fé será criadora de deveres anexos à prestação principal, nas fases pré-negocial, negocial e pós-negocial[278]. Visa a incentivar a cooperação mútua das partes contratantes em todos os momentos contratuais, antes ou após sua celebração, impondo-lhes algumas incumbências como, por exemplo, o dever de esclarecimento e informação, o dever de lealdade e de cooperação, o dever de proteção e de cuidado. Existe previsão normativa, no art. 422 do Código Civil de 2002 de que "os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé".

Contudo, ao se tratar de contratos empresariais, a boa-fé objetiva tem caráter especial. Em relação à parte final do art. 113 do Código Civil, destaque-se que os usos e

---

[277] REALE, Miguel. *Op. Cit.* p. 170.

[278] SANSEVERINO, Paulo de Tarso**.** *Ibidem*. 2010, p. 17.

costumes possuem relevada importância para o direito comercial que teve origem consuetudinária, como expôs Tullio Ascarelli:

> [...] desenvolve-se também uma ordenação normativa que tem por objeto a disciplina dos negócios mercantis, isto é, em substância, negócios de intermediação nas trocas. Tal disciplina tem origem essencialmente consuetudinária, em especial nos costumes dos negociantes, e, portanto somente a eles aplicável[279].

Desse modo, os usos e costumes são mantidos como regra subsidiária das normas do direito comercial sobretudo acerca da função interpretativa, o que afeta os contratos empresariais. Como comentou Rubens Requião:

> Os usos interpretativos ou convencionais são os que decorrem da prática espontânea dos comerciantes em suas relações comerciais. Integram-se nos contratos como cláusulas implícitas ou tácitas, e de tal forma ingressam nos negócios que seu uso constante os torna implícitos, sendo desnecessário enunciá-los expressamente. Recebem eficácia da simples vontade das partes[280].

A boa-fé objetiva ganha diferente viés no direito comercial pois existe um escopo econômico inerente à empresa. Isto é, esse princípio deve ser aplicado, mas sob uma racionalidade que importe na concepção do mercado e do intuito das partes atuarem livremente no mercado. Nesa ótica, Thiago Wiggers Bittencourt e Vinicius Klein afirmaram que "a boa-fé e os princípios constitucionais devem fomentar a confiança existente no mercado, obtida através da livre transação, sob pena de conceder excessiva proteção a uma das partes, desestabilizando todo o sistema espontaneamente criado[281]".

Diante dessa premissa, a boa-fé objetiva é aplicável aos contratos empresariais, inclusive a cláusula geral, mas com foco na confiança entre os agentes e sem olvidar da estabilidade dos contratos empresariais. Em outras palavras, a boa-fé no âmbito contratual empresarial, instigará as partes a agirem da forma acordada, de modo a não prejudicar os interesses das partes, caso não haja ilicitude ou situação injusta, na forma da legislação. Paula

---

[279] ASCARELLI, Tullio. Origem do Direito Comercial (Tradução de Fábio Konder Comparato). In: **Revista de Direito Mercantil**, Ano XXXV, n. 103, jul., 1996.

[280] REQUIÃO, Rubens. *Op. Cit.*, 2005. p. 27.

[281] BITTENCOURT, Thiago Wiggers; KLEIN, Vinicius. Boa-fé objetiva e a aplicação no direito empresarial. In: **Revista Unicuritiba**, v. 13, n.1, Curitiba, Centro Universitário Curitiba, 2013. Disponível em http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/percurso/article/viewFile/651/489. Acesso em 21 de maio de 2019.

Forgioni a respeito do tema citou que "[...] para o direito comercial, agir de acordo com a boa-fé significa adotar o comportamento jurídica e normalmente esperado dos comerciantes cordatos, dos agentes econômicos ativos e probos em determinado mercado (ou em certo ambiente institucional), sempre de acordo com o direito[...][282]".

O último princípio a ser analisado é da função social dos contratos. Segundo Gustavo Tepedino[283], esse princípio "desempenha o papel de impor aos titulares de posições contratuais o dever de perseguir, ao lado de seus interesses individuais, interesses extracontratuais socialmente relevantes, dignos de tutela jurídica, relacionados ou alcançados pelo contrato". Por este motivo, o Código Civil de 2002 determinou no parágrafo único do art. 2.035 que "nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos[284]."

O princípio da função social dos contratos, fundado na teoria geral, manifesta-se como limitador do princípio da relatividade, pois vincula a proteção dos interessados privados ao cumprimento dos interesses sociais, sendo de grande utilização para a as relações jurídicas empresariais, conforme indica Gustavo Tepedino:

> Nessa esteira o princípio da função social dos contratos enseja a mitigação da relatividade dos contratos ou a relativização da relatividade, por meio da imposição de deveres aos contratantes, não devendo ser entendido como mera ferramenta para ampliação das garantias contratuais na hipótese de lesão contratual provocada por terceiro cúmplice – o que seria um contrassenso.
>
> [...] A função social, assim, definirá a estrutura dos poderes dos contratantes no caso concreto, e será relevante para se verificar a legitimidade de certas cláusulas contratuais que embora lícitas, atinjam diretamente interesses externos à estrutura contratual – cláusulas de sigilo, de exclusividade e de não concorrência, dentre outras[285].

Como exposto, em razão da nova ordem constitucional, a destinação social tem predominância sobre os interesses privados na celebração dos contratos, nem sempre

---

[282] FORGIONI, Paula. Op. Cit., 2009. p. 101.

[283] TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a função social dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas**. Rio de Janeiro: Renovar. 2008. p. 390.

[284] BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/ L10406.htm. Acesso em 20 de março de 2019.

[285] TEPEDINO, Gustavo. *Op. Cit.*, 2008. p. 394.

prevalecendo as estipulações ou cláusulas abusivas e que lesam valores superiores como o da habitação ou moradia, privacidade, vida, saúde e especialmente dignidade da pessoa humana.

A função social dos contratos relativiza as obrigações contratuais não apenas às partes contratantes, mas também a terceiros, uma vez que as relações jurídicas se manifestam dentro de um contexto amplo, como explicita Carlos Nelson de Paula Konder:

> No tocante à tutela do interesse do terceiro vitimado pelo inadimplemento do contrato, o raciocínio é de que o interesse na execução do contrato não se restringe às partes que o celebraram, pois há um interesse social no cumprimento do pactuado tendo em vista que aquele contrato é um instrumento para a realização de uma finalidade superior, protegida pelo ordenamento, e, no caso, esse interesse social se combina com o legítimo interesse de um terceiro que, embora não tenha participado da celebração do acordo, será beneficiado pelo seu adimplemento – ou será prejudicado pelo seu inadimplemento[286].

No entanto, assim como os demais princípios analisados, a função social dos contratos empresariais pressupõe uma interpretação diferenciada considerando a AED, o risco empresarial e a própria tutela do crédito. Sobre esse tema, Marcia Carla Pereira Ribeiro e Irineu Galeski Júnior afirmam que: "nos contratos empresariais, acrescente-se a relação existente entre segurança, estabilização e crédito, quando da invocação do princípio, tornando mais complicada a tarefa de definição de sua função[287]".

Não se nega a aplicação da função social, notadamente aos contratos comuns, mas apenas existem diferenças no âmbito empresarial, considerando a sua finalidade econômica. O princípio da função social não poderá ser utilizado como um argumento para realização de justiça distributiva, quando existe, efetivamente, um escopo de lucro e paridade das partes contratantes. Por esse motivo, a AED traduz uma nova interpretação desses princípios. Nesse aspecto Silvia Mechelany Veloso comenta a cláusula geral do art. 421 do Código Civil:

> [...] a análise econômica do direito convida à mudança de foco no que concerne à interpretação da boa-fé e da função social, deslocando o foco do bem-estar individual do litigante para a sociedade como um todo, estabelecendo uma cláusula proibitiva genérica contra comportamentos oportunistas, [...]
>
> Isto porque, justamente por se tratar de cláusula aberta, ela confere ao juiz a possibilidade de interpretá-la com fulcro na racionalidade econômica, e, não como

[286] KONDER, Carlos Nelson de Paula. Para além da "principialização" da função social do contrato. In: **Revista Brasileira de Direito Civil**. v. 13. Belo Horizonte. Julho, Setembro. 2017. pp. 39-59.

[287] RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. *Op. Cit.*, 2015. p. 184.

> "carta branca" para que a socialidade aplicada aos contratos seja apenas uma forma de realizar a política demagógica com o capital privado[288].

Nesse cenário, a justiça social deve ser realizada por meio de regulações estatais, uma vez que o contrato é um instrumento para celebração de um acordo entre as partes, onde existe um consentimento sobre as obrigações. Esse fator é relevado nos empresariais nos quais há maior liberdade contratual, risco se que reflete na possibilidade do lucro e na igualdade dos contratantes, como citou Luciano Benetti Timm:

> O Direito passaria a tomar conta da estrutura do mercado e do ambiente no qual os contratos são realizados, mas a distribuição de riqueza entre as partes ficaria a estas reservada. O Estado não precisaria intervir na relação contratual para redistribuir o saldo positivo gerado. Bastaria criar regulação a fim de evitar o abuso de poder econômico e para exigir a divulgação de informações (sobre produtos, ações, companhias, etc.) [289].

À vista disso, a Lei nº 13.709/2018 representa uma regulação estatal direcionada a empresários e não empresários para proteção aos dados das pessoas naturais. Destarte, a estabilidade contratual não será flexibilizada, pois há uma regra no ordenamento que confere essa atuação pelos agentes responsáveis pelo tratamento. Da mesma forma, essa proteção é importante para o mercado e para o titular dos dados, pois confere segurança jurídica à atuação dos agentes.

Diante das peculiaridades e dos princípios destacados neste tópico, no item a seguir será evidenciada a hermenêutica aplicável aos contratos empresariais.

2.2.2. Hermenêutica dos contratos empresariais

Os contratos empresariais possuem lógica distinta da categoria de contratos civis e consumeristas. Com a unificação parcial do direito obrigacional, houve a revogação parcial do Código Comercial de 1850, inclusive as normas dos contratos mercantis. Assim, os princípios

[288] VELOSO, Silvia Mechelany. Análise Econômica da Função Social dos Contratos – Art. 421 do Código Civil. In: **Revista de Direito Privado**, ano 14, v. 54, abr., 2013, pp. 101-120.

[289] TIMM, Luciano Bennetti. Ainda sobre a função social no Direito Contratual no Código Civil brasileiro: justiça distributiva versus eficiência econômica. In: **Revista da Associação Mineira de Direito e Economia**, v. II, 2009. Disponível em http://www.revista.amde.org.br/index.php/ramde/article/view/26. Acesso em 21 de maio de 2019.

da Constituição Federal de 1988 e as regras gerais dos contratos do Código Civil de 2002 passam a ser destinadas aos contratos comerciais, além das leis específicas vigentes que versem sobre os contratos empresariais.

Cumpre ressaltar que o respeito à Constituição, especialmente no tocante à preservação da liberdade de iniciativa[290], prevista no art 1º, IV da Carta Magna, não deve ser estabelecido apenas para os empresários, mas para todos os cidadãos sem exclusão. A legalidade constitucional é um princípio qa ser observado extensivamente, não se restringindo apenas ao legislador.

Com o advento do Código Civil de 2002, os contratos empresariais serão regidos pelas leis específicas, como é o caso da representação comercial, com regência pela Lei nº 4.886/1965, da franquia empresarial prevista na Lei nº 8.955/1994, concessão empresarial de veículos automotores, prevista na Lei nº 6.729/1979 e do arrendamento mercantil (*leasing*) previsto na Lei nº 6.099/1974. Por outro lado, o Código Civil terá aplicação aos demais contratos, sejam nominados ou tipificados pelo próprio diploma como a comissão[291], o contrato de transporte de cargas[292] e agência[293], ou atípicos, consoante estabelece o art. 425[294].

Ademais, Fábio Ulhoa Coelho assevera que, os contratos empresariais podem estar sujeitos ao Código Civil ou ao CDC, dependendo, uma vez mais, das condições das contratantes. Para o autor, caso se esteja diante de uma situação de vulnerabilidade entre empresários, poderá ser aplicado o CDC, e em situação de igualdade, o Código Civil. Nas palavras do autor:

---

[290] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 27 de março de 2019.

[291] BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/ L10406.htm. Acesso em 20 de março de 2019. Art. 693. O contrato de comissão tem por objeto a aquisição ou a venda de bens pelo comissário, em seu próprio nome, à conta do comitente.

[292] *Idem*. Art. 730. Pelo contrato de transporte, alguém se obriga, mediante retribuição, a transportar, de um lugar para outro, pessoas ou coisas.

[293] *Idem*. Art. 710. Pelo contrato de agência, uma pessoa assume, em caráter não eventual e sem vínculos de dependência, a obrigação de promover, à conta de outra, mediante retribuição, a realização de certos negócios, em zona determinada, caracterizando-se a distribuição quando o agente tiver à sua disposição a coisa a ser negociada.

[294] *Idem*. Art. 425. É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código.

> Os contratos entre particulares, excluído o do trabalho, submetem-se a dois regimes dintintos: cível e dos consumidores. De modo genérico, quando a relação contratual aproxima consumidor (destinatário final de produto ou serviço) de fornecedor (empresário que vende no mercado de produtos ou presta serviços), aplica-se o regime consumerista; nos demais casos, ausente consumidor ou fornecedor na relação contratual, aplica-se o regime cível[295].

Contudo, entende-se que na forma da Lei nº 8.078/1990 (art. 2º) e da teoria finalista[296], apenas deverá ser aplicado o CDC aos destinatários finais dos produtos e serviços, caso estejam em situação de hipossuficiência. O CDC não poderia ser aplicável aos contratos empresariais estrito senso (entre agentes econômicos), com objetivos empresariais. À vista disso, a I Jornada de Direito Comercial estabeleceu no enunciado nº 20 que "não se aplica o Código de Defesa do Consumidor aos contratos celebrados entre empresários em que um dos contratantes tenha por objetivo suprir-se de insumos para sua atividade de produção, comércio ou prestação de serviços[297]".

Ou seja, quando as transações ocorrem entre agentes econômicos, verifica-se uma relação com objetivo empresarial, denominada *mercado business to business* (*b2b*). Por conta disso, há uma relação isonômica. e será aplicável ou a lei específica ou o Código Civil de forma subsidiária. Sendo assim, não haveria que se falar em hipossufiência de uma das partes em relação ao outro contratante[298].

No entanto, caso o contrato seja celebrado entre um consumidor, ou equivalente, como destinatário final dos bens ou serviços e um fornecedor, a relação será desenvolvida em

---

[295] COELHO, Fábio Ulhoa. *Op. Cit.*, 2015. p.38.

[296] MARQUES, Claudia Lima.*Op. Cit.*, 2002. p. 304. Cita a autora "Esta interpretação restringe a figura do consumidor àquele que adquire (utiliza) um produto para uso próprio e de sua família; consumidor seria o não profissional, pois o fim do CDC é tutelar de maneira especial um grupo da sociedade que é mais vulnerável. Consideram que, restringindo o campo de aplicação do CDC àqueles que necessitam de proteção, ficará assegurado um nível mais alto de proteção para estes, pois a jurisprudência será construída sobre casos em que o consumidor era realmente a parte mais fraca da relação de consumo, e não sobre casos em que profissionais-consumidores reclamam mais benesses do que o direito comercial já lhes concede".

[297] BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **I Jornada de Direito Comercial**. Brasília. 2013. Disponível em https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-de-direito-comercial/livreto-i-jornada-de-direito-comercial.pdf/. Acesso em 21 de março de 2019.

[298] Este entendimento também é pautado no Projeto nº 487/2013 que institui o Novo Código Comercial em trâmite no Congresso Nacional. Art. 404. O Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990) não é aplicável aos contratos empresariais. In: BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 487, de 2013**.Disponível em https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/115437. Acesso em 16 de abril de 2019.

um mercado denominado *business to consumer* (*b2c*)[299]. Nesse caso, a lei específica e o CDC serão, aplicáveis, ainda que uma ou as duas partes sejam empresários, porque existe uma relação de consumo, ainda que entre empresários[300].

Os negócios jurídicos empresariais merecem tratamento interpretativo diverso daquele reservado às relações entre pessoas na ótica cível e para os consumidores. A intenção da interpretação do direito empresarial é dar melhores condições ao fluxo das relações econômicas, mediante redução dos custos de transação.

A interpretação dos contratos empresariais significa um procedimento de "reconstituição posterior da vontade manifestada pelas partes no momento de celebração do contrato[301]", como pontuou Waldirio Bulgarelli. Tal interpretação era fundamentada na busca da real vontade das partes, portanto o processo conjecturava dois momentos, segundo o autor: "1. a indagação da vontade comum como única e nova vontade e 2. A busca do sentido concreto dessa vontade comum"[302].

O Código Comercial de 1850 tratava no Título V da Parte Primeira dos contratos e obrigações mercantis. O art. 131 trazia as regras de hermenêutica dos contratos, *in verbis*:

> Art. 131 - Sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases:
> 1 - a inteligência simples e adequada, que for mais conforme à boa fé, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras;
> 2 - as cláusulas duvidosas serão entendidas pelas que o não forem, e que as partes tiverem admitido; e as antecedentes e subseqüentes, que estiverem em harmonia, explicarão as ambíguas;
> 3 - o fato dos contraentes posterior ao contrato, que tiver relação com o objeto principal, será a melhor explicação da vontade que as partes tiverem no ato da celebração do mesmo contrato;
> 4 - o uso e prática geralmente observada no comércio nos casos da mesma natureza, e especialmente o costume do lugar onde o contrato deva ter execução, prevalecerá a qualquer inteligência em contrário que se pretenda dar às palavras;

---

[299] Existem outras categorias de comércio eletrônico, como *b2g* (*business to government),* que tem como característica o comércio eletrônico entre o Poder Público com agentes econômicos, c2c (*consumer to consumer*), que é a relação entre consumidores. In: VANCIM, Adriano Roberto; MATIOLI, Jefferson Luiz. **Direito e Internet. Contrato eletrônico e Responsabilidade Civil na Web**. 2.ed. Franca: Lemos e Cruz, 2014. pp.47-60.

[300] Cf. Da mesma maneira, Maria Eugênia Finkelstein previu a divisão do comércio eletrônico nos mercados *b2b* e *b2c*. In: FINKELSTEIN, Maria Eugênia Reis. *Op. Cit.,* 2011. p. 39.

[301] BULGARELLI, Waldirio. *Op. Cit.,* 1999. p. 148.

[302] Ibidem.

> 5 - nos casos duvidosos, que não possam resolver-se segundo as bases estabelecidas, decidir-se-á em favor do devedor[303].

Em resumo, o Código Comercial, deu ênfase à boa-fé das partes contratantes, ao seu verdadeiro âmago na contratação e objeto do contrato, bem como aos usos e costumes e à análise contratual como um conjunto de regras e instituições, não apenas à leitura dura e fria de determinados dispositivos individualmente[304].

Consoante o dispositivo citado, a legislação trouxe critérios de interpretação, segundo os quais a interpretação seguirá uma inteligência adequada, porém conforme a boa-fé, no intuito de trazer o verdadeiro espírito do instrumento. Sempre prevalecerá o correto significado das palavras, porém, as cláusulas duvidosas devem interpretadas pelo conteúdo das demais, desde que as partes tenham acordado com elas, assim como as cláusulas anteriores podem explicar as posteriores e vice-versa, fator determinante de uma análise una, de todos os aspectos do contrato em si.

Os usos comerciais, cuja importância para o direito comercial já foi anteriomente exposta, serão observados para interpretação de contratos de mesma natureza, assim como o costume do local de execução do contrato, em caso de inteligência contrária da redação do contrato. Por fim, a interpretação do contrato deve ser em última análise em favor do devedor, apenas caso não seja possível a aplicação das demais regras, acima expostas.

Como detalhado nos itens anteriores, com a revogação parcial do Código Comercial de 1850, foram extintas as disposições sobre contratos mercantis daquela codificação. À vista disso, a categoria autônoma dos contratos empresariais não foi diretamente prevista no Código Civil de 2002, nem as regras específicas dos contratos mercantis nominados.

De maneira esparsa, no Código Civil[305], foram mantidos os pontos centrais de interpretação dos contratos empresariais, o respeito à boa-fé objetiva, a força normativa dos usos e costumes, a vontade objetiva e desconsideração da intenção individual das partes contratantes, uma vez que se preza pelo objeto do contrato, o comportamento das partes, para

---

[303] BRASIL. **Lei nº 556, de 25 de junho de 1850**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l0556-1850.htm. Acesso em 26 de maio de 2019.

[304] FORGIONI, Paula Andrea. *Op. Cit.*, 2016, p. 253.

[305] Podem ser indicados os arts. 112 a 114, 157 e 421 a 424 do Código Civil. In: BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/ L10406.htm. Acesso em 20 de março de 2019.

chegar à vontade comum além da interpretação em favor do devedor e respeito à autonomia privada das partes[306].

Há um padrão de comportamento das partes para consecução do objeto contratual, guiado pela racionalidade econômica, isto é, a redução dos custos de transação e maximização do lucro. Em relação à busca da real intenção das partes na contratação, o art. 112 do Código Civil dispõe que "nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem". Logo, após a celebração dos contratos, caso exista alguma dúvida relacionada à aplicação de suas cláusulas, serão consideradas as intenções das partes intrinsecamente, ao revés da redação explícita de suas cláusulas.

A hermenêutica empresarial não é uma atividade livre, com abordagem genérica. Conforme explicita Irineu Mariani, "o valor a ser revelado é o da norma. A interpretação não pode se constituir em ato legiferante[307]". Ademais, a interpretação deve estar adstrita à própria regra, logo não se pode deturpar seu conteúdo, para criação ou alteração de algo diferente do estipulado, nem omitir algo previsto.

Hodienarmente, foi editada a Medida Provisória nº 881, de 30 de abril de 2019[308], que deve ser considerada para hermenêutica dos contratos empresarias, a qual ainda será apreciada pelo Congresso Nacional para posterior conversão em Lei.

Essa Medida Provisória dispõe sobre novas regras em matéria de liberdade econômica e livre mercado, de modoque o art. 3º, V estatui que a boa-fé será presumida no sentido de preservar a autonomia da vontade, quando houver dúvidas sobre interpretação do direito empresarial, exceto em caso de expressa disposição em contrário. Portanto, há um novo critério interpretativo dos contratos, no sentido de subsunção da boa-fé às pessoas em contratos empresariais, salvo em caso de violações à lei.

Por conseguinte, a Medida Provisória trata sobre a função social dos contratos, e inclui, por meio de seu art.7º, o parágrafo único ao art. 421 do Código Civil, *in verbis*: "nas relações contratuais privadas, prevalecerá o princípio da intervenção mínima do Estado, por qualquer dos seus poderes, e a revisão contratual determinada de forma externa às partes será

[306] FORGIONI, Paula Andrea. *Op. Cit.*, 2016, pp. 246-249.

[307] MARIANI, Irineu. **Contratos empresariais**. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2007. p. 20.

[308] BRASIL. **Medida Provisória nº 881, de 30 de abril de 2019**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Mpv/mpv881.htm. Acesso em 21 de maio de 2019.

excepcional". Por conseguinte, há um alinhamento com o entendimento da AED, de que a função social deve ser aplicada, mas não de modo a intervir na autonomia privada das partes, mas para garantir seu objetivo de circulação de riquezas, como tratou Rachel Sztajn:

> [...] mas deixa em segundo plano a concreta função social dos contratos – garantir a livre e voluntária circulação da riqueza, servir como suporte para promessas (notadamente quando se trate de contratos de execução continuada ou diferida), uma vez que, incluído o direito de crédito entre os entitlements – posição jurídica atribuída pelo Estado dentro daquele contexto negocial – sabe-se que a exigibilidade do cumprimento das obrigações reciprocamente assumidas, estará garantida por ação do Poder Público[309].

Em matéria contratual, a Medida Provisória nº 881/2019 destaca o princípio de obrigatoriedade dos contratos empresariais. Dessa forma, a estabilidade deles deve ser considerada e as partes se obrigam ao que foi acordado entre elas, demonstrando que a Medida Provisória corrobora com a análise da boa-fé e da função social aplicáveis aos negócios jurídicos entre agentes econômicos à luz da AED, conforme art. 3º, VIII *in verbis*:

> VIII - ter a garantia de que os negócios jurídicos empresariais serão objeto de livre estipulação das partes pactuantes, de forma a aplicar todas as regras de direito empresarial apenas de maneira subsidiária ao avençado, hipótese em que nenhuma norma de ordem pública dessa matéria será usada para beneficiar a parte que pactuou contra ela, exceto se para resguardar direitos tutelados pela administração pública ou de terceiros alheios ao contrato; [...][310]

Além disso, o art. 7º da Medida Provisória nº 881/2019 prevê a alteração do Código Civil para incluir o art. 480-A, que determina que nas "relações interempresariais, é licito às partes contratantes estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação de requisitos de revisão ou de resolução do pacto contratual[311]", e ainda o art. 480-B que estatui que, nessas relações, "deve-se presumir a simetria dos contratantes e observar a alocação de riscos por eles definida[312]". Todos os dispositivos do referido diploma corroboram o entendimento já

---

[309] SZTAJN, Rachel. Propriedade e contrato: função social. In: **Revista de Direito Empresarial**, v. 3, n. 9, São Paulo: Ed. RT, jun, 2015. pp. 453-460.

[310] BRASIL. Medida **Provisória nº 881, de 30 de abril de 2019**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Mpv/mpv881.htm. Acesso em 21 de maio de 2019.

[311] *Ibidem.*

[312] *Idem.*

exposto neste estudo e se configuram como regras hermenêuticas para análise de contratos empresariais.

Ultrapassado o exame a respeito da aplicação das normas gerais e regras de interpretação, passa-se à análise de algumas instituições relacionadas a contratos empresariais específicos e da proteção de dados, com o advento da Lei nº 13.709/2018. Para fins metodológicos, optou-se pela análise desses contratos específicos, considerando a importância deles para a prática empresarial, as respostas do questionário, analisadas no quarto capítulo, e a ligação dos tipos contratuais com a proteção de dados de pessoas naturais.

2.3. A proteção de dados nos contratos empresariais

Reitere-se que a proteção de dados está tipificada no direito brasileiro, na LGPD que estipula, no art. 1º, que o objetivo da Lei é a regulação do 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, de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

Qualquer pessoa natural ou jurídica que realize o tratamento de dados, em meios digitais ou não, está sujeita à referida lei. Logo, em âmbito empresarial, isso se aplica ao empresário individual e às pessoas previstas no art. 44 do Código Civil. Não há previsão legal acerca dos entes despersonalizados, mas entende-se que ocorreu uma omissão do legislador, pois a lei é considerada aplicável a todas as pessoas e setores[313].

O art. 5º trata das definições para a regulação em questão e estabelece, no inciso I, que o dado pessoal é a informação relacionada à pessoa natural identificada ou identificável. Além disso, o inciso X prevê que o tratamento considera "toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento,

[313] Cf. Diferentemente, a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013 (Lei anticorrupção), dispõe no parágrafo único do art.1º que "parágrafo único. Aplica-se o disposto nesta Lei às sociedades empresárias e às sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado, bem como a quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente.". BRASIL. **Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm. Acesso em 21 de maio de 2019.

eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação comunicação, transferência, difusão ou extração[314]".

Esses dois conceitos são fundamentais para a análise em questão. Evidencia-se pelo estudo do RGPD e da LGPD, que a proteção de dados descrita nessas leis é um direito exclusivo das pessoas naturais, isto é da pessoa humana[315]. Não é possível a proteção dos dados das pessoas jurídicas por meio das regras desses diplomas em questão, ou dos entes despersonalizados.

Além disso, o tratamento de dados é realizado por um controlador, "pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem compete as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais[316]", ou por um operador, pessoa natural ou jurídica que realiza o tratamento em nome do controlador. Logo, todas as operações realizadas pelas pessoas naturais ou de jurídicas que envolvam dados de pessoas naturais, estarão sujeitas às regras da referida Lei.

À vista do exposto, os contratos empresariais, de consumo, trabalhistas, cíveis ou quaisquer outras categorias, que envolvam o respectivo tratamento estão sujeitos à regulação prevista na LGPD, sejam contratos eletrônicos, verbais ou escritos, desde que exista uma operação de tratamento de dados de pessoas naturais.

Em relação aos contratos empresariais, entende-se que são compreendidos, em *lato sensu*, como uma categoria autônoma que envolve a consecução da empresa. As partes contratantes devem ser agentes econômicos que celebram o contrato com finalidade econômica, em que existe uma remuneração e independência das partes.

Na perspectiva dos contratos empresariais, as seguintes modalidades são relevantes para o estudo: contratos de intercâmbio ou troca, de colaboração e societários. Em todos esses contratos, as regras da LPGD serão aplicáveis, contudo, desde que exista o tratamento de dados de pessoas naturais, entendido, em síntese, como coleta, armazenamento, utilização interna, compartilhamento e exclusão.

---

[314] BRASIL. Lei **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 13 de abril de 2019.

[315] TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de., *Op. Cit.*, 2014. p. 4.

[316] BRASIL. **Lei 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 13 de abril de 2019.

A proteção prevista na LGPD envolverá qualquer contrato empresarial que realize uma troca de informações pelas partes, seja relativa à sua identidade, comerciais, de fornecedores, clientes, preços, planos, auditorias, qualidade, quantidade, produtos, segredos industriais, enfim, quaisquer informações necessárias para a consecução das atividades empresariais. À vista disso, a LGPD não especificou se tais dados pessoais seriam simplesmente de titulares pessoas naturais, sem finalidade econômica. Portanto, de acordo com a interpretação estritamente legal, as pessoas naturais com fins econômicos poderiam ser titulares de dados pessoais, como previsto no arts. 4º I e 5º, I da referida lei.

Por exemplo, uma determinada sociedade empresária cujo objeto social seja o comércio de máquinas e equipamentos agrícolas e cuja sede esteja em uma grande capital do país. Ou seja, ela está efetivamente distante dos demais empresários rurais que adquirem tais equipamentos. Essa sociedade empresária poderá celebrar contratos de representação comercial com empresários individuais das localidades, que poderão intermediar as venda dos produtos e com isso, receber comissões pelo resultado. Nessa atividade negocial, há a celebração final de contratos de compra e venda com empresários individuais daquelas regiões, os quais utilizarão as máquinas em sua produção e revenderão os produtos agrícolas para o mercado.

Na hipótese aventada, a grande sociedade empresária precisa celebrar contratos com os representantes comerciais, e para tanto, possui inúmeras informações confidenciais como nome, endereço, capacidade financeira, crédito, lista de clientes e território, estado civil, nome do cônjuge. Além disso, coletará essas informações, para armazená-las em seu sistema, sendo que diversos empregados terão acesso a elas, serão apresentadas a sociedades externas de auditoria e também aos órgãos e entidades. As sociedades realizam as mesmas ações com seus clientes.

Portanto, as sociedades realizam diversas atividades em suas transações que impactam em tratamento de dados. Até a edição da LGPD havia a necessária proteção nos termos do direito constitucional à privacidade garantido aos empresários e não empresários, mas não era prevista a proteção dos dados ou a necessidade de fiscalização, aplicação de penalidades e medidas de controles relativas à regulação desses dados.

Nos próximos itens, serão analisados alguns contratos típicos empresariais, para fins de análise da aplicação da LGPD e sua conceituação. Os contratos a seguir foram escolhidos

diante da pesquisa realizada com sociedades empresárias que apontaram esses contratos como os utilizados em maior escala.

2.3.1. Compra e venda

Trata-se de contrato bilateral realizado entre empresários, cuja finalidade primordial é a circulação de bens. As pessoas que o celebram visam à aquisição de propriedade ou de algum dos direitos inerentes a ela; uma parte vende e a outra compra. Orlando Gomes conceitua a compra e venda como o "contrato pelo qual uma das partes se obriga a transferir a propriedade de uma coisa à outra, recebendo contraprestação determinada em soma de dinheiro ou valor fiduciário equivalente[317]".

O contrato de compra e venda está previsto no Código Civil, no art. 481, que estabelece "pelo contrato de compra e venda, um dos contratantes se obriga a transferir o domínio de certa coisa, e o outro, a pagar-lhe certo preço em dinheiro[318]". É um contrato consensual, bilateral ou sinalagmático, comutativo, oneroso, em regra não solene, e um contrato de execução simultânea ou diferida (sempre uma vez, mesmo em razão do parcelamento.[319].

A compra e venda empresarial[320] é caracterizada pelas partes contratantes serem agentes econômicos, pessoas que pratiquem atividades empresariais (empresa), como visto anteriormente, pessoas que exerçam atividades econômicas organizadas com o intuito de circulação de bens e serviços no mercado, como expõe Fábio Ulhoa Coelho:

> A compra e venda é mercantil, no direito brasileiro quando celebrada entre dois empresários. [...]
>
> Com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, a caracterização da compra e venda mercantil passa a depender apenas da condição de empresário dos dois

[317] GOMES, Orlando. **Contratos**. 22. ed. Rio de Janeiro. Forense. 2000. p.244.

[318] RIZZARDO, Arnaldo. *Op. Cit.*, 2018. p. 294.

[319] É um contrato de execução simultânea ou diferida, ainda que exista parcelamento, pois a execução dele sempre ocorrerá de uma única vez, não se prolonga no tempo, ainda que exista uma divisão da prestação. *Ibidem.*

[320] Note-se que o vocábulo mercantil para compra e venda é utilizada pela doutrina (como Fábio Ulhoa Coelho e Fran Martins) em razão da revoção da Parte Primeira do Código Comercial de 1850, pelo Código Civil de 2002. Desta forma, resta positivada a compra e venda, por força dos arts. 481 e seguintes do Código Civil. Cf. COELHO, Fábio Ulhoa. *Op. Cit***.,** 2015; e MARTINS, Fran. *Op. Cit.*, 2017.

> contratantes. Toda compra e venda em que comprador e vendedor são empresários chama-se mercantil e é estudada pelo direito comercial[321].

Note-se que, que a relação empresarial de compra e venda de longo prazo, isto é, aquela que é diferida no tempo, é considerada como um contrato de "fornecimento". Por exemplo, um grande contrato entre um fabricante de produtos e um varejista, ou um negócio jurídico que as partes estabeleçam diversas vendas durante determinado período, com preços, locais de entrega equantidades. O contrato de fornecimento é atípico e contempla, em síntese, diversos contratos de compra e venda isolados[322].

Destarte, os elementos especiais da compra e venda (consentimento[323], a coisa[324] e o preço[325]) também são aplicáveis à modalidade empresarial. Como previsto no art. 482 do Código Civil, "a compra e venda, quando pura, considerar-se-á obrigatória e perfeita, desde que as partes acordarem no objeto e no preço[326]„.

O vendedor se obriga a transferir o domínio de certa coisa e a garantir que ela tenha a aptidão de servir à finalidade a que se destina. A coisa deve ser individualizada, determinada ou determinável. Pode ser corpórea ou incorpórea, coisa singular ou universalidade, presente ou futura (art. 483 do Código Civil).

A coisa deve ser possível de negociação (alienação) pois não existe compra e venda quando seu objeto é impossível. Isso não quer dizer, entretanto, que só podem ser objetos de contratos de compra e venda os bens tangíveis, pois, os bens imateriais ou intangíveis (ex.:

---

[321] COELHO, Fábio Ulhoa. *Op. Cit*.**,** 2015. p. 85.

[322] Idem.

[323] O consentimento, conforme expõe Arnaldo Rizzardo "é o ato de vontade que dispõe os contratantes à compra e venda. É a essência do contrato e consiste na vontade recíproca do vendedor em vender a coisa e do comprador em comprá-la". In: RIZZARDO, Arnaldo**.** *Op. Cit.*, 2018. p. 294.

[324] Nesta ótica, o art. 483 do Código Civil estatui que a "compra e venda pode ter por objeto coisa atual ou futura. Neste caso, ficará sem efeito o contrato se esta não vier a existir, salvo se a intenção das partes era de concluir contrato aleatório". A coisa deve existir ou vir a existir. Será nulo o contrato de coisa inexistente; desaparecendo ou não vindo a existir não se consuma o contrato.

[325] A venda necessariamente pressupõe o preço, que é a contrapartida à transferência de propriedade da coisa e, de acordo com o art. 481 do Código Civil deve ser em dinheiro. O preço deve ser certo, determinado ou determinável mediante critérios legais, justos e verdadeiro, conforme adverte Carlos Roberto Gonçalves "o preço é o segundo elemento essencial da compra e venda. Sem a sua fixação, a venda é nula [...]. É determinado, em regra, pelo livre debate entre os contraentes, conforme as leis do mercado, sendo por isso denominado preço convencional. Mas, se não for desde logo determinado, deve ser ao menos determinável, mediante critérios objetivos estabelecidos pelos próprios contratantes". In: GONÇALVES, Carlos Roberto. *Op. Cit.*, 2017. p. 281.

[326] BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/ L10406.htm. Acesso em 20 de março de 2019.

estabelecimento, marcas e direitos de propriedade industrial em geral) também podem ser alienados. Apenas que o objeto do contrato deve ser determinado ou determinável.

A forma do contrato em geral é livre, haja vista que a compra e venda pode ser realizada por qualquer meio de manifestação da vontade, não imposto obrigatoriamente pela lei, poderá ser verbal, escrito, particular ou público. Porém existem as exceções legais, como a previsão contida de obrigatoriedade de escritura pública para direitos reais de imóveis do art. 108 do Código Civil, *in verbis*:

> Art. 108. Não dispondo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País[327].

Em relação à proteção de dados, através da breve síntese do contrato, pode-se perceber que, para a efetivação do contrato de compra e venda, é possível que diversos dados passem pela coleta e tratamento dos agentes contratantes. Entre eles, citem-se os dados identificadores dos contratantes, dos produtos, preços e os necessários à elaboração do contrato.

O vendedor pode ter acesso também às informações de crédito e bancárias dos compradores, muitas vezes inclusive de seus familiares, sócios e administradores para que possa proceder uma avaliação de saúde financeira daquele comprador. Do mesmo modo, o comprador também poderá levantar dados financeiros e de crédito daquele vendedor para entender se consegue atender à sua demanda e se tem condições de responder por eventuais danos materiais, reposição de insumos, entre outros.

Esses dados são coletados para fins do contrato, seja qual for a sua forma. A captura constitui um fundamento para a proteção de dados, mas os dados também podem ser armazenados e divulgados a todas as pessoas que tem acesso àquelas informações, empregados e terceiros para fins de execução contratual e da própria atividade econômica.

2.3.2. Contratos de agência e de representação comercial

[327] *Ibidem.*

Os contratos de agência e representação comercial são contratos empresariais de colaboração, tal qual o mandato, a comissão, e a concessão comercial, que são contratos em que as partes possuem um interesse comum de expansão dos negócios. Para que a empresa seja desenvolvida no atual mundo globalizado, é necessária a participação de diversos parceiros comerciais, para distribuição dos produtos e serviços, de modo aperfeiçoar as vendas e reduzir os custos com estabelecimento.

Nos contratos colaboração por aproximação, o colaborador aproxima os contratantes, para realização dos negócios. O seu papel é identificar os compradores dentro de determinado território (zona geográfica). Em razão dessa aproximação entre fabricante ou vendedor e efetivo comprador, o colaborador irá receber uma remuneração variável (comissão) pelo resultado da aproximação na venda. Os contratos de comissão[328], corretagem, agência e representação comercial são contratos de aproximação[329].

A agência e a representação comercial normalmente são conceituadas conjuntamente, considerando que parte da doutrina[330], entende que há um conteúdo único. O contrato de agência é disciplinado no Código Civil de 2002, que o define no art. 710, como o contrato em que uma pessoa assume em caráter não eventual e sem vínculos de dependência, a obrigação de promover à conta de outra, mediante retribuição, a realização de certos negócios, em zona determinada. Do mesmo modo, o parágrafo do único do citado também prevê que o proponente pode conferir poderes para que o agente o represente na conclusão dos contratos. Por outro lado, a distribuição fica caracterizada quando o agente tiver à sua disposição a coisa a ser negociada, nos moldes do mesmo artigo.

Arnaldo Rizzardo conceitua agência e representação comercial como um mesmo contrato em que "um dos contratantes se obriga, em troca de retribuição a promover habitualmente a realização de operações mercantis, por conta do outro contratante, agenciando pedidos para este, em determinada região[331]".

Por outro lado, Fábio Ulhôa Coelho entende que agência seria uma modalidade de distribuição por aproximação, em que o agente não detém a posse das mercadorias a serem

[328] Note-se que na comissão, o comitente age por aproximação, uma vez que o comissário se obriga a praticar atos em nome dele, na forma do art. 693 do Código Civil.

[329] FORGIONI, Paula. Op. Cit., 2009, pp. 152-214.

[330] Cf. Como parte da doutrina, cite-se Arnaldo Rizzardo (In: RIZZARDO, Arnaldo**.** *Op. Cit. p.* 741.) e Fran Martins (In: MARTINS, Fran. Op. Cit., 2017. p. 225) .

[331] RIZZARDO, Arnaldo**.** *Op. Cit.,* 2018. p. 741.

vendidas, em razão da divisão dos contratos de colaboração e que o contrato de representação comercial é um contrato típico:

> A opção do legislador de 2002, contudo, foi muito infeliz. Na prática empresarial de há muito assentada, "distribuição" é o nome do contrato de colaboração por intermediação, em que a compra e venda de mercadorias entre os contratantes é um ingrediente necessário. Um contrato em que o colaborador procura interessados em adquirir os produtos de outrem, que traz consigo, simplesmente não existe nos tempos que correm. À doutrina, diante disto, resta distinguir as duas situações: de um lado, a distribuição como nomen juris de um modelo contratual normativo totalmente desconhecido das práticas empresariais; de outro, como referência a contrato atípico largamente difundido na economia. A solução que proponho aqui é a de chamar o primeiro de "distribuiçãoaproximação" e o segundo, de "distribuição-intermediação[332].

O referido entendimento coaduna com o enunciado nº 31 da I Jornada de Direito Comercial que dispõe:

> O contrato de distribuição previsto no art. 710 do Código Civil é uma modalidade de agência em que o agente atua como mediador ou mandatário do proponente e faz jus à remuneração devida por este, correspondente aos negócios concluídos em sua zona. No contrato de distribuição autêntico, o distribuidor comercializa diretamente o produto recebido do fabricante ou fornecedor, e seu lucro resulta das vendas que faz por sua conta e risco[333].

Por fim, destaque-se a posição de Alexandre Ferreira de Assumpção Alves e Pedro Freitas Teixeira, os quais informam que a representação comercial não se confunde com a agência, na medida em que há a obrigação de registro do representante comercial para o exercício da atividade, diferentemente do agente, na forma do art. 2º da Lei nº 4.886, de 9 de dezembro de 2018. Nesse sentido, o representante que não possuir o referido critério profissional, será considerado agente:

> A atividade de mediação de negócios à conta de outrem em uma zona exclusiva e geograficamente delimitada, em troca de uma remuneração/comissão pré-fixada, pode ser realizada tanto pelo representante como pelo agente, porém para ser representante comercial, a pessoa natural ou jurídica terá que estar devidamente registrada no CORE da zona que atua e no CONFERE, o que lhe garantirá uma série de deveres e obrigações, conforme analisado ao longo desse trabalho, mas também

[332] COELHO, Fábio Ulhoa. *Op. Cit.*, 2015. p. 83.

[333] BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **I Jornada de Direito Comercial**. Brasília. 2013. Disponível em https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-de-direito-comercial/livreto-i-jornada-de-direito-comercial.pdf/. Acesso em 21 de março de 2019.

> prerrogativas e privilégios.
> Caso contrário, se o mediador não apresentar o devido registro no órgão de classe, este será considerado agente, na forma dos arts. 710 a 721, do Código Civil de 2002. A própria Exposição de Motivos do Código Civil foi clara ao esclarecer que a disciplina do contrato de agência tinha por objetivo compatibilizar os interesses das categorias[334].

As partes em um contrato de agência são o agente e o proponente. O agente promove os negócios do proponente, seguindo as instruções recebidas dele. As atividades de promoção envolvem diversas tarefas, tais como a prospecção, a angariação de clientela e a negociação das transações. O agente mantém uma relação estável com o proponente porque é um contrato de execução continuada. Ele intervém na promoção de um número indefinido de negócios.

O contrato de agência deve delimitar a área de atuação do agente, ou seja, indicar os locais onde esse atuará. Com isso, o produtor pode coordenar as atividades dos diversos agentes que encarregou de escoar seus produtos ou serviços em diversos territórios.

A cláusula de delimitação geográfica não se confunde com a cláusula de exclusividade, embora haja relação entre elas. Pode ser estabelecida ou não a exclusividade no território, isso dependerá do ajuste das partes, nos moldes do art. 711 do Código Civil[335]. Como a legislação prevê o proponente não poderá constituir mais de um agente no mesmo território, é possível deduzir que a regra geral é da exclusividade, mas as partes poderão convencionar diferentemente. Deve constar do contrato cláusula em que se delimitarão regiões, municípios ou estados de atuação. É uma cláusula de real importância, para evitar conflitos de concorrência desleal.

Pelo exposto, o agente tem autonomia para realizar seus negócios, porém deve se ater às instruções recebidas pelo proponente (art. 712 do Código Civil), podendo atuar em horários convenientes e prestar serviços para outros proponentes, se autorizado por aquele (art. 711 do Código Civil). Além disso, todas as despesas com agência correm a cargo do agente, de modo

---

[334] ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção; TEIXEIRA, Pedro Freitas. A [des] identidade do contrato de representação comercial diante do contrato de agência. In: REZENDE, Elcio Nacur; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; OLIVEIRA, José Sebastião (org.). **Direito civil contemporâneo**. Florianópolis: CONPEDI, 2015. p. 230. Disponível em: http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/c178h0tg/aynm5hh3/9z7SsTJX00TNbkj4.pdf. Acesso em 17 de abril de 2019.

[335] In: BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/ L10406.htm. Acesso em 20 de março de 2019. Art. 711. Salvo ajuste, o proponente não pode constituir, ao mesmo tempo, mais de um agente, na mesma zona, com idêntica incumbência; nem pode o agente assumir o encargo de nela tratar de negócios do mesmo gênero, à conta de outros proponentes.

que existe uma autonomia entre as partes, que equivale à ausência de subordinação entre as partes.

A Lei no. 4.886/1965 é a legislação aplicável à representação comercial, como contrato típico e independente. A atividade é definida, no art 1º, como aquela exercida pelas pessoas naturais e jurídicas, "sem relação de emprego, que desempenha, em caráter não eventual por conta de uma ou mais pessoas, a mediação para a realização de negócios mercantis, agenciando propostas ou pedidos, para, transmiti-los aos representados, praticando ou não atos relacionados com a execução dos negócios[336]".

O art. 2º contém a obrigação de registro do representante comercial nos Conselhos Regionais dos Representantes Comerciais, criados pela mesma lei. Logo, existe uma obrigação profissional do representante para tal atribuição que a distingue do contrato de agência.

Em relação ao contrato de representação comercial, o art. 27 da Lei nº 4.886/1965 estabelece as cláusulas obrigatórias, além dos elementos comuns e outros a juízo dos interessados: (i) as condições e os requisitos gerais da representação; (ii) a indicação genérica ou específica dos produtos ou artigos objeto da representação; (iii) o prazo certo ou indeterminado da representação; (iv) a indicação da zona ou zonas em que será exercida a representação; (v) a garantia, parcial ou total, ou por certo prazo, da exclusividade de zona ou setor de zona, ou então se não haverá a exclusividade; (vii) a retribuição e época do pagamento, pelo exercício da representação, dependente da efetiva realização dos negócios, e recebimento, ou não, pelo representado, dos valores respectivos; (viii) os casos em que se justifique a restrição de zona concedida com exclusividade; (ix) as obrigações e responsabilidades das partes contratantes: (x) o exercício exclusivo ou não da representação a favor do representado; e (xii) a indenização devida ao representante pela rescisão do contrato, fora, com exceção dos casos de rescisão por justa causa, cujo montante não poderá ser inferior a 1/12 (um doze avos) do total da retribuição auferida durante o tempo de exercício da representação.

O art. 35 da lei de representação comercial prevê como motivos para rescisão por justa causa causados representante, quando não haverá indenização: (i) a desídia do representante no cumprimento das obrigações decorrentes do contrato; (ii) a prática de atos

[336] BRASIL. **Lei nº 4.886, de 9 de dezembro de 1965**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4886.htm. Acesso em 26 de maio de 2019

que importem em descrédito comercial do representado; (iii) a falta de cumprimento de quaisquer obrigações inerentes ao contrato de representação comercial; (iv) a condenação definitiva por crime considerado infamante; e (v) os casos fortuitos e de força maior.

Por outro lado, o representante comercial poderá rescindir o contrato, aplicando-se as indenizações pertinentes, nos casos previstos no art. 36. Sejam elas: (i) redução de esfera de atividade do representante em desacordo com as cláusulas do contrato; (ii) a quebra, direta ou indireta, da exclusividade, se prevista no contrato; (iii) a fixação abusiva de preços em relação à zona do representante, com o exclusivo escopo de impossibilitar-lhe ação regular; (iv) o não-pagamento de sua retribuição na época devida; e (v) casos de força maior.

A proteção de dados é inerente à contratação de represente comerciais e agentes. Em qualquer desses casos, essas pessoas têm acesso a muitas informações e segredos de negócio dos representados. A própria Lei nº 4.866/1965, ao tratar sobre o tema, determina que se constitui uma falta no exercício profissional do representante comercial a violação do sigilo profissional, podendo o Conselho Regional aplicar, ao representante faltoso as penas disciplinares (art. 18), inclusive multas, suspensão e cancelamento do registro:

> Art . 19. Constituem faltas no exercício da profissão de representante comercial:
> a) prejudicar, por dolo ou culpa, os interesses confiados aos seus cuidados;
> b) auxiliar ou facilitar, por qualquer meio, o exercício da profissão aos que estiverem proibidos, impedidos ou não habilitados a exercê-la;
> c) promover ou facilitar negócios ilícitos, bem como quaisquer transações que prejudiquem interêsse da Fazenda Pública;
> **d) violar o sigilo profissional;**[337]
> e) negar ao representado as competentes prestações de contas, recibos de quantias ou documentos que lhe tiverem sido entregues, para qualquer fim;
> f) recusar a apresentação da carteira profissional, quando solicitada por quem de direito[338].
> [Grifos do autor]

Os representados estão contratando pessoas para angariar clientes para seus negócios. Logo, esses representantes podem deter muitas informações sobre os representados, seus cliente, como do próprio negócio, tanto relacionados aos produtos quanto à própria pessoa do representante.

---

[337] BRASIL. **Lei nº 4.886, de 9 de dezembro de 1965**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4886.htm. Acesso em 26 de maio de 2019.

[338] Ibidem.

Existem informações que se disponibilizadas a terceiros prejudicarão os representados, e, caso eles sejam pessoas naturais (empresários individuais), todas as informações estarão abrangidas pela LGPD, uma vez que ela não fez diferenciação entre dados existenciais ou patrimoniais das pessoas naturais.

Por outro lado, também poderão ser protegidos os dados dos próprios representantes. Para escolha dos representantes comerciais, os representados normalmente coletam dados identificadores, caso sejam pessoas jurídicas, informações dos seus sócios, cônjuges, lista de clientes (outros representados), dados bancários entre outras informações, valor das comissões, remunerações percebidas, entre outros.

Os representados e proponentes coletam tais informações, armazenam em banco de dados para posterior utilização. Esses dados foram coletados para ajustes contratuais, por isso, importam para a LGPD. Logo, também no cenário da representação comercial, a LGPD será aplicável para fins de proteção dos dados dos representantes e representados.

2.3.3. Franquia

A franquia empresarial atendeu a uma necessidade mundial[339] de criação de métodos de escoamento de mercadorias mais eficientes e menos onerosos, tendo em vista o crescimento populacional associado à ampliação geográfica dos mercados consumidores, conforme afirmou Alberto Lopes da Rosa:

> Assim, a antiga forma de distribuição de mercadorias, na qual o produtor se ocupava tanto da produção quanto da distribuição de mercadorias, revelava-se cada vez mais custosa e ineficiente, o que indicava a latente necessidade de verificar novas formas de distribuição de mercadorias.
>
> Neste diapasão, foi possível observar, em um país com dimensões continentais como os Estados Unidos, o movimento de grandes companhias que na busca por soluções

[339] Há de modo geral um consenso, que o marco inicial da franquia como concebida atualmente, ocorre em 1860, a com a expansão da *Singer Sewing Machine Company*. Posteriormente, a General Motors implantou o sistema de gestão da *Singer*. Da mesma forma, a Coca-Cola optou por franquear a terceiros não apenas o uso de sua marca, mas a própria produção e envasamento de seu produto como estratégia de mercado para melhor distribuição. Cf. LAFONTAINE, Francine; BLAIR, Roger D. The evolution of franchisinh and franchise contracts: evidente from the United States. In: **Entrepreneurial Business Law Journal**. v.32. Ohio. EUA. p.p 434.; BARROSO, Luiz Felizardo. **Franchising e Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 13; SCHIMITT, Cristiano Heineck. Contrato de Franquia Empresarial. In: **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, v. 17, Porto Alegre: UFRGS, 1999. p. 59.

> para distribuição de seus produtos no vasto território norte-americano, desenvolveram o embrião de um sistema que hoje denominamos franquia empresarial[...][340].

No Brasil, o sistema de franquia surge pela iniciativa de pessoas jurídicas estrangeiras que buscavam alargar seus negócios no território nacional. Contudo a franquia empresarial não era tipificada pela legislação, o que gerou operações comerciais corrompidas e desorganizadas[341]. A franquia foi tipificada pela Lei nº 8.955, de 15 de dezembro de 1994 e, tratava-se de contrato atípico[342].

Waldirio Bulgarelli conceituou franquia como uma operação em que um empresário "titular de uma marca comum, cede seu uso, num setor geográfico definido a outro comerciante. O beneficiário da operação assume integralmente o financiamento de sua atividade e remunera seu co-contratante com uma porcentagem calculada sobre o volume dos negócios[343]".

O artigo 2º da Lei nº 8.955/1994[344], prevê que a franquia empresarial é o sistema pelo qual um franqueador cede ao franqueado o direito de uso de marca ou patente, associado ao direito de distribuição exclusiva ou semi-exclusiva de produtos ou serviços, direito de uso de tecnologia de implantação e administração de negócio ou sistema operacional desenvolvido ou detido pelo franqueador, mediante remuneração direta ou indireta, sem que, no entanto, fique caracterizado o vínculo empregatício.

Fran Martins define que se trata de modalidade de negociação, também destacando seus elementos essenciais de licença de uso da marca do franqueador ao franqueado e eventuais assistências conforme trecho abaixo:

> Uma modalidade especial de negociação é a que se faz utilizando o contrato de franquia (*franchising*), pelo qual uma empresa concede, mediante condições especiais, a uma outra o direito desta comercializar marcas ou produtos da primeira

---

[340] ROSA, Alberto Lopes da. **A evolução do contrato de franquia empresarial no direito brasileiro e soluções para um desequilíbrio congênito**. Disponível em http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=f8e59f4b2fe7c570. Acesso em 25 de março de 2019.

[341] Cf. Luiz Felizardo. *Idem,* p.13.

[342] MARIANI, Irineu. *Op. Cit.,* 2007. p. 362.

[343] BULGARELLI, Waldirio. *Op. Cit.,* 1999. p. 529.

[344] BRASIL. **Lei nº 8.955 de 15 de dezembro de 199**4. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8955.htm. Acesso em 27 de março de 2019.

> sem que, contudo, entre franqueado e franqueador haja vínculo de subordinação. O franqueado, além dos produtos que vai comercializar, receberá do franqueador permanente assistência técnica, inclusive no que se refere à publicidade dos produtos. Para obter a franquia, em regra o franqueado paga ao franqueador uma taxa inicial, obrigando-se, ainda, a pagar-lhe importâncias suplementares consistentes em porcentagens sobre os produtos vendidos. Por seu lado, o franqueador em regra assegura ao franqueado exclusividade em certo território, sendo considerado esse o lugar ou a região (cidade, grupo de cidades, Estado, grupo de Estados) em que o franqueado terá atuação[345].

Nesse sentido, o franqueado tem o direito à assistência técnica e ao assessoramento da gestão do negócio pelo franqueador. O franqueado, em contrapartida, deve pagar *royalties*, taxa inicial de ingresso e taxas de publicidade.

Os *royalties* são os encargos de pagamento periódico, que deverão ser efetuados pelo franqueado ao franqueador pelo uso da marca, transferência de *know-how*, assistência comercial e operacional e pelos métodos de gerência do negócio. Por conseguinte, as taxas de publicidade pagas pelo franqueado são os valores referentes aos investimentos para *marketing*, divulgação da marca, campanhas publicitárias e comunicações de imprensa. Tal encargo objetiva criar um fundo de *marketing* da rede de franquias, voltado para fortalecimento da marca e alcance de maior número de investidores e consumidores.

Por fim, a taxa inicial de franquia é o valor inicial pago pelo franqueado pela adesão e ingresso à rede de franquias e que, em termos gerais, recompensa a assistência concedida pelo franqueador para formatação do negócio ao franqueado.

O franqueado é um empresário ou sociedade empresária independente, também podendo ser uma empresa individual de responsabilidade limitada, uma vez que opera e gerencia sua unidade e, como tal, goza de certo grau de liberdade. Entretanto, o franqueado não é totalmente independente, pois deve, contratualmente, observar normas, políticas e padrões que lhe são estabelecidos pelo franqueador.

Além disso, o franqueado deve agir sob a coordenação de seu franqueador e observar as suas sugestões e orientações deste. Por se tratar de uma relação autônoma, cada franqueado trata-se de uma pessoa jurídica ou empresário individual autônomo, com estabelecimento, patrimônio e empregados próprios. Dessa maneira, a atividade empresária e o estabelecimento devem seguir os moldes do franqueador, porém com independência de gestão e autonomia subjetiva e objetiva, bem como com relação a contabilidade e contratação de empregados

[345] MARTINS. Fran. **Curso de Direito Comercial**. 37.ed. Rio de Janeiro: Editora Gen., 2014. p 118.

próprios, confome explicita Irineu Mariani:

> Usando as duas palavras de seu país de origem – *business format* -, o *franchising* é um negócio formatado. Esta é a idéia básica. O núcleo está no formato.
>
> O franchising é um sistema de produção e/ou distribuição de bens e prestação de serviços, ou complexo de atividades objetivando tal, mediante licença ou cessão de uso de marca ou patente, segundo o formato dado pelo franqueador, que para tanto presta assistência técnica e administrativa ao franqueado[346].

O grau de autonomia do franqueado costuma variar de uma organização para a outra, inclusive pelo modelo contratual utilizado, mas é comum a imposição pelo franqueador dos padrões da franquia, identidade visual, além da territorialidade e restrição de clientela. Logo, as exigências e imposições do franqueador ao franqueado costumam estar relacionadas ao estabelecimento e à gestão do negócio, ou seja, localização do estabelecimento, aparência da fachada, abrangência geográfica da comercialização dos produtos, clientela, programas de computador, de administração, *marketing*, rotinas operacionais, padronização de fornecedores e equipamentos, políticas comerciais e éticas, além do plano anual de negócios, entre outros.

Desse modo, a franquia pressupõe duas sociedades empresárias independentes, que conservem cada uma sua individualidade jurídica, assumindo cada uma todo o risco de seus respectivos empreendimentos. Ambas se responsabilizam por todas suas despesas de pessoal e de manutenção do próprio estabelecimento, observadas as obrigações contratuais e de padronização à rede de franquias.

Antes da edição da Lei nº 8.955/1994, não existia legislação específica que tipificasse o sistema de franquia. Portanto, a Lei nº 8.955/1994 garante ao franqueado todas as informações essenciais do negócio, em momento pré-contratual, através do documento denominado Circular de Oferta de Franquia (COF) enviada pelo franqueador ao franqueado. Conforme dispõe Maria Helena Diniz[347], a COF deve ser entregue ao candidato a franqueado no mínimo dez dias antes da assinatura do contrato de franquia, e, antes do pagamento de qualquer taxa pelo franqueado, sob pena de anulabilidade do Contrato, e eventual devolução de todas as quantias pagas, mais indenizações cabíveis, perdas e danos, segundo o art. 4º da Lei nº 8.955/1994.

---

[346] MARIANI, Irineu. *Op. Cit.,* 2007. p. 365.

[347] DINIZ, Maria Helena. *Op. Cit. p.* 57.

A COF deve conter de forma clara e acessível, todas as informações sobre o negócio, dados do franqueador, inclusive contábeis, informes sobre a rede de franquias, indicação dos demais franqueados e franqueados antigos e condições que serão estipuladas pelo franqueador para a operação, como local do estabelecimento, área geográfica para comercialização, clientela, valor de todas as taxas, entre outras, além de uma cópia do modelo do contrato de franquia a ser assinado pelo potencial franqueado, na forma do art. 3º da Lei de Franquia[348].

Cumpre ressaltar que o Projeto de Lei nº 4.319/2008[349], visou a alterar a Lei nº 8.955/1994 para acrescentar um parágrafo único ao artigo 2º, desta forma prevendo a obrigatoriedade de, no mínimo, doze meses de existência e funcionamento da sociedade franqueadora para iniciar o sistema de franquia. Segundo a justificativa da proposta, esse prazo é o mínimo para que uma sociedade empresária se estabeleça e demonstre ao público e ao mercado em geral que possui excelência comercial e administrativa suficientes para estabelecer um sistema de franquia. Porém em abril de 2019, o referido projeto foi arquivado[350].

Em relação à franquia, a proteção de dados estabelece novas questões e proteções. Tanto o franqueado como o franqueador possuem uma posição muito peculiar na transferência de informações. Os franqueados e franqueadores compartilham muitas informações, pelos dois lados. A franquia pressupõe, desde a fase pré-contratual um grande compartilhamento de informações comerciais, pessoais, transferência de tecnologia, de marca, de gestão de negócios entre outros.

Como nos outros contratos estudados, existe um compartilhamento, coleta e tratamento de dados pelas duas partes, relacionados à identidade das partes, seus sócios, caso sejam pessoas jurídicas, sócios, informações creditícias, entre outros, que são protegidas nos moldes na LGPD.

Há que se destacar que a COF é um documento obrigatório, apresentado pelo franqueador ao franqueado, em que se descreve diversas informações, com intuito de o franqueado ter conhecimento do negócio, antes de efetivamente celebrar o contrato. Algumas

---

348 BRASIL. **Lei nº 8.955 de 15 de dezembro de 1994**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8955.htm. Acesso em 27 de março de 2019.

349 BRASIL. **Projeto de Lei da Camara dos Deputados nº 4.319-B, de 2008**. Disponível em https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=BD311166E9B7634076FA4564EC43B8BD.node2?codteor=680310&filename=Avulso+-PL+4319/2008. Acesso em 26 de maio de 2019.

350 *Ibidem.*

das informações disponibilizadas na COF são públicas, como a forma societária, uma vez que as certidões podem ser obtidas nos respectivos registros e nas consultas da Secretaria da Receita Federal e os balanços publicados nos jornais de grande circulação.

Contudo, diversos dados disponibilizados ao potencial franqueado são sigilosos e sua eventual divulgação poderia trazer prejuízos para a franquia, como por exemplo dados dos fornecedores autorizados, sistemas, margens da franquia, situação perante o Instituto Nacional da Propriedade Industrial. Destaque-se que eventual divulgação ilícita de informações nesse aspecto com o intuito de prejudicar um concorrente para angariar sua clientela, estariam amparados pela Lei nº 9.279, de 14 maio de 1996, na forma do art. 195, que trata dos crimes de concorrência desleal.

No entanto, caso se esteja diante de dados de pessoas naturais, entende-se que também haveria tal proteção nos termos da LGPD, especialmente porque não existe uma limitação temporal na Lei, o tratamento pode ser pré-contratual, contratual ou pós-contratual. Igualmente ocorre com os dados da COF sobre os sócios do franqueador, antigos franqueados, subfranqueados a que o potencial franqueador tenha acesso. Caso sejam informações de pessoas naturais, serão regidos pela LGPD.

Da mesma maneira, o franqueador terá acesso a diversos dados pessoais do franqueado, especialmente se este for um empresário individual, esta proteção será regida pela LGPD, assim como os dados dos eventuais sócios, e de todas as pessoas às quais o franqueador tenha tido acesso, por exemplo empregados, administradores e agentes.

Diante da análise exposta acima, pode-se concluir que os contratos empresariais são aqueles celebrados entre agentes econômicos, mediante remuneração e possuem grande relevância econômica, uma vez que a empresa enquanto atividade organizada é desenvolvida por meio de relações jurídicas comerciais com clientes, fornecedores, instituições financeiras, entre outras operações. Essa conclusão foi demonstrada pela análise econômica do direito, que dentre outras matérias, examinou o contrato sob esta ótica, chegando à conclusão sobre sua importância para os agentes econômicos.

Todos os contratos estão sujeitos à regulação disposta na Lei nº 13.709/2018, sempre que houver tratamento de dados de pessoas naturais em razão da transação. Logo, sempre que houver a coleta de dados de pessoas naturais naqueles contratos haverá uma inerente proteção.

De fato, a forma de contratação empresarial tem sofrido alterações nos últimos anos, sobretudo em razão da *internet* e do comércio eletrônico. Nesse sentido, o próximo capítulo

tratará sobre as novas formas de contratação, utilizando meios tecnológicos como a *blockchain e smart contracts* e a relação entre elas e a proteção de dados.

3. OS CONTRATOS EMPRESARIAIS DIANTE DAS NOVAS TECNOLOGIAS E PROTEÇÃO DE DADOS

Como visto no capítulo anterior, a regulação da proteção de dados é uma nova realidade no ordenamento jurídico brasileiro, que deverá ser observada pelos agentes econômicos com a utilização das redes de compartilhamento, bem como na coleta de tais dados, armazenamento ou sua divulgação, sejam estes materiais ou digitais.

O tratamento de dados pelos agentes econômicos ocorre sobretudo nas transações comerciais eletrônicas, que serão analisadas neste capítulo. Assim, especialmente com o uso das redes virtuais pelos agentes para fins comerciais, sobretudo da *internet,* muitas informações são geradas e devem ser objeto de técnicas específicas de segurança, como assinatura digital e criptografia, que validam as operações e identificam os destinátários, atendendo à LGPD.

Atualmente, a prática de processamento de dados é realizada mundialmente, em um fenômeno denominado “grandes dados” em tradução livre, ou *Big Data*, que será a nomenclatura adotada deste ponto em diante. A utilização desses dados pelos agentes econômicos gera grandes vantagens para sua ampliação no mercado, porém importa uma preocupação com a proteção de dados das pessoas, do modo que devem ser compatibilizados.

Ocorre que a proteção de dados não é efetivamente realizada pelos agentes econômicos de maneira satisfatória, em razão da baixa estatística acerca da segurança em tecnologia de informação e comunicação (TIC). Essas mudanças devem ser consideradas para a efetiva implementação de novas políticas de proteção de dados pelos agentes econômicos, conforme será demonstrado nos próximos itens.

3.1. Redes de compartilhamento, *internet* e comércio eletrônico interempresarial

Entende-se que, com a globalização, ocorreu uma difusão do comércio, especialmente dos agentes econômicos, que expandiram suas transações mundialmente. Eles foram impactados atuando em territórios além de seus estabelecimentos, mediante diversas transações sem quaisquer restrições fronteiriças.

Os meios que possibilitaram a ampliação empresarial sem a demarcação de fronteiras e integração do comércio foram as redes virtuais de compartilhamento, notadamente a *internet* (rede mundial de computadores). "A revolução tecnológica da década de 1970 promoveu o aparecimento da *internet*, inicialmente como instrumento direcionado somente a pesquisas militares e acadêmicas, para depois de 1990, expandir-se e conquistar a sociedade toda[351]".

A *internet* representa uma infraestrutura de informação e comunicação, originalmente desenvolvida por docentes e discentes do *Massachussets Institute of Technology (MIT),* em meados de 1960. O objetivo do projeto era criar um sistema integrado de computadores inicialmente para utilização por militares, com a finalidade de comunicação e armazenamento de dados.

Gradativamente, a *internet* passou a ser utilizada para fins de consumo e empresariais, sendo atualmente considerada como agrupamento de pessoas em uma rede de comunicação de computadores. É acessada por pessoas de todo mundo, sem a existência de um órgão fiscalizador unificado que atue na gestão, administração e controle do ambiente virtual.

A *internet* foi conceituada por Caitlin Mulholland como "o nome genérico que designa o conjunto de redes, os meios de transmissão e comutação, roteadores, equipamentos e protocolos necessários à comunicação entre computadores, bem como o software e os dados contidos nesses computadores[352]".

No Brasil, a primeira lei que efetivamente regulou a utilização e fornecimento de serviços para a *internet* foi a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, denominada "Lei do Marco Civil da Internet", que dispõe sobre os princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da *internet* no Brasil. Como visto no primeiro capítulo, o art. 5º dessa lei[353] conceituou a

---

[351] MORAES. Maria Celina Bodin de. Prefácio. In: MULHOLLAND. **Internet e contratação**. Panorama das relações contratuais e de consumo. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 5.

[352] MULHOLLAND, Caitlin. **Internet e contratação**. Panorama das relações contratuais e de consumo. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p 68.

[353] 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: 01 de abril de 2019.

internet no inciso I, descrevendo que se trata do "sistema constituído do conjunto de protocolos lógicos, estruturado em escala mundial para uso público e irrestrito, com a finalidade de possibilitar a comunicação de dados entre terminais por meio de diferentes redes".

A utilização da rede mundial de computadores tem se expandido muito nos últimos anos, especialmente para a área empresarial. Nesse sentido, o gráfico abaixo representa o avanço exponencial da utilização da *internet* banda larga[354] pelos empresários na União Europeia, publicado pela OCDE.

A tabela a seguir retrata um aumento de aproximadamente 40% (quarenta por cento) na utilização de banda larga por empresários da Áustria e Alemanha entre os anos de 2005 e 2010, clarificando que eles têm ampliado mundialmente a aplicação da *internet* nos últimos anos.

Tabela 1 – Utilização da *internet* banda larga de 2005 a 2010 na União Europeia

Localização	**2005**	**2006**	**2007**	**2008**	**2009**	**2010**
Áustria	61,47	69,81	73,36	76,94	76,01	82,06
França					91,68	93,31
Alemanha	61,24	72,51	78,32	83,46	87,90	89,34
Itália					82,92	84,12
Holanda					86,38	90,93
Espanha					93,04	95,44
Suécia					88,30	91,41
Reino Unido					84,94	88,03

[354] Banda Larga significa um serviço de acesso à *internet*, em alta velocidade, que pode ser feito por meio de rede das prestadoras de serviços de telefonia fixa, rede de cabo das prestadoras de TV por assinatura, outros provedores de acesso à rede, por meio de linhas dedicadas de alta velocidade (cabos metálicos ou fibra ótica) ou, ainda, por radiofrequências (WiFi, WiMax ou via satélite). O valor a ser pago, geralmente, é fixo.

Fonte: OCDE, 2019[355].

Em 2010, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) publicou uma pesquisa realizada com objetivo de verificar a utilização das novas Tecnologias de Informação e Comunicação (TIC) pelos empresários brasileiros, com uma ou mais pessoas empregadas. Tal pesquisa abrangeu 2,8 milhões (dois milhões e oitocentos mil) empresários, bem como identificou uma ampliação do uso da *internet* por estes, inclusive para compras e vendas:

> O uso das novas TIC ainda não alcançou a totalidade das empresas brasileiras. Entre as pesquisadas, 2,2 milhões (80,8%) utilizaram computador, 2,1 milhões (76,9%) fizeram uso da Internet e 2,3 milhões (83,3%), de telefone celular para finalidades de trabalho. **Observou-se, como esperado, que as proporções de empresas que usaram computadores e Internet são elevadas e crescentes, à medida que aumenta o porte das empresas.** Esta é uma informação de grande relevância para a definição de políticas de incentivo à inclusão digital naquelas de menor porte, com vistas a possibilitar que a totalidade do segmento empresarial brasileiro se modernize e, consequentemente, se torne mais competitivo[356].
>
> [Grifo do autor]

Através da pesquisa, foi constatado pelo IBGE que já ocorreu grande expansão do uso da *internet* pelos empresários, com viés crescente. Dessa maneira, a tabela 2 a seguir corresponde à utilização da *internet* pelos empresários brasileiros em 2010. Conforme pode ser aferido dos números, quanto maior a quantidade de empregados, maior o percentual de utilização da *internet*. Ou, ainda, quanto maior a empresa, maior sua conectividade por meio de computadores, em todos os setores, alcançando o percentual de 100% (cem por cento) de utilização da *internet*, quando o empresário emprega mais de 500 (quinhentas) pessoas.

Tabela 2 – Empresários no Brasil que usaram *internet* em 2010

Atividades incluídas no âmbito da pesquisa	Proporção de empresas com uma ou mais pessoas ocupadas que usaram a *internet* (%)

[355] OCDE. **Fixed broadband subscriptions**. Disponível em https://data.oecd.org/broadband/fixed-broadband-subscriptions.htm. Acesso em 24 de abril de 2019.

[356] BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Pesquisa sobre uso das tecnologias de informação e comunicação nas empresas**. 2010. Disponível em https://downloads.ibge.gov.br/downloads_estatisticas.htm. Acesso em 01 de abril de 2019.

	Total	Faixas de pessoal ocupado				
		01 a 09	10 a 19	20 a 49	50 a 499	500 ou mais
Total	76,9	73,7	91,5	95,7	98,7	100,0
Indústrias	80,1	71,1	91,1	96,2	98,1	100,0
Comércio: reparação de veículos automotores e motocicletas	74,2	71,5	94,0	97,0	99,6	100,0
Informação e comunicação	86,4	84,8	98,5	99,5	100,0	100,0
Outros serviços	79,5	77,6	86,8	93,0	98,7	100,0

Fonte: BRASIL, IBGE. 2010.

Notas: 1. A proporção de empresário que usaram a *intenet* é calculada dividindo-se o número de empresários que usaram a *internet* pelo número de empresas total do âmbito.

2. Foram considerados os empresários que usaram *internet* apenas dentro ou dentro e fora do estabelecimento.

Em relação à compra e venda de produtos e serviços ma tabela 3, o IBGE apurou que 27% (vinte e sete por cento) do número total de empresários realizou vendas pela *internet,* contemplando o sítio virtual e vendas por correio eletrônico, enquanto 43,8% (quarenta e três, vírgula oito por cento) dos empresários entrevistados realizaram compras pela *internet,* conforme a tabela 4. As compras e vendas pela *internet* representam as transações comerciais em ambiente virtual realizadas pelos agentes econômicos, ou seja, todas as categorias contratuais executadas por aqueles, contemplando contratos de consumo, cíveis ou empresariais.

Tabela 3 – Empresários no Brasil que realizaram vendas pela *internet* em 2010

Atividades incluídas no âmbito da pesquisa e faixas de pessoal ocupado	Proporção de empresas com uma ou mais pessoas ocupadas que que efetuaram vendas de mercadorias ou serviços (%)			
	Total	Via utilizada		
		Web	*E-mail*	*Web e e-mail*

Total	27,0	8,3	24,5	5,8
Indústrias	31,0	8,6	29,2	6,7
Comércio: reparação de veículos automotores e motocicletas	26,0	5,6	24,3	3,9
Informação e comunicação	31,3	15,5	26,0	10,3
Outros serviços	26,6	12,4	22,5	8,3

Fonte: BRASIL, IBGE. 2010.

Notas: 1. A proporção de empresários que usaram a *intenet* é calculada dividindo-se o número de empresários que usaram a *internet* pelo número total de empresários.

2. Foram considerados os empresários que usaram *internet* apenas dentro ou dentro e fora do estabelecimento.

Tabela 4 - Empresários no Brasil que realizaram compras pela *internet* em 2010

Atividades incluídas no âmbito da pesquisa e faixas de pessoal ocupado	Proporção de empresas com uma ou mais pessoas ocupadas que que efetuaram compras de mercadorias ou serviços (%)			
	Total	Via utilizada		
		Web	*E-mail*	*Web e e-mail*
Total	43,8	28,3	31,4	15,9
Indústrias	51,9	28,0	43,6	19,7
Comércio: reparação de veículos automotores e motocicletas	40,6	23,4	30,6	13,4
Informação e comunicação	57,8	51,1	32,0	25,3
Outros serviços	44,3	34,9	26,9	17,5

Fonte: BRASIL, IBGE. 2010.

Notas: 1. A proporção de empresários que usaram a *intenet* é calculada dividindo-se o número de empresários que usaram a *internet* pelo número total de empresários.

2. Foram considerados os empresários que usaram *internet* apenas dentro ou dentro e fora do estabelecimento.

Deste modo, pela análise dos gráficos e pesquisas realizadas pela OCDE e pelo IBGE, constatou-se a ampliação do uso da *internet* na atividade empresária, inclusive com o fito de realizar transações de cunho econômico.

Essa expansão da empresa implica transações por meio da *internet*, aumentando a atuação territorial, podendo se consubstanciar em contratos formais e cartulares ou eletrônicos, quando a efetiva celebração ocorrerá por meio de caracteres de computador. Além disso, com o tratamento de dados por esses agentes, há a necessidade de segurança na rede.

3.1.1. Comércio eletrônico interempresarial (*b2b*) e tratamento de dados

Como visto, a utilização da *internet* pelos empresários se expandiu agressivamente nos últimos anos, no Brasil e globalmente. Grande parte das transações comerciais é realizada por meio da rede mundial de computadores, com a efetivação dos negócios jurídicos.

Tal realidade avançou em relação aos contratos empresariais celebrados por agentes econômicos que travam relações de diversas espécies por meio digital ou eletrônico. Não apenas os contratos formais possuem uma forma eletrônica ou virtual, mas a fase pré-contratual, com negociação, elaboração de propostas, conhecimento dos fornecedores ou clientes em si poderá realizada por meio eletrônico.

A *internet* hoje é considerada uma ferramenta inerente à atividade empresarial, é uma necessidade do agente econômico para a expansão de sua atuação, que poderá ser realizada por meio do comércio eletrônico. O comércio eletrônico não é uma escolha, mas algo fundamental para o empresário por meio do qual irá efetivar a ampliação de suas vendas e compras.

Maria Eugênia Finkelstein conceitua que o comércio eletrônico "nada mais é do que uma modalidade de compra a distância, na qual são recebidas e transmitidas informações por meio eletrônico[357]". Essa modalidade comercial permite que os empresários desenvolvam a eficiência e confiança dos seus processos com a automatização das transações.

O comércio eletrônico considera todas as transações realizadas em ambiente virtual, utilizando instrumentos tecnológicos e de comunicação, tendo como principal finalidade o atendimento das partes contratantes. O conceito voltado para os negócios realizados por meio da *internet* não deve prosperar[358], uma vez que não necessariamente o comércio eletrônico ocorrerá por meio desta, podendo se dar por outras redes interligadas[359], via telefone, fax etc.

Não indubitavelmente a *internet* será utilizada para o comércio eletrônico, pois o tipo *B2B* poderá acontecer por redes privadas que deem acesso aos agentes econômicos, a fim de manter relacionamento efetivo entre parceiros de negócios.

A OCDE conceituou comércio eletrônico, em tradução livre, como as "transações eletrônicas de venda, compra de bens ou serviços, seja entre empresários, indivíduos ou organizações, conduzidas por redes mediadas por computador. Os bens e serviços são ordenados através dessas redes, mas o pagamento e a entrega final do bem ou serviço podem ser realizados on-line ou off-line[360]". De igual forma, Vinicius Klein[361] pontua que "as relações contratuais eletrônicas são encetadas em um lócus específico que é intitulado espaço virtual ou cibernético, ou mesmo na *internet*".

Esse tipo de comércio tem a vantagem de trazer ferramentas tecnológicas para realizar negócios eletrônicos com maior eficiência, celeridade e menor custo. O comércio eletrônico interempresarial (*B2B*) envolve o mercado comercial eletrônico e as ligações

---

[357] FINKELSTEIN, Maria Eugênia Reis., *Op. Cit.*, 2011. p. 38.

[358] PINHEIRO, Patricia Peck. **Direito Digital**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 56. Conforme diz a autora "[...] Nesse sentido, é até pouco apropriado definir o comércio por operação via Internet como Comércio Eletrônico, que é uma terminologia mais abrangente — inclui meios eletrônicos como um todo, como fax, machine-machine etc. Mas, para fins didáticos, vamos utilizar o termo Comércio Eletrônico para definir as operações comerciais via *internet."*

[359] Uma rede de computadores é a conexão de dois ou mais computadores para permitir o compartilhamento de recursos e troca de informações. A *internet* é a rede mundial de computadores, que interliga milhões de dispositivos computacionais.

[360] OCDE. **Methodological manual for statistics on the information society**. Disponível em https://ec.europa.eu/eurostat/documents/3859598/5896837/KS-BG-06-004-EN.PDF/9cf80df6-415c-447b-b107-be97aa339a73?version=1.0. Acesso em 24 de abril de 2019.

[361] KLEIN, Vinicius. As contratações eletrônicas interempresariais e o princípio da boa-fé objetiva: o caso do EDI. In: MARTINS, Guilherme Magalhães. **Direito Privado e Internet**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 387.

diretas entre agentes econômicos no ambiente virtual. É o nome dado ao comércio associado às operações de compra, venda ou troca de informações, produtos e/ou serviços através da *internet*, da utilização de redes privadas partilhadas entre dois agentes ou outras plataformas virtuais, em substituição às contratações físicas comerciais, como explicitam Simon Shim *et al.*:

> O e-commerce *B2B* automatiza e agiliza o processo de compra e venda desses produtos intermediários. Ele fornece atualização mais confiável de dados corporativos. Para transações de compras, compradores e vendedores podem se reunir em um mercado eletrônico e trocar informações. Além disso, *B2B* disponibiliza informações sobre produtos globalmente e atualiza-as em tempo real. Assim, as organizações de aquisição podem aproveitar grandes quantidades de informações sobre produtos[362].
> [Tradução livre].

Neste cenário surge a modalidade do intercâmbio eletrônico de dados ou, na nomenclatura original, "*Eletronic Data Interchange* (EDI)", existente desde 1970. Pode ser conceituada como um intercâmbio de documentos entre agentes econômicos via sistema informático.

Os agentes utilizam o EDI para automatizar o comércio eletrônico interempresarial mas, além desse meio, os agentes podem transacionar pela *internet*, especialmente pelo acesso aos *marketplaces*, como explica J. Barrett Willingham:

> Embora não exista uma definição aceita internacionalmente, o comércio eletrônico geralmente engloba a produção, distribuição, comercialização, venda ou entrega de bens e serviços por meios eletrônicos. Os dois modos mais conhecidos de comércio eletrônico são: (1) *Electronic Data Interchange (EDI),* através de sistemas de computador fechados; e (2) negócios na Internet através de mais de uma rede de computadores aberta. O EDI tem sido utilizado desde a década de 1970, mas devido ao seu custo proibitivo, continuou sendo uma ferramenta de corporações multinacionais[363].
> [Tradução livre].

---

[362] SHIM, Simon S.Y. *et al*. Business- to Business E-commerce Frameworks. In: **IEEE Computer**, v.33, n. 10, p.40-47, 2000.

[363] WILLINGHAM, J. Barrett. Electronic Commerce and the Free Trade Area of the Americas. In: NAFTA**: Law and Business Review of the Americas**, n. 483, 2000. Disponível em https://scholar.smu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1804&context=lbra. Acesso em 24 de abril de 2019, p. 30.

O sistema EDI é muito utilizado no âmbito do comércio eletrônico empresarial, uma vez que os vendedores podem enviar automaticamente informações para os compradores, incluindo quantidade, qualidade, preço, prazos. Estes últimos podem aferir suas necessidades de estoque e produção e transmiti-las imediatamente para os fornecedores.

Importa notar que essa forma de contratação gera ruídos na comunicação, uma vez que há pouca ou nenhuma interação humana na relação jurídica. Uma vez realizado o registro, a proposta e a efetiva contratação, diversos pedidos de compras ou ordens de serviço poderão ser emitidos e celebrados pelas partes. Além disso, os contratos apresentam pouca flexibilidade, pois são conjecturados como de adesão, normalmente com modelos padronizados do comprador, conforme demonstra Vinicius Klein:

> Esse tipo específico de contratação eletrônica exacerba uma característica do ambiente virtual: a restrição da comunicação e a possibilidade de maior imposição dos padrões contratuais por uma das partes, em geral a parte mais forte. A restrição da comunicação dá-se pela necessidade de comunicação por meio de padrões de linguagem e interação predeterminados. Ainda, como a escolha de programação do sistema é feita uma única vez, pode gerar diversos contratos[364].

A título exemplificativo, diversas sociedades empresárias de grande porte atualmente adotam portais virtuais de fornecedores[365], em que estes realizam um cadastro prévio, aceitam determinados termos e condições gerais de contratação, inclusive políticas internas da sociedade e podem enviar propostas comerciais para venda de produtos ou prestação de serviços. Tais propostas serão analisadas através de cotações ou concorrências em âmbito privado. Após a aprovação, serão emitidos os pedidos de compra ou prestação de serviços.

Ocorre que o EDI é um sistema de difícil implementação porque representa um custo alto para os agentes econômicos que devem adquirir os programas de computador para conectá-los aos fornecedores, iniciativa comum para grandes corporações, mas com menor expressividade para pequenos e médios empresários. Além disso, pressupõe que os

[364] KLEIN, Vinicius. *Op. Cit*. 2014. p. 394.

[365] Em rápida consulta a um sítio de pesquisas na rede mundial de computadores por meio da expressão "portal do fornecedor", foram localizadas dezenas de ferramentas de fornecedores como descritos na tese. Por exemplo, o sítio da corporação varejista "Censosud S.A." disponibiliza um portal de fornecedor neste formato, no endereço https://portalfornecedor.cencosud.com.br/. Outrossim, em relação à corporação de entretenimento, Grupo Globo Comunicação e Participações S.A., também existe o portal de fornecedores, nos mesmos moldes, disponível em https://portaldofornecedor.tvglobo.com.br/default.aspx. Acesso em 01 de abril de 2019.

fornecedores já concordaram com a utilização desses sistemas para compras e vendas, fornecimento de bens e serviços como destacam Simon Shim *et al.:*

> O EDI beneficia grandes empresas, reduzindo bastante o tempo e o custo do processamento manual de dados. No entanto, o EDI é complexo e difícil de implementar. Para pequenas e médias empresas, a infraestrutura de rede e o *software* necessários para implementação do EDI são proibitivamente caros. Além disso, os padrões de EDI em diferentes países variam, tornando as transações internacionais complexas, mesmo que estejam usando o mesmo padrão - tenham suas próprias implementações[366].
> [Tradução livre]

O outro método de realização de contratações eletrônicas (comércio eletrônico aberto), utiliza a própria rede mundial de computadores para circulação de bens e serviços. À vista disso, é uma tendência moderna e que poderá ser mais amplamente adotada pelo custo baixo. Todos os indivíduos podem criar um sítio em ambiente virtual para compra, venda de bens e serviços. Portanto, independe de acordos prévios entre fornecedores e compradores para que se deem as transações.

A relação pré-contratual, para muitos agentes econômicos, poderá se iniciar virtualmente, desde a busca por produtos, serviços e parcerias, podendo se consolidar efetivamente em uma fase contratual por meio digital ou eletrônico, com a assinatura da documentação com fornecedores ou clientes, agentes, representantes ou franqueados, instituições financeiras, entre outros.

Neste sentido, o Decreto nº 7.962, de 15 de março de 2013, regulamentou o CDC para dispor sobre contratação no meio eletrônico e determinou que a contratação no comércio eletrônico abrange: (i) informações claras sobre produto, serviço e fornecedor; (ii) atendimento facilitado ao consumidor; e (iii) respeito ao direito de arrependimento (art. 1º)[367].

Além disso, o referido Decreto estabeleceu nos artigos seguintes diversas regras para o comércio eletrônico de bens e serviços, como a publicação do nome empresarial do fornecedor, endereço físico, características essenciais do objeto da contratação, preço e despesas adicionais, enfim, todas as informações claras sobre aquela comercialização.

---

[366] SHIM, Simon S.Y. *et al*., *Op. Cit.* 2000. p.40-47.

[367] BRASIL. **Decreto nº 7.962, de 15 de março de 2013.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Decreto/D7962.htm. Acesso em 20 de abril de 2019.

Ocorre que o Decreto nº 7.362/2013 não se aplica às relações empresariais *B2B*, pois não se configuram como relações entre consumidores e fornecedores. Consequentemente, ainda não existe uma legislação específica que regulamente o comércio eletrônico *B2B*. No entanto, a LGPD será praticável no tocante à proteção de dados das pessoas naturais quando ocorrer tratamento de dados, e a Lei do Marco Civil da Internet, quanto à utilização desta e responsabilização dos provedores.

Acerca da regulamentação dos contratos empresariais celebrados em ambiente virtual, deve-se notar que segue a mesma lógica dos contratos originais. Isto é, caso se verifique a relação de consumo, será aplicável o CDC. Porém, em caso de relação entre agentes econômicos sem qualquer destinação final ou hipossuficiência, serão cabíveis as normas empresariais, como denotou Newton de Lucca:

> Distinguem-se recorrentemente os contratos celebrados entre empresários – aos quais em princípio, em vez da legislação consumerista, aplicar-se-iam as normas do nosso direito mercantil – daqueles firmados entre *fornecedores e consumidores*, aos quais, em virtude da existência das relações de consumo, seriam impostas as normas e princípios próprios do direito do consumidor.
>
> A questão da caracterização da relação de consumo, no âmbito da *internet* põe-se exatamente da mesma forma. Aplicar-se-á total ou parcialmente o CDC às relações jurídicas, dependendo de serem ou não os sujeitos atuantes dessas relações fornecedores e consumidores. Identificados como tais, razão nenhuma existe para que a plena aplicação da legislação tutelar não lhes seja aplicada[368].

Através do comércio eletrônico, poderão ser celebrados contratos eletrônicos, isto é, negócios jurídicos realizados no ambiente virtual, não obstante o comércio em si compreenda uma série de fatores que antecedem e sucedem o negócio jurídico.

3.1.2. Contratos eletrônicos empresariais

Os contratos eletrônicos implicam a utilização de instrumentos eletrônicos criados por caracteres de computador. Pode-se falar em compra e venda de produtos, prestação de serviços, locação de imóveis para fins residenciais ou não residenciais, contratação de serviços de viagens, aquisição de licenças de programas de computador, serviços de

[368] LUCCA, Newton de. **Aspectos jurídicos da contratação informática e telemática**. São Paulo: Saraiva, 2003. p.109.

transporte, viagens, enfim, contratos de diversas naturezas celebrados por meio da *internet*. Desse modo, Arnaldo Rizzardo elucidou que convencionou-se "denominar esta forma de exteriorização dos atos de vontade pelo nome contratos eletrônicos. São verdadeiros contratos, pois neles se encontram a oferta e aceitação na aquisição de bens e na prestação de serviços e de informações[369]".

Semy Glanz conceituou essa espécie como "aquele celebrado por meio de programas de computador ou aparelhos com tais programas. A segurança de tais contratos vem sendo desenvolvida por processos de codificação secreta, chamados de criptologia ou encriptação[370]".

Os contratos eletrônicos são gerados por caracteres de computador e a negociação é realizada pela *internet* ou outras redes que interligam computadores ou similares, tornando-se facultativa a presença física das partes. Os contratos podem ser impressos e assinados presencialmente, quando perdem sua característica de eletrônica, ou podem ser assinados eletrônica ou digitalmente pelos representantes legais das sociedades envolvidas. Nesse sentido, os contratos eletrônicos demandam novas situações jurídicas relacionadas às obrigações contratuais, conforme dispõe Anderson Schreiber:

> Por um lado, o que se tem chamado de "contratos eletrônicos" nada mais são que contratos formados por meios eletrônicos de comunicação à distância, especialmente a *internet*, de tal modo que o mais correto talvez fosse se referir a contratação eletrônica ou contratação via *internet*, sem sugerir o surgimento de um novo gênero contratual. Por outro lado, parece hoje evidente que os desafios da matéria não se restringem à validade da prova da contratação por meio eletrônico – que, de resto, consiste em ponto superado no direito brasileiro –, mas envolvem diversos aspectos da teoria geral dos contratos que vêm sendo colocados em xeque por essa significativa transformação no modo de celebração dos contratos e no próprio desenvolvimento da relação jurídica entre os contratantes[371].

Os contratos eletrônicos diferenciam-se dos contratos tradicionais em relação à forma, isto é, ao meio ou instrumento utilizado para manifestação da vontade. Neste sentido, é possível entender os contratos eletrônicos como os acordos entre duas ou mais pessoas, com

---

[369] RIZZARDO, Arnaldo. *Op. Cit.*, 2018. p. 107.

[370] GLANZ, Semy. Internet e Contrato Eletrônico. **Revista da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro,** v.1, n.3, 1998. pp. 94-101.

[371] SCHREIBER, Anderson. Contratos eletrônicos e consumo. **Revista Brasileira de Direito Civil**, v. 1, jul/set 2014. p. 90.

objetivo de constituir, modificar ou extinguir vínculos jurídicos, sendo que as declarações de vontade são realizadas por meio de computadores interligados[372], conforme a leitura de Arnaldo Rizzardo:

> Considerando que a principal diferença entre contrato eletrônico e contrato tradicionalmente conhecido está na forma ou instrumento utilizado para o negócio – por meio de computadores –, para que tenha validade e surta efeito jurídico o contrato eletrônico necessita conter todos os requisitos exigidos nos demais contratos, como capacidade e legitimidade das partes, objeto lícito e consentimento das contratantes. No que diz respeito à forma, aqueles contratos que exigem a especial, não podem ser celebrados por meio da *internet*[373].

Note-se que a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015[374] (Código de Processo Civil), estabelece no art. 439 que a "utilização de documentos eletrônicos no processo convencional dependerá de sua conversão à forma impressa e da verificação de sua autenticidade na forma da lei". Da mesma forma, o art. 369 desse diploma determina que "as partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como moralmente legítimos, ainda que não especificados nesse Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz". Deste modo, esta seria a justificativa para utilização dos contratos eletrônicos como prova judicial para fundamentação do pedido ou defesas.

O art. 225 do Código Civil determina que os documentos, quaisquer reproduções mecânicas ou eletrônicas de fatos ou de coisas fazem prova plena destes, se a parte contra quem forem exibidos não lhe impugnar a exatidão.

Como visto no primeiro capítulo, o uso da *internet* no Brasil tem como fundamento o respeito à abertura e à colaboração, bem como às livres iniciativa e concorrência e à defesa do consumidor, trazendo maior segurança jurídica às operações realizadas na rede (art. 2º, incisos IV e V da Lei nº 12.965/14).

Todos os aplicativos e ferramentas que conectem indivíduos para troca de informações, inclusive compra e venda de produtos e prestação de serviços, são considerados aplicações de *internet* e precisam seguir a disciplina da Lei do Marco Civil da *internet*,

---

[372] BARBAGALO, Erica Brandini. **Contratos eletrônicos.** São Paulo: Saraiva, 2001. p. 37.

[373] RIZZARDO, Arnaldo. *Op. Cit.*, 2018. p. 107.

[374] BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 14 de maio de 2018.

devendo atender à proteção de dados pessoais, conteúdo de comunicações privadas, preservação da intimidade, da vida privada, honra e imagem das partes envolvidas.

O provedor é responsável pela guarda das informações pessoais dos usuários, e somente poderá disponibilizar seus registros e comunicações privadas mediante ordem judicial. Neste sentido, as negociações por meio da *internet* geram contratos celebrados entre as partes, sejam dos tipos cíveis, de consumo, quando realizados entre consumidores e fornecedores, além dos contratos empresariais.

Pelos motivos expostos, cumpre notar que os contratos eletrônicos são documentos válidos, desde que a assinatura digital seja autenticada por autoridade certificada pela Infraestrtura de Chaves Públicas Brasileira (ICP-Brasil). Tais documentos refletem as novas necessidades dos empresários, de operações mais ágeis e possível ampliação da geolocalização das partes contratantes, o que reduz custos de transação, significando um avanço para o direito empresarial de acordo com a análise econômica do direito, o que será exprimido no próximo capítulo.

Ultrapassada a análise acerca dos contratos empresariais eletrônicos, cumpre identificar dois novos métodos modernos de contratação empresarial, que serão analisados nos próximos itens: *blockchain e smart contracts*. Uma vez que atualmente a contratação pode ocorrer de forma automática e descentralizada, essas investigações são necessárias ao entendimento da utilização de dados nas transações comerciais.

3.1.3. Blockchain e Smart Contracts

Blockchain[375] significa, de uma forma sintetizada, uma cadeia de blocos de transações previamente validadas, que constituem um banco de dados imutáveis para transferências de valores, porém se entende que é possível sua aplicação para qualquer negociação. Essa imutabilidade é resultado da utilização de algoritmos complexos e chaves criptografadas públicas e privadas.

Em termos gerais, a *blockchain* funciona da seguinte forma: um usuário solicita uma transação em uma determinada rede compartilhada ou pela *internet*. Para fins de

[375]COHN, Alan; WEST Travis; PARKER, Chelsea. Smart after all: blockchain, smart contracts, parametric insurance and smart energy grids. In: **Georgetown Law Technology Review**, v. 1, Issue 2, p. 274- 304, 2017.

compreensão, a transação será considerada em sentido amplo, ou seja, qualquer ato realizado. Através dessa transação será criado um bloco contendo todos os dados de tal iniciativa, criptografados em algoritmos, cujo acesso é concedido às pessoas constantes na rede, como explicado por Joseph Bambara e Paul Allen:

> Simplificando, *blockchain* é um banco de dados que engloba uma cadeia física de blocos de comprimento fixo que incluem uma ou várias transações, em que cada transação adicionada a um novo bloco é validada e, em seguida, inserida no bloco. Quando o bloco é concluído, ele é adicionado ao fim da cadeia de blocos existente. [...] Então as o processamento básico do *blockchain* consiste nos seguintes passos [...]: 1. Adicionar novas transações imutáveis e organizá-las em blocos.
> 2.Criptograficamente verificar cada transação no bloco.
> 3. Acrescentar o novo bloco ao final do imutável existente[376].
> [Tradução livre]

Essa transação se difundirá para todos agentes registrados que existem naquela rede, os quais deverão validar o "bloco", isto é, a transação. O bloco validado será adicionado à cadeia (*blockchain*). O conjunto de blocos se constitui em uma cadeia de transações. Com a inclusão daquele bloco validado na cadeia da rede, a transação foi verificada e será executada, mantendo-se imutável.

Nesse aspecto, a tecnologia *blockchain* funciona como um banco de dados ou, ainda, configura-se de forma similar a um livro-razão que contém o registro de todas as transações realizadas, não corrompidas e com grande segurança, por causa da imutabilidade e criptografia, como descrevem Newton de Lucca e Ilene Noronha Najjarian:

> [...] Um banco de dados distribuído e criptografado, funcionando como um livro digital de registros imutáveis, não corrompidos, por iniciativa individual de ninguém. Qualquer tentativa de mutação será plenamente detectável, pois, para alterar um registro de *blockchain*, será necessário alterar todos os registros presentes no bloco, tornando-se quase impossível ocorrer a mutação. Sob tal prisma, a presença de uma autoridade fiscalizadora que exerça a função de intermediação para validação de seus eventos [...] torna-se inteiramente despicienda[377].

---

[376] BAMBARA, Joseph.; ALLEN, Paul. **Blockchain:** a pratical guide to developing business, Law and technology solutions. New York: McGraw-Hill Education, 2018. p. 1.

[377] NAJJARIAN, Ilene de Noronha; LUCCA, Newton de. Criptomoedas: novos meios de pagamento. In: PARENTONI, Leonardo (Coord). GONTIJO, Bruno Miranda; LIMA, Hentique Cunha(Org.). **Direito, Tecnologia e Inovação**. v. 1. Belo Horizonte: Editora D´Placido, 2019. p. 775.

Por outro lado, os contratos inteligentes (tradução para o português do vocábulo *"smart contracts")* podem ser conceituados, de forma simples, como aqueles cuja execução é automática, através da transformação digital de um contrato existente. Conforme Nick Szabo, em tradução livre, contratos inteligentes representam "um conjunto de promessas, especificadas em formato digital, incluindo os protocolos nos quais as partes realizam essas promessas[378]". Igualmente, ponderam Joseph Bambara e Paul Allen[379]:

> O contrato inteligente é um algoritmo computadorizado (mais uma maneira de descrevê-lo), que executa os termos do contrato. No entanto, essa definição não diferencia os contratos inteligentes de algumas construções contratuais já bem conhecidas que implementam desempenho, como máquinas de venda automática. [Tradução livre].

A linguagem dos contratos, inclusive as obrigações ali previstas, é traduzida em algoritmos e protocolos que tornam a sua execução automatizada, através de um sistema lógico que englobará essa execução.

Em outras palavras, um contrato é celebrado entre duas partes que podem permanecer anônimas ou não. Será armazenado em um registro público por meio da *internet* ou outras redes compartilhadas. Alguns eventos nele estabelecidos possuem datas-limite. Essas ações serão executadas por meio dos códigos escritos nas datas especificadas, de forma automática.

Em resumo, as partes buscarão normalmente seus parceiros comerciais. Haverá um emparelhamento entre vendedor e comprador, ou outra relação jurídica, além da efetivação da transação, com recebimento e distribuição de ativos. O contrato é automaticamente registrado, através de uma solução automatizada, normalmente com utilização do sistema *blockchain*, e não há a necessidade de terceiros.

Os contratos tradicionais, inclusive empresariais, eletrônicos ou cartulares, são criados por meio de redação textual e, por vezes, revisados por advogados e outros profissionais da área jurídica. Esses instrumentos contêm linguagens legais que descrevem obrigações e direitos.

---

[378] SZABO, Nick. **Smart Contracts**: Building Blocks for Digital Markets. Alamut. 1996. Disponível em http://www.alamut.com/subj/economics/nick_szabo/smartContracts.html. Acesso em 02 de maio de 2019.

[379] BAMBARA, Joseph.; ALLEN, Paul. *Op. Cit.* 2018. p. 82.

Portanto, os contratos dependem de terceiros para interpretação e aplicação, o que torna o processo de execução demorado e redundante. Além disso, se ocorrerem problemas, as partes do contrato sujeitam-se aos árbitros ou tribunais para remediar a situação.

Os contratos inteligentes contêm todas as obrigações e omissões descritas em códigos em uma plataforma que pode utilizar o sistema *blockchain* e, automaticamente, executa as operações, sem a quebra de expectativa por atrasos ou falta de realização de determinado ato pelas partes, reduzindo os custos de transação e tornando as relações mais confiáveis e seguras.

Nessa perspectiva, podem ser indicadas como vantagens dos contratos inteligentes: (i) a transparência das operações; (ii) a comunicação das partes a todo tempo; (iii) a interface eficiente dos contratos; (iv) a redução de burocracias; (v) arquivamento dos documentos que garantem segurança; (vi) a fidedignidade dos contratos; e (vii) que resultados acordados são garantidos.

Os contratos empresariais poderão ser realizados por meio do sistema da *blockchain* e também na modalidade *smart contracts*, através da utilização de uma plataforma em formato descentralizado que conecte fornecedores e contratantes para realização dos serviços, compra e venda, entre outras atividades.

Por este aspecto, é válido considerar alguns benefícios da *blockchain*, como: (i) contratações mais céleres, considerando o processo de validação pelos usuários; (ii) a alta capacidade da rede para armazenamento de dados; e (iii) maior segurança em razão da imutabilidade dos dados, porque as transações não podem se desfazer quando forem absorvidas pela cadeia, além da validação por meio de criptografia, que possibilita a segurança informacional. Além disso, a tecnologia permite um registro compartilhado e distribuído a todos os usuários, logo, há um aspecto de descentralização, que não depende de um servidor ou de uma autoridade (pública ou privada) sobre o sistema para validação das transações.

Sabe-se que, com a ampla utilização das redes, busca-se a proteção de dados nas transações comerciais, com amplo controle do usuário em relação às suas informações, restrição de compartilhamento e possibilidade de retificação, considerando a autodeterminação informativa e princípio da privacidade.

Como afirmam Don Tapscott e Alex Tapscott, o sistema *blockchain* representa uma superação dessa preocupação, pois não há a exigência de identificação para ingresso do

usuário na rede, e a verificação do acesso é realizada através dos protocolos do sistema. O usuário não precisa apresentar seu nome, telefone, endereço ou outros dados pessoais identificadores, sendo que as partes poderão optar por um grau maior ou menor de anonimato, conferindo ao sistema uma privacidade diferenciada:

> Pelo sistema de *blockchain*, os participantes podem optar por manter um grau de anonimato no sentido de que eles não necessitam incluir quaisquer detalhes sobre suas identidades ou armazená-los em em seu banco central de dados. É impossível descrever como isso é relevante. Não existem armadilhas sobre proteção de dados na *blockchain*. Os protocolos permitem a escolha do nível de privacidade que seja mais confortável para o ambiente da transação. Isso ajuda a melhorar a gestão das identidades e a interação com o mundo[380].
> [Tradução livre].

Por outro lado, entende-se que a utilização desses modelos deve ser compatibilizada com a legislação de proteção de dados, porque tal disciplina hoje contempla alguns princípios que não são compatíveis com a imutabilidade da *blockchain* ou sua completa anonimização.

O conceito de proteção de dados na era da segurança informacional abrange a possibilidade de controle de dados, informações sobre os destinatários e possibilidades de retificação. Esse tipo de ação é incompatível com uma tecnologia que transforme as transações em algoritmos da cadeia, que não poderão ser alterados, ou que mantenha uma base de dados aberta a qualquer indivíduo, ainda que os dados sejam indecifráveis.

Da mesma forma, por ser uma plataforma que não identifica as pessoas e que não possui uma autoridade responsável pelo tratamento de dados, há uma ausência de fiscalização e ações corretivas por parte dos órgãos e entidades competentes pelas políticas públicas.

Entende-se que a utilização da *blockchain* e dos *smart contracts* não é totalmente incompatível com a proteção de dados, pois existe anonimização das transações. Porém também não se trata de soluções para a questão da privacidade em matéria contratual, pois ainda não há uma regulamentação dessas ferramentas, de modo que é possível perceber que a eventual regulamentação deverá considerar os princípios para proteção de dados aplicáveis aos sujeitos de direito, para que não ocorra sua violação.

3.2. A insegurança informacional das contratações empresariais eletrônicas

[380] TAPSCOTT, Don; TAPSCOTT, Alex. **Blockchain revolution**. New York. Penguin. 2016. p. 41.

Como visto no item anterior, em 2010, a pesquisa realizada pelo IBGE identificou que o uso das novas tecnologias ainda não havia alcançado a totalidade dos empresários brasileiros. No entanto, dos 2,8 milhões 2.800.000 (dois milhões e oitocentos mil) de empresários entrevistados, 80% (oitenta por cento) utilizam computadores, e 76,9% (setenta e seis vírgula nove), aproximadamente 2,1 milhões, 2.100.000 (dois milhões e cem mil) acessavam a *internet* para fins de trabalho.

A pesquisa demonstrou que 25,2% (vinte e cinco vígula dois por cento) do total de empresários que usam a *internet* possuem sítios ou portais on-line no âmbito virtual. No entanto, apenas 41% (quarenta e um por cento), isto é, menos de metade dos empresários com sítios, têm um regulamento sobre política de privacidade e segurança, enquanto 72,9% (setenta e dois vírgula nove por cento) possuem acesso a catálogo de serviços ou lista de preços, conforme demonstra a tabela 5 a seguir:

Tabela 5 – Empresários com sítio próprio ou portal de serviços on-line

Atividades incluídas no âmbito da pesquisa	Proporção de empresários com uma ou mais pessoas ocupadas que tinham *homepage* ou *website* ou portal de *internet* (%)								
	Total	Tipos de serviços disponíveis							
		Regulamento sobre política de privacidade e segurança	Acesso a catálogo de produtos/ serviços ou listas de preços	Personalização ou desenho de produtos pelos clientes	Realização de pedidos ou reservas *on-line*	Acompanhamento *on-line* do pedido de compra	Preenchimento de formulário para reclamação ou sugestão	Propaganda de vagas ou recebimento *on-line* de solicitações de trabalho	Outros serviços
Total	25,2	41,0	72,9	7,3	23,8	15,0	72,2	26,2	17,1

Indústrias	32,0	32,9	73,9	8,7	20,6	8,9	68,6	23,0	17,7
Comércio; reparação de veículos automotores e motocicletas	16,8	46,5	75,6	4,0	18,9	15,6	74,2	19,1	16,6
Informação e comunicação	46,2	34,8	73,8	12,4	23,7	13,8	73,3	33,9	20,0
Outros serviços	36,3	40,3	70,0	9,1	29,5	17,0	71,9	32,9	16,9

Fonte: BRASIL. IBGE, 2010.

Também chegou-se a um resultado de que 43,8% (quarenta e três vírgula oito por cento) dos empresários que utilizaram a *internet* realizaram compras por meio de redes e/ou e-mail, e 27% (vinte e sete por cento) realizaram vendas pelos mesmos meios. Verificou-se que esse é um percentual em expansão, porém desde aquele ano não foi publicada outra pesquisa nesses moldes pelo IBGE.

Em relação ao âmbito de aplicação da pesquisa do IBGE, o instituto considerou, para fins de apuração, todos os pedidos de compras e vendas efetuados por meio de computadores, *internet*, redes compartilhadas, sistemas de transferência eletrônica, ainda que o pagamento não fosse realizado de forma eletrônica, conforme descrições abaixo:

> Vendas de mercadorias ou de serviços através da Internet: referem-se aos pedidos de compras de produtos ou serviços recebidos pela Internet independentemente do pagamento ter sido ou não efetuado on-line. Incluem as encomendas recebidas via páginas de Internet, mercados especializados de Internet, Extranets, intercâmbio eletrônico de dados (EDI) na Internet, telefone celular habilitado para Internet e e-mail. Também incluem encomendas para a empresa recebidas em nome de outras empresas e encomendas recebidas por outras empresas em nome de sua empresa.

> [...] Compras de mercadorias ou de serviços através da Internet: referem-se aos pedidos de compra de produtos ou serviços feitos através da Internet independentemente do pagamento ter sido feito on-line. Estas compras incluem os pedidos feitos por meio de sites, mercados especializados de Internet, Extranets, intercâmbio eletrônico de dados (EDI), telefones celulares habilitados para Internet e e-mail. Da mesma forma, a TIC-Empresa levanta de que forma as compras são feitas, se através de e-mail e/ou web[381].

Em todas essas operações on-line existe uma transferência de dados para posterior consulta e atendimentos legais ou regulatórios. Para qualquer efetivação de pedido de compras, no mínimo, um comprador e vendedor trocarão informações sobre sua identidade, dados bancários, crédito, prazos, sendo certo que ainda é possível um monitoramento do perfil de compra ou venda. Desta forma, a LGPD será aplicável.

Como explicitado no capítulo 1, a utilização de recursos on-line, especialmente relacionados às transações por meio da *internet,* gera uma maior necessidade de segurança em tecnologias da informação e comunicação. A política de segurança tem três pilares: a confidencialidade, integridade dos dados e sua disponibilidade ou acesso[382].

A confidencialidade dos dados garante que os dados privados ou informações sigilosas não sejam disponibilizadas a terceiros ou divulgadas a indivíduos não autorizados. Por conseguinte, também garante que os indivíduos possam controlar e autorizar as próprias informações coletadas ou armazenadas, ter o conhecimento da pessoa que as reuniu e guarda, bem como de quem são os destinatários. A perda de segurança relacionada à confidencialidade significa a divulgação não autorizada das informações.

A integridade garante que as informações e os programas sejam alterados apenas de uma maneira especificada e permitida. Desse modo, há integridade em um sistema quando este executa a função pretendida de uma maneira não comprometida, livre de erros, de manipulações não autorizadas ou inadvertidas. A perda de segurança com a integridade ocorre quando há destruição ou modificação de informações sem autorização dos titulares.

Por fim, a disponibilidade garante que o sistema de registros funcione perfeitamente, de maneira que o acesso não seja negado injustificadamente aos titulares e usuários

---

[381] BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Pesquisa sobre uso das tecnologias de informação e comunicação nas empresas.** 2010. Disponível em https://downloads.ibge.gov.br/downloads_estatisticas.htm. Acesso em 01 de abril de 2019.

[382] Esses pilares da segurança informacional (em inglês, *confidentiality*, *integrity* e *availability*) são denominados como "CIA triad" para objetivos de segurança. In: ANDRESS, Jason.**The basics of information security.** Understanding the Fundalmentals of InfoSec in Theory and Practice. Waltham: Syngress, 2011. p.4.

autorizados. A ausência de disponibilidade ocorrerá quando houver interrupção, extinção ou restrição do uso ou do acesso às informações ou ao sistema, gerando insegurança.

Para garantia da segurança informacional, os empresários que realizam atividades por meio de computadores, *internet*, redes ou outros mecanismos *on-line* devem manter instrumentos que garantam as medidas acima descritas, além dos planos de contingência em caso de incidentes e prevenção de riscos. Porém, restou demonstrado na pesquisa realizada pelo IBGE que, em 2010, poucos empresários efetivamente possuíam uma política formal de segurança, sendo que, quanto menor o porte do empresário, menor também esse percentual:

> A ampliação do uso das TIC traz como consequência a preocupação com a proteção aos sistemas e redes de informação das empresas. Uma política de segurança formalmente definida deve apontar quais os controles de segurança e medidas, assim como os planos de contingência em caso de incidentes. O grau de complexidade de uma política de segurança de informação nas empresas e a correspondente documentação está, em geral, relacionada ao tamanho da empresa. A política de segurança de uma empresa pequena não trata, na maioria das vezes, de todos os requisitos requeridos pelas empresas de maior porte. Entre as microempresas que utilizaram a Internet, somente 9,7% declarou possuir uma política de segurança da informação formalmente definida, sendo que a maior taxa pertence ao segmento de informação e comunicação, 20,4%[383].

Como se demonstra na tabela abaixo, apenas 11% (onze por cento) dos empresários que utilizavam a *internet* tinham efetivamente uma política formal de segurança em tecnologia da informação. Sendo certo que 66,6% (sessenta e seis vírgula seis por cento) desse total são relativos aos empresários com 500 (quinhentos) ou mais empregados, enquanto apenas 9,7 % (nove vírgula sete por cento) dizem respeito aos pequenos empresários, com um a nove empregados, como se verifica na tabela 6 subsequente:

Tabela 6 – Empresários com política de segurança em TIC formalmente definida

Atividades incluídas no âmbito da pesquisa	Proporção de empresários com uma ou mais pessoas ocupadas que tinham política de segurança em TI/TIC formalmente definida (%)	
	Total	Faixas de pessoal ocupado

[383] BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística**. Pesquisa sobre uso das tecnologias de informação e comunicação nas empresas**. 2010. Disponível em https://downloads.ibge.gov.br/downloads_estatisticas.htm. Acesso em 01 de abril de 2019.

		01 a 09	10 a 19	20 a 49	50 a 499	500 ou mais
Total	11,9	9,7	17,1	19,9	36,5	66,6
Indústrias	12,9	8,3	11,1	15,8	34,4	71,4
Comércio: reparação de veículos automotores e motocicletas	10,4	8,4	20,3	21,9	38,8	70,1
Informação e comunicação	23,2	20,4	31,6	44,9	66,4	86,7
Outros serviços	12,9	11,3	16,1	21,2	36,0	57,0

Fonte: BRASIL. IBGE, 2010.

Será considerada uma política formal de segurança de dados em TIC, o conjunto de normas que contenha padrões e as definições de termos sobre a segurança. Um dos principais componentes é a avaliação dos riscos de segurança, em termos de probabilidade de incidentes e os impactos nas operações[384].

Por outro lado, a pesquisa também demonstrou que 99% (noventa e nove por cento) dos empresários que utilizavam a *internet* adotavam alguma medida de segurança, como é possível analisar pela tabela 7. Foram indicadas como medidas de segurança a utilização de antivírus, *anti-spyware*, *anti-spam*, *firewall*, sistema de detecção de intrusão IDS, tecnologias de proteção de dados, tecnologias de autenticação, tecnologias de comunicação segura em aplicações entre cliente e serviços, restrições de acesso a sítios.

Tabela 7 – Empresários que utilizaram alguma medida de segurança da informação

Atividades incluídas no âmbito da pesquisa	**Proporção de empresários com uma ou mais pessoas ocupadas que utilizam procedimentos como medida de segurança da informação (%)**						
	Total	Tipos de medidas					
		Antivírus,	*Firewall,*	Tecono-	Tecno-	Tecnolo-	Restri-	Outros

[384] OCDE. **Methodological manual for statistics on the information society**. Disponível em https://ec.europa.eu/eurostat/documents/3859598/5896837/KS-BG-06-004-EN.PDF/9cf80df6-415c-447b-b107-be97aa339a73?version=1.0. Acesso em 24 de abril de 2019.

		anti-spyware, anti-spam	sistema de detec-ção de intrusão	logia de prote-ção de dados	logia de autenti-cação	gia de comuni-cação segura em apli-cações cliente servidor	ções de acessos a *sites*	procedi-mentos
Total	99,1	98,4	70,7	75,6	62,4	35,7	30,7	0,2
Indústrias	99,5	98,9	76,2	76,7	63,8	30,9	34,0	0,2
Comércio; reparação de veículos automotores e motocicletas	99,1	98,7	66,0	75,4	61,0	36,3	27,1	0,1
Informação e comunicação	99,6	95,4	82,9	81,0	76,9	42,6	39,4	0,8
Outros serviços	98,9	97,8	75,1	74,8	62,6	36,0	0,1	

Fonte: BRASIL, IBGE, 2010.

Os resultados combinados das tabelas 6 e 7 demonstram que a maioria dos empresários realizava alguma medida de segurança, mas poucos detinham uma política formal de proteção informacional.

Por fim, a pesquisa do IBGE também tinha por objetivo demonstrar quais eram os principais incidentes em relação à segurança informacional na *internet*. Nesse sentido, do total de empresários que acessavam a *internet*, 32,9% (trinta e dois vírgula nove por cento) relataram já ter sofrido episódios de violação às TIC.

Em relação ao tipo de incidente, 20,2% (vinte vírgula dois por cento) dos empresários que usaram a *internet* para fins de trabalho informaram ter sofrido destruição total ou parcial de dados por programas com código malicioso. Outrossim, 21,4% (vinte e um vírgula quatro por cento) destes alegaram que experienciaram indisponibilidade de serviços e destruição total ou parcial dos dados por falhas de equipamentos ou programas de informática. Apenas 1,7% (um vírgula sete por cento) alegou disseminação ou uso de dados confidenciais em formato eletrônico por empregados, de forma intencional ou não intencionalmente.

Desse modo, percebeu-se que a maior parte dos incidentes com empresários no Brasil ocorre em relação aos pilares da disponibilidade e integridade dos dados, e especialmente por ação externa e não intencional, conforme pode-se deduzir da tabela 8 a seguir.

Tabela 8 – Incidentes em segurança informacional relatados pelos empresários

Atividades incluídas no âmbito da pesquisa	**Proporção de empresários com uma ou mais pessoas ocupadas que tiveram incidentes relacionados à segurança em TI/TIC (%)**					
		Tipos de incidentes				
	Total	Destruição total ou parcial de dados por programas com código malicioso	Indisponibilidade dos serviços de TIC, destruição total ou parcial dos dados devido a falhas de equipamentos ou programas de informática	Indisponibiliade dos serviços de TIC devido a ataques externos	Disseminação ou uso de dados confidenciais devido a engenharia social	Disseminação ou uso de dodos confidenciais em formato eletrônico por empregados, intencional ou não
Total	32,9	20,2	21,4	4,8	1,9	1,7
Indústrias	34,5	19,2	23,0	6,0	1,7	2,5
Comércio; reparação de veículos automotores e motocicletas	32,1	20,7	20,2	3,4	1,7	1,3
Informação e comuicação	39,0	13,5	22,8	12,8	0,5	1,0

Outros serviços	33,0	20,5	22,6	5,7	2,4	2,1

Fonte: BRASIL, IBGE, 2010.

Pelo exposto na pesquisa do IBGE, os empresários em 2010 amplamente lidavam com a *internet* para fins comerciais, inclusive realizando compras e vendas, através de seus próprios sítios ou páginas on-line, utilização de redes, entre outros dispositivos de transações eletrônicas. Contudo, o percentual de empresários que efetivamente implementaram políticas formais de proteção de dados no Brasil era insatisfatório, pois menos da metade dos empresários que possuíam sítio e páginas on-line tinham um regulamento esclarecendo os usuários sobre acesso e medidas de segurança. Essa ausência de políticas representa grande insegurança informacional no tocante às pessoas cujos dados são coletados.

Este cenário deverá se alterar com a implantação da proteção de dados e funcionamento da ANPD no Brasil, uma vez que qualquer pessoa natural ou jurídica está sujeita à Lei 13.709/2018.

3.2.1 Meios de segurança digital para proteção de dados

Ultrapassada a análise acerca da forma com a qual os agentes econômicos têm lidado com a segurança informacional, passa-se à análise do novo cenário de coleta de grandes dados, acompanhando as políticas trazidas pela LGPD.

A título introdutório, a segurança da informação pode ser definida como conjunto de controles, em que se incluem normas, políticas, processos, funções de *software e hardware*, além de estruturas organizacionais, que devem ser aplicados pelas pessoas com intuito de blindar as informações das ameaças, com fulcro preventivo e corretivo, dando maior segurança aos negócios realizados no ambiente virtual, conforme previu a ABNT:

> A segurança da informação é obtida a partir da implementação de um conjunto de controles adequados, incluindo políticas, processos, procedimentos, estruturas organizacionais e funções de software e hardware. Estes controles precisam ser estabelecidos, implementados, monitorados, analisados criticamente e melhorados, onde necessário, para garantir que os objetivos do negócio e de segurança da

> organização sejam atendidos. Convém que isto seja feito com outros processos de gestão do negócio[385].

A segurança informacional gera necessidade de proteção dos sistemas eletrônicos, especialmente em razão do elevado número de transações empresariais realizadas e da imprescindibilidade de blindagem à confidencialidade, integridade e disponibilidade das informações, como restou demonstrado na pesquisa do IBGE de 2010, esmiuçada nos itens anteriores.

Mediante a utilização de medidas de segurança informacionais, busca-se a constituição de canais seguros para os usuários realizarem suas transações. Esses canais têm se tornado importantes ferramentas práticas para proteção do comércio e contratos empresariais eletrônicos e para a defesa das comunicações em geral.

A criptografia, a autenticação e assinatura digital são processos usados modernamente para a criação de canais seguros na sociedade de informação, em que os usuários desejam manter o sigilo de seus dados. Esses processos de segurança não são ditados pelo mundo do direito, mas pela própria computação, sendo que tanto a autenticação como a criptografia são camadas adicionais de proteção sobre os serviços de comunicação já existentes, com o intuito de salvaguardar as mensagens e identificar as partes, como cita George Colouris *et al.*:

> Cada um dos processos conhece com certeza a identidade do principal em nome de quem o outro processo está executando. Portanto, se um cliente e um servidor se comunicam por meio de um canal seguro, o servidor conhece a identidade do principal que está por trás das invocações e pode verificar seus direitos de acesso, antes de executar uma operação. Isso permite que o servidor proteja corretamente seus objetos e que o cliente tenha certeza de que está recebendo resultados de um servidor fidedigno. Um canal seguro garante a privacidade e a integridade (proteção contra falsificação) dos dados transmitidos por ele[386].

---

[385] ABNT. Associação Brasileira de Normas Técnicas. **ABNT NBR ISSO/IEC 27002**. Tecnologia da informação – Técnicas de segurança – Código de prática para gestão da segurança da informação. Rio de Janeiro. ABNT. 2005. Disponível em http://www.fieb.org.br/download/senai/nbr_iso_27002.pdf. Acesso em 24 de abril de 2019.

[386] COLOURIS, George. *et al*., *Op. Cit.*, 2013. p.75.

Os agentes econômicos devem realizar a prevenção e o combate aos riscos de vazamento de informações, ataques cibernéticos e fraudes através de métodos de proteção para que se tornem menos vulneráveis.

Em relação aos meios de segurança digital em proteção de dados, foram utilizados para o presente estudo aqueles referidos pela OCDE no "*Methodological manual for statistics on the information society*[387]"(Manual sobre Aspectos Metodológicos para Estatísticas sobre a Sociedade da Informação), empregado na consolidação da pesquisa do IBGE[388] publicada em 2010, quais sejam: criptografia, assinaturas digitais e autenticações digitais[389].

Essas ferramentas também são mais importantes para os contratos empresariais, porque conferem autenticidade, integridade e validade ao documento, ao mesmo tempo em que protegem os dados ali previstos.

Note-se que outros instrumentos internos dos agentes econômicos devem ser utilizados para proteção informacional, inclusive precisam contemplados nas políticas formais de gestão da segurança informacional, como *anti-vírus e anti-spyware, firewalls*, e cópias de segurança (*back-up)* entre outras ferramentas contra ameaças no ambiente virtual, como *malwares*, *hackers* e *crackers.*

Inicialmente, cumpre asseverar que os *malwares* são programas de computador maliciosos, ou *malicious softwares* que executam atividades potencialmente danosas em computadores ou redes. Os *malware*s contemplam, entre outros, os vírus, os *worms*, *bots e spywares*.

---

[387] OCDE. **Methodological manual for statistics on the information society**. Disponível em: https://ec.europa.eu/eurostat/en/web/products-manuals-and-guidelines/-/KS-BG-06-004. Acesso em 24 de abril de 2019.

[388] As notas técnicas do IBGE incluem "técnicas de proteção de dados" como uma medida de segurança, mas não listam quais estas seriam. Conjuntamente listam como medidas de segurança de forma geral: (i) antivírus, *anti-spyware* ou *anti-spam*; (ii) *firewall*, sistema de detecção de intrusão IDS; (iii) tecnologias de proteção de dados (*back-up*, criptografia); (iv) tecnologias de autenticação; (v) tecnologias de comunicação segura em aplicações cliente-servidor (HTTPS, VPN); e (vi) restrições de acessos a sites; entre outros procedimentos. In: BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Pesquisa sobre uso das tecnologias de informação e comunicação nas empresas**. 2010. Disponível em https://downloads.ibge.gov.br/downloads_estatisticas.htm. Acesso em 01 de abril de 2019.

[389] O manual lista como instalações de segurança de proteção de dados: (i) assinatura digital; (ii) outros mecanismos de autenticação; (iii) criptografia para confidencialidade. In: OCDE. **Methodological manual for statistics on the information society**. Disponível em https://ec.europa.eu/eurostat/documents/3859598/5896837/KS-BG-06-004-EN.PDF/9cf80df6-415c-447b-b107-be97aa339a73?version=1.0. Acesso em 24 de abril de 2019.

Os *hackers* são especialistas em sistemas operacionais, pessoas que detêm conhecimento elevado sobre as questões informáticas, inclusive as falhas dos sistemas ou mecanismos de invasão. Diferenciam-se dos *crackers*, sujeitos que rompem a segurança de um sistema em busca de informações sigilosas, com objetivo de causar prejuízo a outrem ou obter vantagem, conforme afirma Newton de Lucca:

> As expressões, na verdade, não são sinônimas. Os hackers são especialistas em informática, capazes de invadir computadores alheios e também impedir invasões dos outros. Não existe, necessariamente, uma conotação pejorativa para os hackers, que podem prestar serviços de extrema valia. Já os crackers, ao revés, atuam de forma claramente dolosa, isto é, com a intenção de prejudicar alguém ou de tirar proveito de ou partido para si da informação obtida[390].

Nesse aspecto, o *firewall* é um mecanismo segurança para uma rede ou sistema de computador que realiza um monitoramento dos acessos através de normas e protocolos. Segundo Patricia Peck Pinheiro, trata-se de "uma barreira para entrada de invasores no sistema interno de empresas *[sic]* ou domicílios"[391].

Embora o significado de *firewall* em português seja "parede de fogo", na verdade trata-se de uma barreira de proteção eletrônica ou um sistema computacional que impede que usuários não autorizados tenham acesso a certos arquivos em uma rede. É uma forma de segurança muito utilizada nas redes compartilhadas, especialmente na *internet* e funciona como um "muro" para evitar tráfegos indesejados, *hackers e crackers*[392]. Por outro lado, os programas *antivírus* e *antispyware* visam identificar e/ou eliminar vírus e outros *malwares*.

Os vírus são programas que afetam o desempenho do computador, podendo danificar os dados que estão armazenados sem que sua presença seja detectada no momento em que entram em execução. Os *spywares* são programas que monitoram atividades de um sistema e enviam a terceiros. Logo, podem furtar informações sigilosas e pessoais, constando-se uma violação à segurança informacional[393]. Podem ser *keyloggers*, que capturam o que o usuário

---

[390] LUCCA, Newton de. Títulos e Contratos eletrônicos. In: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto (coord). **Direito e Internet –** Aspectos jurídicos relevantes. São Paulo: Edipro, 2000 .p. 48.

[391] PINHEIRO, Patricia Peck. *Op. Cit.,* 2013. p. 79.

[392] SAWAYA, Marcia Regina.*Op. Cit.,* 1999. p. 112.

[393] *Spywares* são programas espiões que enviam informações do computador do usuário da rede para desconhecidos. Até o que é digitado no seu teclado pode ser monitorado por eles. Alguns têm um mecanismo que faz uma conexão com o servidor do usuário sempre que ele fica on-line. Outros enviam informação via e-mail. In: ZANELLATO, Marco Antonio. Condutas ilícitas na sociedade digital. **Direito e Internet.** Caderno Jurídico. Ano 2, n 4. ESMP. São Paulo. Julho, 2002. p. 187.

digita; *screenloggers*, do tipo que registram os movimentos e cliques, ou *adwares*, daqueles que mostram propagandas para o usuário.

Os antivírus e *anti-spywares* são programas de computador escritos especificamente para localizar e remover vírus ou *spywares* prejudiciais ao computador. Têm que ser atualizados constantemente, à medida que novos vírus ou *spywares* se tornam conhecidos.

Por fim, a cópia de segurança (*back-up)* é considerada uma medida de segurança que consiste em fazer cópias de arquivos de computador em um local diferente de onde eles estão originalmente localizados. Essa cópia pode ser usada para restaurar os dados originais, caso eles tenham sido danificados, perdidos ou excluídos por ameaças internas ou externas.

Considerando os aspectos introdutórios acerca da segurança informacional, passa-se ao exame sobre os meios de proteção cibernética de dados, especialmente relacionado aos contratos empresariais eletrônicos.

3.2.1.1. Criptografia

A criptografia consiste em uma ciência com objetivo de manter as mensagens seguras. Esse método é baseado em algoritmos que utilizam chaves secretas, normalmente números grandes com poucas probabilidades de serem antevistos, de modo a transfigurar os dados de maneira que só possam ser revertidos com o conhecimento da chave de decifração correspondente.

Logo, tem como finalidade a codificação de dados de forma que apenas as partes envolvidas tenham acesso a eles, não permitindo a terceiros aquela informação. Adriano Vancim e Jefferson Matioli[394] a conceituaram como:

> A criptografia, meio pelo qual através de métodos matemáticos se transforma mensagens inteligíveis em ininteligíveis, com o uso de códigos ou cifras, vem sendo utilizada há muitos anos inclusive nas guerras armadas sendo objeto de controle por diversos países, devido a seu poderio em manter extremamente seguras as mensagens, respectivamente pelo emissor e destinatário.

[394] VANCIM, Adriano Roberto; MATIOLI, Jefferson Luiz. *Op. Cit.* 2014. p.107

A criptografia passou a ser muito utilizada, especialmente nos contratos eletrônicos, por garantir a privacidade e segurança de seu conteúdo, uma vez que apenas o emissor do documento, o receptor e pessoas autorizadas por estes têm conhecimento das senhas e poderão acessar as informações.

A técnica mais conhecida envolve as denominadas "chaves criptográficas". Os dados criptografados passam por um processo de cifragem ou embaralhamento, em que tornam códigos não acessíveis. Porém, um código específico ou senha gerada pelo emissor e disponibilizada ao receptor é capaz de cifrar e de decodificar informações, conforme explicita Semy Glanz: "[...] Usa-se um decodificador que apenas informa se o dado fornecido é ou não verdadeiro. Fala-se, ainda, num sistema de leitura sensível por máquinas ou caixas eletrônicas, até da impressão digital, previamente registrada [...][395]".

Para que a criptografia seja realizada, é necessário um programa de computador[396] que opere tal procedimento. Atualmente, a literatura cita duas espécies de processos: criptografias simétricas e assimétricas.

A criptografia simétrica é a codificação em que apenas existe uma única chave ou senha entre emissor e receptor para encriptação e decodificação. Logo, o remetente cifra uma determinada informação e o destinatário irá decriptá-la com a mesma chave ou ter conhecimento do algoritmo que encriptou a mensagem.

Caso uma pessoa receba ou tente acessar aqueles dados, deverá utilizar a chave e, caso não a possua ou tenha alguma chave diferente do receptor e emissor, não conseguirá desvendar aquelas informações.

Por se tratar de um método mais simples, a criptografia simétrica não é recomendada quando um determinado contrato ou informação deve ser mantido em extremo sigilo, dando-se preferência para o método assimétrico. Como o receptor deve receber a chave do emissor para ter acesso às informações, facilmente essa mensagem pode ser interceptada por terceiros mal-intencionados[397].

---

[395] GLANZ, Semy. Internet e Contrato Eletrônico. **Revista da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro,** v.1, n.3, p. 94-101, 1998.

[396] A doutrina cita alguns softwares, como PGP (Pretty Good Privacy), IDEA (International Data Encryption Algorithm) e RSA (Rivest. Shamir and Adleman). Fonte: VANCIM, Adriano Roberto; MATIOLI, Jefferson Luiz. *Op. Cit.* 2014. p.107

[397] FINKELSTEIN, Maria Eugênia Reis. *Op. Cit.* 2011. p. 164.

A criptografia assimétrica utiliza duas chaves, uma pública e uma privada. A chave privada é criada pelo emissor para encriptação da mensagem e este uso será exclusivamente dele. A mensagem será decifrada por meio da chave pública, que é enviada ao destinatário ou mais pessoas.

Também poderá ocorrer o inverso, com a encriptação por meio da chave pública e a decriptação com a chave privada, uma vez que para a criptografia assimétrica é fundamental que existam duas chaves, uma para cada procedimento.

A encriptação dos contratos empresariais é um método que deverá ser utilizado para a segurança informacional, especialmente no tocante à criptografia assimétrica. Através desse método apenas as partes contratantes, pelo conhecimento das chaves, terão acesso ao conteúdo contratual, inclusive de todos os dados sigilosos mantidos pelas partes.

Aos dados anonimizados não serão aplicáveis as disposições da LGPD, conforme dispõe o art. 12, pois não são considerados pessoais, exceto quando forem revertidos, ou quando puderem ser revertidos com esforços razoáveis. Os dados anonimizados são relativos aos titulares que não podem ser identificados, em razão de meios técnicos que os tornam indissociáveis direta ou indiretamente dos seus titulares.

> Art. 12. Os dados anonimizados não serão considerados dados pessoais para os fins desta Lei, salvo quando o processo de anonimização ao qual foram submetidos for revertido, utilizando exclusivamente meios próprios, ou quando, **com esforços razoáveis, puder ser revertido**[398]**.**
> [Grifos do autor].

Deste modo, a dúvida reside no fato de ser possível, pelo método da encriptação, que um contrato empresarial tenha seus dados anonimizados, não permitindo a associação às pessoas naturais previstas naquele instrumento. Caso o processo seja revertido, pensando-se que poderá haver uma decodificação do contrato criptografado, os dados serão considerados para fins de proteção e regras da LGPD.

Além disso, a LGPD prevê que sejam considerados dados pessoais quando houver possibilidade de reversão com esforços razoáveis. Neste sentido, a criptografia pode ser

---

[398] BRASIL. **Lei 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 13 de abril de 2019.

transmudada, mas não é possível determinar um grau de razoabilidade para tal reversão, isto é, se a ANPD irá considerá-la como fácil ou difícil.

O art. 12, §1º, da LGPD, ao tratar dos requisitos para anonimização e razoabilidade de reversão do processo, prevê que "a determinação do que seja razoável deve levar em consideração fatores objetivos, tais como custo e tempo necessários para reverter o processo de anonimização, de acordo com as tecnologias disponíveis, e a utilização exclusiva de meios próprios". Ou seja, serão considerados os custos da reversão e tempo gasto para tanto, mas ainda não são fatores objetivos como previsto na lei.

Inicialmente, há a hipótese de que a criptografia não garante a anonimização dos dados, porque o receptor e o destinatário sempre terão acesso às informações daquelas pessoas, assim como todos aqueles que tenham acesso às chaves ou que façam a interceptação. Como visto, a criptografia garante uma possível decodificação, sempre sendo possível a reversão.

Porém, há um segundo entendimento de que a criptografia garante a anonimização, porque existe uma grande dificuldade de gerar a informação codificada. Ainda, há a ideia de que a criptografia pode ser realizada parcialmente, apenas em relação aos dados pessoais identificadores das pessoas (dados da identidade e sensíveis).

Conforme afirmam Eliseu C. Branco *et alii*, a anominização pode ser gerada pelos processos de generalização, quando os dados são substituídos por valores menos específicos, supressão, que exclui valores identificadores, muito utilizados para fins de bancos de dados. Também há a encriptação por meio de chaves simétricas, assimétricas e perturbação ou mascaramento, quando se preserva a identidade pela substituição de informações reais por fictícias em bancos de dados. Nas palavras dos autores:

> As técnicas atualmente existentes para a proteção de dados (generalização, supressão, encriptação e perturbação), propostas pela comunidade acadêmica, podem ser utilizadas e/ou combinadas com o objetivo de anonimizar os dados. Essas técnicas são apresentadas a seguir:
> [...] c) Encriptação: esta técnica utiliza esquemas criptográficos normalmente baseados em chave pública ou chave simétrica para substituir dados sensíveis (identificadores, semi-identificadores e atributos sensíveis) por dados encriptados[399].

[399] BRANCO JÚNIOR, Eliseu C. et alii. Estratégias para proteção da privacidade em dados armazenados na nuvem. In: **Simpósio Brasileiro de Banco de Dados**. Tópicos em gerenciamento de dados e Informações. Organização: Departamento de Informática da UFPR e Escola Politécnica da PUC-PR, Curitiba. 2014.

Comparativamente, o RGPD da União Europeia também não inclui os dados anonimizados como protegidos pelo regulamento. No entanto, cita a pseudoanonimização como uma ferramenta de proteção que deverá, sempre que possível, ser utilizada, conforme prevê o art. 25[400]:

> 1. Tendo em conta as técnicas mais avançadas, os custos da sua aplicação, e a natureza, o âmbito, o contexto e as finalidades do tratamento dos dados, bem como os riscos decorrentes do tratamento para os direitos e liberdades das pessoas singulares, cuja probabilidade e gravidade podem ser variáveis, o responsável pelo tratamento aplica, tanto no momento de definição dos meios de tratamento como no **momento do próprio tratamento, as medidas técnicas e organizativas adequadas, como a pseudonimização,** destinadas a aplicar com eficácia os princípios da proteção de dados, tais como a minimização, e a incluir as garantias necessárias no tratamento, de uma forma que este cumpra os requisitos do presente regulamento e proteja os direitos dos titulares dos dados.
>
> [Grifos do autor].

A pseudoanonimização é o processo pelo qual a informação não poderá, no curso normal dos eventos, ser associada a uma pessoa natural. Além disso, poderá ser certificada por uma organização competente nos termos da alínea 3 do mesmo art. 25 do RGPD, o que especifica um método de verificação desta. Portanto, não é um processo de total anonimização, mas que poderia ser utilizado para fins de compreensão da criptografia, uma vez que por meio desse instrumento não será naturalmente possível reverter aquelas informações. Contudo, a pseudoanonimização não foi contemplada na Lei nº 13.709/2018, apenas a anonimização.

Não obstante o processo de anonimização ou pseudoanomização, não restam dúvidas que a criptografia deve ser entendida como um método que deve ser utilizado pelos agentes econômicos nos contratos empresariais e nos demais instrumentos, para fins de proteção dos dados e medidas de segurança. Nas palavras de Gerard Spindler e Phillip Schemechel[401]:

---

[400] UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento nº (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016**. Disponível em https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=PT. Acesso em 11 de abril de 2019.

[401] SPINDLER; Gerald; SCHMECHEL, Philipp. Personal Data and Encryption in the European General Data Protection Regulation. **Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law.** 2016. P. 163-177. Disponível em https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-7-2-2016/4440. Acesso em 12 de maio de 2019. Na redação original: "*Additionally, encryption serves as a technical and organisational measure to ensure the security of processing in several parts of the Regulation. Controllers have to consider that the process of encryption as well as anonymisation might constitute a further processing of personal data*."

> Além disso, a criptografia serve como uma medida técnica e organizacional para garantir a segurança do processamento em várias partes do Regulamento. Os controladores devem considerar que o processo de criptografia, bem como a anonimização, podem constituir um processamento adicional de dados pessoais. [Tradução livre].

Entende-se que a anonimização pode ser obtida por meio da criptografia, inclusive realizada nos contratos empresariais, porém a LGPD considerou que os dados desse tipo não poderão ser revertidos ou facilmente estar sujeitos à reversão, portanto criando condicionantes à anonimização. Apenas a ANPD, por meio de seus atos, poderá disciplinar os padrões para tal anonimização.

Pelo exposto, a utilização da criptografia e das chaves (senhas) compartilhadas entre as partes contratantes fornecerá a base para a autenticação de mensagens e contratos. Ou seja, é possível provar as identidades de seus remetentes através da autenticação. Esse processo gerou o que se denomina "assinatura eletrônica", analisada no próximo item.

3.2.1.2. Assinatura eletrônica e assinatura digital

A assinatura tradicional ou autógrafa é fundamental para o contrato cartular, uma vez que discrimina o seu autor como pessoa que assume direitos e obrigações em seu favor ou de outrem. Dessa forma, ao tratar da prova, o art. 219 do Código Civil determina que as declarações constantes de documentos assinados presumem-se verdadeiras em relação aos signatários.

As assinaturas eletrônicas são espécies de identidades virtuais que permitem a identificação inequívoca do autor de uma mensagem ou transação feita em meios eletrônicos. Desse modo, são aplicáveis aos documentos e contratos eletrônicos e títulos de crédito, pois através delas poderão ser identificados os contratantes, conferindo segurança jurídica.

Conforme explicitam Adriano Vancim e Jefferson Matioli[402], a assinatura eletrônica não é fisicamente realizada nos documentos, porém "se dá por meio de senhas, números, códigos, sempre com cunho confidencial, exclusiva de seu proprietário, o que o legitima a realizar diversas transações, e fornecendo sua senha comparada com seus dados já cadastrados, o identifica como subscritor de tal transação ou documento". Logo, a assinatura

[402] VANCIM, Adriano Roberto; MATIOLI, Jefferson Luiz. *Op. Cit.* 2014. p.101.

eletrônica é a subscrição realizada pelo titular através de meios eletrônicos, codificados ou não, e cuja veracidade pode ser constatada.

A Medida Provisória nº 2.200-2, de 24 de agosto de 2001, ainda em vigor, considerando sua anterioridade em relação à Emenda Constitucional 32, de 11 de setembro de 2001, instituiu a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira, chamada ICP-Brasil. Além disso, criou a autoridade gestora de políticas e estabeleceu a cadeia de autoridade das entidades responsáveis pela certificação digital, com objetivo de conferir um procedimento apropriado para a validade jurídica dos documentos eletrônicos.

A referida infraestrutura foi criada para garantir a autenticidade, integridade e validade jurídica dos documentos em forma eletrônica, assim como das aplicações de suporte habilitadas que utilizem certificados digitais, como a realização das transações eletrônicas seguras.

A assinatura digital é uma espécie de assinatura eletrônica, realizada através da utilização de certificado digital validado pelo ICP-Brasil, que constitui prova indiscutível da origem e do emissor de um determinado documento. Essa assinatura utiliza criptografia assimétrica para validação do usuário.

O remetente e o destinatário de um contrato utilizam as chaves privadas para que possam cifrar as informações e depois lançam mão das chaves públicas para que possam decifrá-lo. Através de um programa de computador, o remetente finaliza a operação, com um resumo dos dados, e utilizará a chave privada para cifrar esse resumo.

O resultado do processo é a assinatura digital, que se modificará a cada arquivo, sendo que o autor não poderá repetir como assinaturas autógrafas. Em outras palavras, caso uma assinatura digital seja validada por uma chave pública, isso significa que corresponde à chave privada que a criou, dando segurança jurídica às transações, como elucidou de Marcos Costa[403]:

> Assinatura digital é o resultado do emprego do sistema criptográfico de chaves públicas, gerando um conjunto de *bits* que, dependendo do sistema empregado, pode constituir um arquivo em separado ou ser integrante do próprio corpo do documento eletrônico, e que é inter-relacionado ao documento de tal forma que se ele sofrer qualquer alteração a assinatura será invalidada. A assinatura digital é gerada usandoe determinada chave privada. Essa assinatura só poderá ser conferida pela chave

[403] COSTA, Marcos. A ICP-BRASIL e os documentos eletrônicos. **Direito e Internet. Caderno Jurídico**. Ano 2, n. 4. ESMP. São Paulo. Julho, 2002. p. 21.

> pública a ela correspondente.
>
> É de se notar que a assinatura digital não é única por pessoa, como o é a assinatura física. Ela é única por documento, porque é gerada a partir de seu conteúdo. No caso, será único por pessoa o par de chaves criptográficas que gerará e conferirá a assinatura.

Ao tratar sobre a validade dos títulos de crédito eletrônicos, Alexandre Ferreira de Assumpção Alves e Lívia Sant´anna[404] afirmaram que a Medida Provisória nº 2.200-2/2001 equiparou os documentos cartulares aos eletrônicos, com intenção de adequação das cambiais à modernização de circulação de riquezas:

> A intenção do legislador foi diminuir o tempo e o desgaste no comércio, dotando as partes de meios capazes para expressar a vontade e realizar o negócio objetivado, sem que para isso haja perdas, tanto de tempo e de dinheiro, como danos ao meio ambiente.
>
> Desta forma, como houve autorização para a emissão dos títulos emitidos pela forma eletrônica com o mesmo efeito da tradicional, não se poderia concluir pela improcedência da equiparação do documento eletrônico ao cartular.
>
> É curial lembrar que a Medida Provisória nº 2200-2, de 24 de agosto de 2001, foi clara quando equiparou o documento eletrônico ao emitido em cártula, não fazendo distinção entre um e outro para sua validade[...].

Os contratos eletrônicos, na qualidade de documentos eletrônicos, são equiparados aos contratos cartulares, desde que sejam atendidas determinadas condições legais. Deste modo, a intenção do legislador é de que os contratos eletrônicos podem ser negociados virtualmente, sem a presença física dos interlocutores, bem como assinados. Todavia, para que o contrato tenha validade como documento eletrônico, a assinatura digital deve ser implantada por meio de sistema eletrônico, com autenticação de certificadora da ICP-Brasil, na forma da Medida Provisória nº 2.200-2/2001.

Neste sentido, convém dispor que a assinatura digital mediante suporte da ICP-Brasil confere especial segurança à celebração do contrato eletrônico, uma vez que tal ato, realizado por meio digital nos documentos eletrônicos e reconhecido por meio de autoridade certificadora, garante a autenticidade do documento, além da imediata conferência dos representantes legais signatários.

---

[404] ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção; FARIA, Livia Sant´anna. Desmaterialização de documentos e títulos de crédito: razões, consequências e desafios. In: XVI Congresso Nacional do CONPEDI, 2008, Belo Horizonte. **Anais do XVI Congresso Nacional - Belo Horizonte**, 2007. p. 300-321. Disponível em http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/alexandre_ferreira_de_assumpcao.pdf. Acesso em 14 de maio de 2018.

O art. 10,§1º, da Medida Provisória nº 2.200-2/2001 determina que as declarações dos documentos eletrônicos, produzidos com o processo de certificação do ICP-Brasil, presumem-se verdadeiras em relação aos signatários. Destarte, a contrário senso, as declarações não autenticadas por meio de autoridades certificadoras da ICP-Brasil não poderão ser consideradas verídicas.

Dessa maneira, o Superior Tribunal de Justiça[405] pacificou o entendimento de que os contratos eletrônicos são títulos executivos extrajudiciais, em consonância com o inciso III do artigo 784 do CPC vigente [406], equiparando-os aos contratos assinados pelas partes contratantes e por testemunhas, sendo cabível a execução específica de tais créditos.

O entendimento provém de acórdão resultante do julgamento do Recurso Especial nº 1.495.920-DF. Tal recurso foi interposto pela Fundação dos Economiários Federais (Funcef) contra decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal (TJDF), que considerou somente ser título executivo extrajudicial o documento indicado pela legislação como tal, de modo que os documentos particulares assinados digitalmente não teriam o condão de afastar os requisitos

[405]BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira turma. Recurso Especial nº 1.495.920. Min. Rel. Paulo de Tarso Sanseverino. J: 15/05/2018. DJ: 06/06/2018. Ementa: RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. EXECUTIVIDADE DE CONTRATO ELETRÔNICO DE MÚTUO ASSINADO DIGITALMENTE (CRIPTOGRAFIA ASSIMÉTRICA) EM CONFORMIDADE COM A INFRAESTRUTURA DE CHAVES PÚBLICAS BRASILEIRA. TAXATIVIDADE DOS TÍTULOS EXECUTIVOS. POSSIBILIDADE, EM FACE DAS PECULIARIDADES DA CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO, DE SER EXCEPCIONADO O DISPOSTO NO ART. 585, INCISO II, DO CPC/73 (ART. 784, INCISO III, DO CPC/2015). QUANDO A EXISTÊNCIA E A HIGIDEZ DO NEGÓCIO PUDEREM SER VERIFICADAS DE OUTRAS FORMAS, QUE NÃO MEDIANTE TESTEMUNHAS, RECONHECENDO-SE EXECUTIVIDADE AO CONTRATO ELETRÔNICO. PRECEDENTES. 1. Controvérsia acerca da condição de título executivo extrajudicial de contrato eletrônico de mútuo celebrado sem a assinatura de duas testemunhas. 2. O rol de títulos executivos extrajudiciais, previsto na legislação federal em "numerus clausus", deve ser interpretado restritivamente, em conformidade com a orientação tranquila da jurisprudência desta Corte Superior. 3. Possibilidade, no entanto, de excepcional reconhecimento da executividade de determinados títulos (contratos eletrônicos) quando atendidos especiais requisitos, em face da nova realidade comercial com o intenso intercâmbio de bens e serviços em sede virtual. 4. Nem o Código Civil, nem o Código de Processo Civil, inclusive o de 2015, mostraram-se permeáveis à realidade negocial vigente e, especialmente, à revolução tecnológica que Documento: 78697795 - EMENTA / ACORDÃO - Site certificado - DJe: 07/06/2018 Página 1 de 2 Superior Tribunal de Justiça tem sido vivida no que toca aos modernos meios de celebração de negócios, que deixaram de se servir unicamente do papel, passando a se consubstanciar em meio eletrônico. 5. A assinatura digital de contrato eletrônico tem a vocação de certificar, através de terceiro desinteressado (autoridade certificadora), que determinado usuário de certa assinatura a utilizara e, assim, está efetivamente a firmar o documento eletrônico e a garantir serem os mesmos os dados do documento assinado que estão a ser sigilosamente enviados. 6. Em face destes novos instrumentos de verificação de autenticidade e presencialidade do contratante, possível o reconhecimento da executividade dos contratos eletrônicos. 7. Caso concreto em que o executado sequer fora citado para responder a execução, oportunidade em que poderá suscitar a defesa que entenda pertinente, inclusive acerca da regularidade formal do documento eletrônico, seja em exceção de pré-executividade, seja em sede de embargos à execução. 8. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

[406] Cf. Art. 784 do CPC. “São títulos executivos extrajudiciais: [...] III - o documento particular assinado pelo devedor e por 2 (duas) testemunhas; [...]”. In: BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 25 de maio de 2019.

legais para executividade.

Na origem, tratou-se de execução de título executivo extrajudicial ajuizada pela Funcef contra devedor em razão de contrato eletrônico de mútuo assinado em 2008. O juízo de primeira instância indeferiu a petição inicial, sob argumento de que o referido instrumento não tinha característica da executividade prevista no art. 585 do Código de Processo Civil de 1973, pois estavam ausentes as assinaturas de duas testemunhas. Isso foi confirmado pelo Tribunal de Justiça, com entendimento complementar de que o rol previsto no antigo art. 585 (atualmente art. 784 do CPC de 2015) é taxativo.

De acordo com o relator, ministro Paulo Tarso Sanseverino, o contrato eletrônico tem particularidades inerentes à própria nova realidade tecnológica do direito comercial que devem ser consideradas, porém ainda não foram previstas pelo Código Civil e Código de Processo Civil. Não obstante deva o contrato eletrônico atender aos mesmos requisitos de admissibilidade que contrato tradicional, ele possui característica peculiar que o diferencia: sua própria celebração, feita pela *internet*, redes ou programas eletrônicos como suporte de comunicação para sua execução.

O contrato em questão foi realizado por meio de um sítio na *internet*, possuía assinatura digital, o que lhe garantia autenticidade, integridade e validade jurídica, considerando a utilização da certificação ICP-Brasil. O ministro relator entendeu que a assinatura digital realizada no instrumento contratual eletrônico mediante chave pública tem função de certificar, através de um terceiro desinteressado, que é a autoridade certificadora, que determinado usuário de certa assinatura digital privada a utilizou e assim está efetivamente a firmar o documento eletrônico e garantir os mesmos dados do documento assinado.

A assinatura digital do contrato eletrônico, também utilizada para todos os fins nos processos eletrônicos, evidencia a autenticidade da firma pessoal do signatário, ressaltando a existência de um documento com fidedignidade e veracidade, em cumprimento às exigências da legislação processual, como prevê a Medida Provisória nº 2.200-2/2001.

Por fim, o relator concluiu que as assinaturas das testemunhas seriam dispensadas, em razão da integridade do documento, da existência de sítio especializado, certificado para armazenamento e gerenciamento do documento, satisfazendo-se, pois, as condições necessárias para reconhecer ao contrato eletrônico a executividade equivalente ao garantido pelas testemunhas em relação ao documento físico privado (art. 784, III CPC/2015). Por

fim, cumpre salientar que a doutrina[407] defende que não apenas a assinatura digital traria validade jurídica ao documento eletrônico, podendo a assinatura eletrônica, independentemente da certificação ICP-Brasil, ser considerada instrumento que confere autenticidade e integridade, desde que as partes estejam de acordo com tal sistema, como estabelece o art. 10, §2º, da Medida Provisória nº 2.200-2/2001:

> Art. 10. Consideram-se documentos públicos ou particulares, para todos os fins legais, os documentos eletrônicos de que trata esta Medida Provisória.
>
> §1º As declarações constantes dos documentos em forma eletrônica produzidos com a utilização de processo de certificação disponibilizado pela ICP-Brasil presumem-se verdadeiros em relação aos signatários, na forma do art. 131 da Lei no 3.071, de 1o de janeiro de 1916 - Código Civil.
>
> **§2º O disposto nesta Medida Provisória não obsta a utilização de outro meio de comprovação da autoria e integridade de documentos em forma eletrônica, inclusive os que utilizem certificados não emitidos pela ICP-Brasil, desde que admitido pelas partes como válido ou aceito pela pessoa a quem for oposto o documento.**
>
> [Grifos do autor].

Entende-se que a assinatura eletrônica é um instrumento que possibilita a proteção de dados, além de garantir, através das chaves, a autenticidade dos contratantes ou seus representantes legais, isto é, das pessoas que terão acesso às informações do contrato e das operações acessórias, mas a segurança será ainda maior com a emissão dos certificados digitais pelas autoridades certificadoras, que asseguram a utilização das chaves pelas pessoas autorizadas.

3.2.1.3. Autenticação e certificação digital

O comércio eletrônico tem permitido às pessoas e organizações realizar diversas transações de forma célere, menos custosa e eficiente, gerando grande fluxo de informações. Entretanto, tais negociações podem gerar graves fraudes em relação à segurança informacional, de identidade, violação aos dados bancários, existenciais, preferenciais, de imagem, profissionais, entre outros.

---

[407] PINHEIRO, Patricia Peck. Contratos digitais ou eletrônicos: apenas um meio ou uma nova modalidade contratual? **Revista dos Tribunais**. V. 966. 2016. Disponível em http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RTrib_n.966.02.PDF. Acesso em 23 de abril de 2019.

Como visto, a integridade, validade e autenticidade de um contrato eletrônico podem ser alcançadas por meio das assinaturas digitais que utilizam criptografia, chaves públicas e privadas para cada transação, indicando que apenas os receptores e destinatários poderão firmar aqueles instrumentos.

No entanto, através de uma chave interceptada ou fraudada de outros meios, terceiros mal-intencionados poderiam assinar vários documentos eletrônicos, levando diversas pessoas a acreditarem na autenticidade de tais assinaturas.

Como as chaves geram um fator de garantia, e pelo crescimento do número de transações eletrônicas, foi fundamental a criação de uma organização independente que atestasse a titularidade dos sistemas. Essa organização denomina-se "autoridade certificadora", conforme assevera Maria Eugênia Finkelstein:

> A entidade encarregada de fornecer os pares de chaves da assinatura digital é a autoridade certificadora, um órgão independente e legalmente habilitado para exercer as funções de distribuidor de chaves. Pode-se ser consultada a qualquer tempo, certificando-se que aquela pessoa é titular da assinatura digital, da chave pública e da respectiva chave privada. Isto quer dizer que quem fornecerá a forma de alguém assinar um documento digital é outra pessoa, qual seja, a autoridade certificadora[408].

A autoridade certificadora tem as funções de: (i) administração de chaves públicas e privadas; (ii) emissão dos certificados digitais; (iii) avaliação de vigência e (iv) validade dos certificados; além da publicação dos procedimentos usados para identificação do usuário[409]. Nesse sentido, utiliza o método de autenticação, em que se identifica o usuário e se verifica se ele tem permissão para acessar aquelas informações. As autenticações podem ser feitas por meio de protocolos, cujo objetivo é a realização de transações seguras, mantendo a confidencialidade e integridade dos dados com a aplicação de certificados digitais[410].

A autenticação digital é definida como a operação em que a identificação do usuário das chaves "é analisada e comprovada por um agente, ao qual, restando indiscutivelmente

[408] FINKELSTEIN, Maria Eugênia Reis. *Op. Cit.* 2011. p. 165.

[409] Ibidem.

[410] Como exemplos de protocolos de autenticação podem ser citados o Secure Eletronic Transaction (SET), que é um protocolo utilizado para pagamentos com cartão de crédito; Secure Hyper Text Transfer Protocol (S-http), que proporciona envio dos dados via *web* de maneira segura; e Secure Sockets Layer (SSL), que usa criptografia de chaves públicas para troca de dados via *web*. In: PINHEIRO, Patricia Peck. *Op. Cit.*, 2013. p. 79.

evidenciado que a propriedade da chave pública é de quem realmente se diz ser e, sendo assim fora emitida a mensagem por esta pessoa, expedirá um certificado digital conferindo a validade do ato[411]".

Segundo George Colouris *et a.i*, "a técnica de autenticação básica é incluir em uma mensagem uma parte cifrada que possua conteúdo suficiente para garantir sua autenticidade[412]". A autenticação de uma determinada solicitação para acesso a um arquivo consiste no envio a um servidor que inclui uma chave para este pedido, ou seja, a representação da identidade do principal que faz a rogação, identificação do arquivo, data e hora. Todas as informações passam por um processo de cifragem e o resultado seria uma chave compartilhada entre servidor e o solicitante. Para autenticação e acesso, o servidor decifrará o pedido e verificará se as informações são correspondentes.

O certificado digital é um documento eletrônico com assinatura digital, emitido por uma autoridade certificadora que vincula a chave pública a uma determinada pessoa, isto é, validando sua identidade. É composto de dados identificadores do usuário, prazo de validade e especificação da chave pública.

Para se obter um certificado digital, deve-se procurar uma autoridade certificadora, que irá associar uma identificação a uma chave e inserir os dados nesse documento digital. No Brasil, quem emite os certificados digitais são as autoridades certificadoras, dentro da estrutura da ICP-Brasil, como prevê o art. 6º da Medida Provisória nº 2.200-2/2001:

> Art. 6º Às AC, entidades credenciadas a emitir certificados digitais vinculando pares de chaves criptográficas ao respectivo titular, compete emitir, expedir, distribuir, revogar e gerenciar os certificados, bem como colocar à disposição dos usuários listas de certificados revogados e outras informações pertinentes e manter registro de suas operações.
>
> Parágrafo único. O par de chaves criptográficas será gerado sempre pelo próprio titular e sua chave privada de assinatura será de seu exclusivo controle, uso e conhecimento[413].

Com a emissão do certificado digital, há garantia de autenticidade do documento e da assinatura do contrato eletrônico empresarial. Deste modo, é possível evitar fraudes pela

---

[411] VANCIM, Adriano Roberto; MATIOLI, Jefferson Luiz. *Op. Cit.* 2014. p.113.

[412] COLOURIS, George *et al. Op. Cit.* 2013. p.75.

[413] BRASIL. **Medida Provisória nº 2.200-2, de 24 de agosto de 2001**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/Antigas_2001/2200-2.htm. Acesso em 23 de abril de 2019.

validação da integridade, autenticidade e confidencialidade do sistema criptográfico, com a preservação de dados sigilosos, o que gera grandes benefícios às transações eletrônicas.

Pelo exposto, a autenticação e a certificação digital são fundamentais para segurança informacional dos contratos empresariais, considerando que geram custos de transação menores e atendimento à LGPD com a identificação do remetente e destinatário das informações, bem como sigilo dos dados pessoais.

3.3. O sistema Big Data e sua utilização pelos agentes econômicos

Em maio de 2014 foi publicado nos EUA um relatório da Presidência estadunidense denominado, em tradução livre, "*Big Data*: verificando oportunidades, preservando valores" (*Big Data: Seizing Opportunities, preserving values)* [414], cujo escopo era a revisão do impacto das tecnologias em *Big Data*, nos âmbitos econômico, social e governamental.

O estudo surgiu em meio ao recente contexto de processamento de dados em grande quantidade e velocidade. O sistema *Big Data* tem se expandido vertiginosamente, indicando uma como uma quebra de paradigmas acerca da forma como a tecnologia é utilizada pelas pessoas no cotidiano, como verifica-se do estudo[415].

Segundo o relatório da Diretoria Executiva (*Executive Officer)* da Presidência dos EUA, *Big Data* ainda é considerando um conceito vago, seja pela ciência de dados, pela análise financeira ou para fins negociais. No entanto, é comum para sua definição a utilização maciça das redes de computadores, e como consequência, a coleta rápida de grandes dados e seu tratamento. A concepção também inclui de que forma os indivíduos e estados irão tratar esse processamento. "*Big Data analytics*", ou "análise de *Big Data",* em tradução livre, é como tal processamento de dados é denominado.

Ao final do relatório norte-americano foi demonstrado que o *Big Data* está alterando

[414]ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Executive Office of the President. **Big Data:** Seizing opportunities, preserving values. Washington. 2014. Disponível em https://obamawhitehouse.archives.gov/sites/default/files/docs/big_data_privacy_report_may_1_2014.pdf. Acesso em 28 de abril de 2019.

[415] ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Executive Office of the President. **Big Data:** Seizing opportunities, preserving values. Washington. 2014. Disponível em https://obamawhitehouse.archives.gov/sites/default/files/docs/big_data_privacy_report_may_1_2014.pdf. Acesso em 28 de abril de 2019.

a forma como as pessoas se relacionam e negociam na *internet*. As mudanças legais e organizacionais dos EUA acerca dessa realidade são descritas como prioridades para seu governo.

A Diretoria Executiva da Presidência dos EUA defende a rápida criação de uma lei geral sobre proteção de dados pessoais, propostas legislativas sobre padrões em cibersegurança, futuras alterações ao *Privacy Act* para contemplar cidadãos que não sejam estadunidenses e o reforço na educação das pessoas e organizações sobre a necessidade da proteção de dados, além de outras ações, conforme previu o documento:

> As tecnologias de Big Data estão impulsionando uma enorme inovação, ao mesmo tempo que criam novas implicações de privacidade que vão muito além do foco atual na publicidade on-line. Essas implicações tornam urgente um exame nacional mais amplo do futuro das proteções de privacidade, incluindo a Declaração de Direitos de Privacidade do Consumidor da Administração, lançada em 2012. Será especialmente importante reexaminar a estrutura tradicional de notificação e consentimento que se concentra em obter permissão do usuário antes para coletar dados. Embora o aviso e o consentimento permaneçam fundamentais em muitos contextos, agora é necessário examinar se um foco maior em como os dados são usados e reutilizados seria uma base mais produtiva para o gerenciamento de direitos de privacidade em um ambiente de Big Data[416].
>
> [Tradução livre].

O relatório foi revisado em 2015, também pela Diretoria Executiva da Presidência dos EUA, através de outro texto, "Big Data: verificando oportunidade e preservando valores, relatório de progresso" (*Big Data: seizing opportunities, preserving values, interim progress report*[417]), em livre tradução. O intuito era abordar um acompanhamento periódico e publicar material sobre o andamento de tais medidas, além da criação de novas ações, como liderar conversações internacionais sobre proteção de dados, reforço legal sobre segurança informacional e implementação de melhores práticas sobre o controle e armazenamento dos dados pessoais nos órgãos e entidades.

A maioria das definições acerca de *Big Data* reflete a crescente capacidade tecnológica de capturar, agregar e processar volume, velocidade e variedades cada vez maiores de dados. Em outras palavras, os dados agora estão disponíveis mais rapidamente,

[416] Ibidem.

[417] ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Executive Office of the President. **Big Data:** Seizing opportunities, preserving values. Interim Progress Report. Washington. 2015. Disponível em https://obamawhitehouse.archives.gov/sites/default/files/docs/20150204_Big_Data_Seizing_Opportunities_Preserving_Values_Memo.pdf. Acesso em 28 de abril de 2019.

têm maior cobertura e escopo e incluem novos tipos de observações e medições que anteriormente não existiam.

Para fins do presente estudo, *Big Data* é definido, em tradução livre, no dicionário da sociedade de consultoria *Gartner Group,* como um conjunto "de informações de grande volume, grande velocidade e grande variedade, consideradas na forma de ativos, que exigem formas inovadoras e econômicas de processamento e tratamento, no intuito de permitir uma melhor percepção, tomada de decisões e automações de processos[418]".

Outro aspecto é relacionado à utilização da análise dos dados para efetiva tomada de decisões relacionadas aos aspectos empresariais. Através da análise de todos os dados coletados é possível verificar se um determinado produto atende a um local especificamente, ou que produto ou alteração equivalerá melhor às preferências daqueles clientes. Isso pode ser feito por meio de análise de dados pessoais, geolocalização e imagens. Essa foi a concepção de James Kalyvas e David Albertson:

> O *Big Data* é um processo para fornecer percepções de tomada de decisão. O processo usa pessoas e tecnologia para analisar rapidamente grandes quantidades de dados de diferentes tipos (dados estruturados de tabelas tradicionais e dados não estruturados, como imagens, vídeo, email, dados de transações e interações de mídia social), de uma variedade de fontes, para produzir um fluxo de conhecimento acionável[419].
> [Tradução livre]

Em outras palavras, *Big Data* é uma expressão que descreve grandes volumes de dados velozes e variados, os quais demandam técnicas avançadas para a coleta, armazenamento, distribuição, gestão e análise da informação[420]. No entanto, do processo de análise de *Big Data* resultarão as informações que suportam a tomada de decisões. Portanto, o conceito não é simplesmente uma referência abreviada a uma quantidade ou tipo de dados.

---

[418] GARTNER. **Gartner IT Glossary**. Disponível em https://www.gartner.com/it-glossary/big-data/. Acesso em 25 de abril de 2019.

[419] KALYVAS, James R.; ALBERTSON, David R. A Big Data Primer for Executives. In: KALYVAS, James R.; OVERLY, Michael R. (Coord). **Big Data:** Business and Legal Guide (e-book). Boca Raton: CRC Press, 2015. p. 3.

[420] GANDOMI, Amir; MURTAZA, Haider. Beyond the hype**.** Big Data concepts, methods and analytics. **International Journal of Infomation Management**. N. 35. Elsevier. 2015. p. 137-144.

De acordo com os citados autores[421], *Big Data* compreende três noções: volume (grande quantidade dados coletados e tratados), velocidade (rapidez do tratamento dos dados), e variedade (diversos tipos de informações), denominadas os três "v(s)" do *Big Data*. Modernamente foram acrescentadas as características de veracidade e valor, como tratam Sharvari Tamane *et al.*:

> Big Data é tipicamente dividido em três características principais: Volume (ou seja, quantidade de dados), Velocidade (ou seja, velocidade de processamento de Big Data) e Variedade (ou seja, a compreensão de várias categorias de *Big Data*: estruturadas ou não estruturadas). Existem duas características ainda mais importantes: Veracidade (ou seja, quão precisos são os dados na previsão do valor de negócios?) e Valor (a conversão dos dados em valor para o negócio real). Em uma tradução simples, a definição de *Big Data* importa noção de grandeza, além de existirem várias categorias, tanto que se torna muito difícil processar os dados usando sistemas de gerenciamento de bancos de dados relacionais. A indústria deve fornecer informações úteis para produção e tratamento correto dos dados. Os dados devem ser processados com a utilização das modernas ferramentas, com intuito de produzir informações importantes e significativas[422].
> [Tradução livre].

O volume efetivamente significa a grande quantidade de dados que são atualmente criados, coletados e processados por meio dos acessos computacionais e às redes. O tamanho dos bancos de dados continua crescendo exponencialmente, inclusive superou os recursos das ferramentas de dados tradicionais para captura, armazenamento, gerenciamento e análise, sendo utilizadas ferramentas em nuvem[423]. Segundo James Kalyvas e David Albertson:

> O *Big Data* também compreende um conjunto de dados de diversos tipos, por isso uma de suas dimensões é a variedade. Os dados podem ser divididos em dados estruturados e não estruturados. O *Big Data* também está transformando a análise de dados expandindo drasticamente a variedade de dados úteis para análise. O *Big Data* combina o valor dos dados armazenados em bancos de dados estruturados tradicionais com o valor da riqueza de novos dados disponíveis a partir de fontes de

[421] Diversos autores e empresas que monitoram Big Data descrevem essas características, como Amir Gandomi e Haider Murtaza (Cf. *Ibidem)*, bem como Viktor Mayer-Schonberger e Kenneth Cukier (In: MAYER-SCHONBERGER-Viktor; CUKIER, Kenneth. *Op. Cit.* 2013).

[422] TAMANE, Sharvari C. *et al*. The basics of Big Data and Security Concerns. **Privacy and Security Policies in Big Data**. New York: Igi Global, 2017. p. 2.

[423] Com o armazenamento em nuvem, os dados computadorizados são alocados em bancos de dados externos, por meio da *internet*, abrangendo diversos servidores. Isto é, não ficam armazenados nos hardwares físicos do titular ou agente responsável. Cf. PINHEIRO, Patricia Peck. *Op. Cit.* 2013. p. 104. "Não depender mais de um HD específico para acessar seus dados, pois estão em nuvem, a tão falada *cloud computing* permite o desapego completo do 'onde' para a oportunidade do 'quando'. Ou seja, quando precisar de uma informação, de qualquer lugar do mundo, basta se conectar e ela estará lá disponível. Como todas as demais ferramentas tecnológicas, a computação em nuvem tem seus benefícios e seus riscos [...]".

> dados não estruturados. Dados não estruturados incluem o universo de dados em rápido crescimento que não está estruturado. Exemplos comuns de dados não estruturados são conteúdos gerados por usuários nas mídias sociais[...][424].
> [Tradução livre].

O valor é outra dimensão do *Big Data*. Diz respeito a de que forma a análise de dados irá gerar receita, faturamento para os agentes econômicos. Dessarte, é possível prever que o *Big Data* irá impactar o objetivo dos empresários e da sociedade civil em geral, de forma a lhes trazer ganhos.

A noção de veracidade é modernamente compreendida como uma referência à confiabilidade, correlação e validação das informações. Assim, a organização estratégica do *Big Data* deve incluir uma etapa de validação, gestão e acompanhamento da análise. Com isso, atende-se às leis, regulações e obrigações contratuais, que têm impacto na arquitetura dos sistemas, nas ações a serem tomadas e no armazenamento e compartilhamento dos dados.

Em relação à velocidade, o sistema de *Big Data* compreende a grandeza dos dados e a rapidez com a qual eles devem ser coletados, armazenados e analisados. Ou seja, a velocidade é fundamental para o tratamento de dados e para que as essas análises sejam realizadas, como citam Tiago França *et alii*: o *Big Data* pressupõe "[...] um volume grande de dados, variedade (já que tais mídias apresentam características distintas no que se relaciona à estrutura, dinâmica, uso e modelagem) e necessidade de velocidade em seu tratamento, para que diferentes análises sejam viáveis[425]".

Por conseguinte, a variedade significa que diversos tipos de dados são analisados e tratados pelo sistema do *Big Data*. Os dados podem ser divididos em duas espécies: estruturados ou não estruturados. Os primeiros possuem um formato fixo, descritos em tabelas, bancos de dados, informações gráficas; podem ser organizados e pesquisados pelo seu tipo e conteúdo, por isso sua gestão é mais simples. Por outro lado, os dados não estruturados não têm formato definido, não são facilmente organizados e sua gestão é difícil. Ocorre que os dados não estruturados precisam passar por um processamento, para que as informações sejam extraídas deles e então se transformem em dados estruturados, para poderem ser lidos e interpretados pelos agentes. Quase todos os dados da *internet* são não estruturados. Por

[424] KALYVAS, James R.; ALBERTSON, David R. *Op. Cit*. 2015. p. 10.

[425] FRANÇA, Tiago Cruz *et al*. Big Social Data: princípios sobre coleta, tratamento e análise de dados sociais. In: **Simpósio Brasileiro de Banco de Dados**. Tópicos em gerenciamento de dados e Informações. Organização: Departamento de Informática da UFPR e Escola Politécnica da PUC-PR. Curitiba. 2014. p. 10.

exemplo: dados emitidos pelas redes sociais, por correio eletrônico, imagens, vídeos, geolocalização, dados de centrais de atendimento, dados econômicos, entre outros, como asseveram Sharvari Tamane *et al*.:

> Os dados não estruturados não têm formato predefinido nem são organizados de forma predefinida. Esse tipo de dados é irregular e ambíguo, o que dificulta o entendimento usando-se os programas tradicionais de gerenciamento de banco de dados ou programas de computador. Hoje em dia, diz-se que 80% dos dados no mundo estão em formato não estruturado, principalmente em texto, e esse formato está crescendo significativamente todos os dias. Esses dados precisam ser processados para que seja possível extrair informações úteis. Daí devem ser convertidos em dados estruturados e, em seguida, podem ser analisados e usados para tomada de decisões de negócios importantes[426].
> [Tradução livre].

A análise de *Big Data é* extremamente relevante, pois também realiza esse papel de investigar todos os dados não estruturados ou genéricos, buscando sua conversão. Esse processo transforma o resultado do intenso uso das redes compartilhadas em dados úteis para os agentes econômicos, que irão utilizá-los para gerar valor para suas atividades.

Em relação aos contratos empresariais, importa notar que os agentes econômicos lançam mão das informações em grande volume, velocidade e variedade para seus negócios. Nesse sentido, alguns índices demonstram grande crescimento da utilização de *Big Data* pelos empresários, e isso tem reduzido os custos transacionais.

Inicialmente, a mídia internacional[427] tem disseminado a ampla utilização de análise de *Big Data* pelos empresários. Estima-se que mais de 50% (cinquenta por cento) deles processem grandes dados para fins negociais, especialmente vendas, marketing e busca de parceiros comerciais.

Em pesquisa realizada em 2017[428], a sociedade *Mckinsey & Company*[429] apontou que

---

[426] TAMANE, Sharvari C. *et al*. *Op. Cit.*, 2017. p. 2.

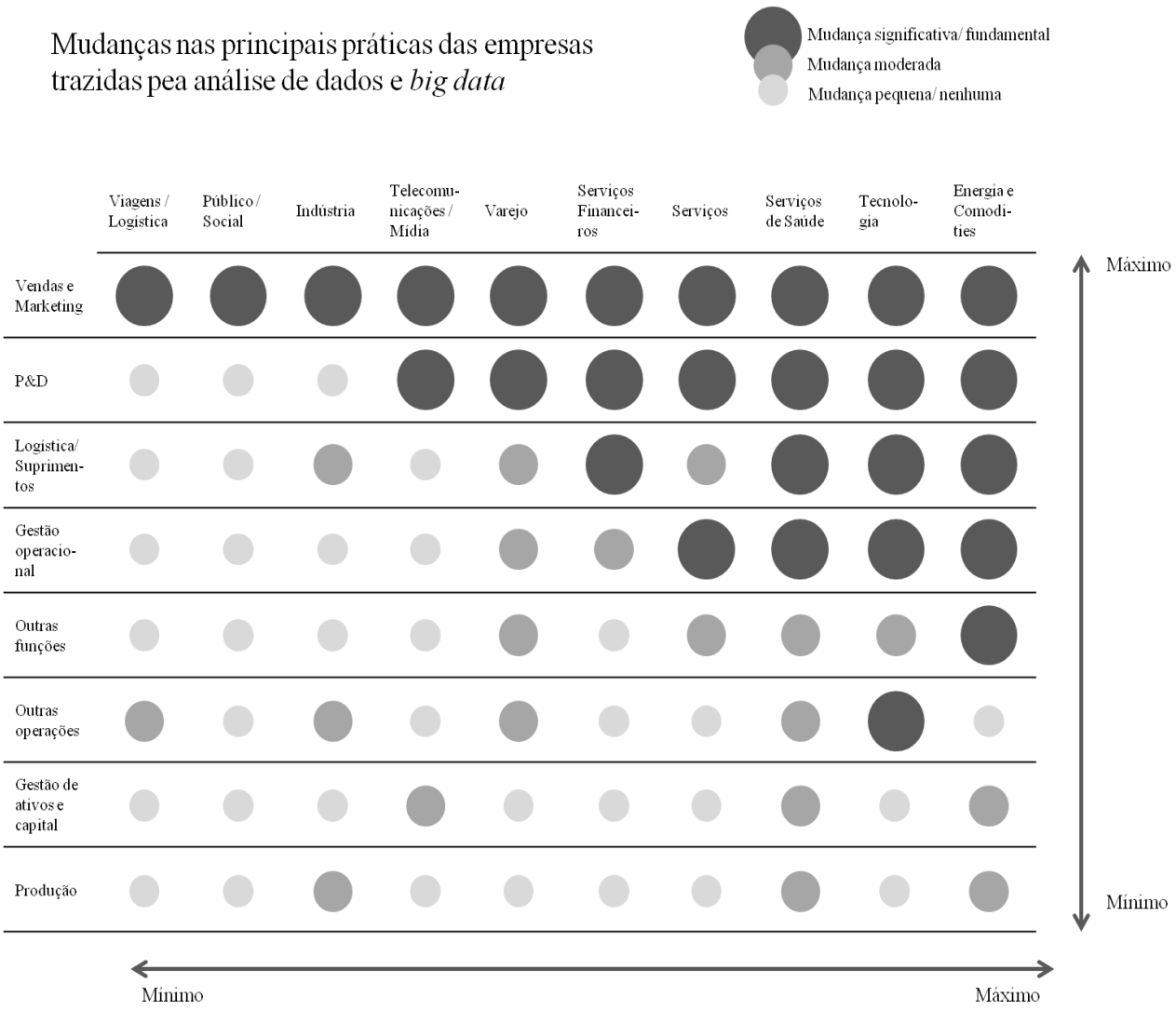
[427]Em dezembro de 2017, a Forbes publicou um estudo no sentido de que 53% das empresas adotam análise de *Big Data*. Fonte: COLUMBUS, Louis. 53% Of Companies Are Adopting Big Data Analytics. **Forbes.** 24 de dezembro de 2017. Recurso eletrônico. Disponível em https://www.forbes.com/sites/louiscolumbus/2017/12/24/53-of-companies-are-adopting-big-data-analytics/#1b384e1d39a1. Acesso em 26 de abril de 2019.

[428] A pesquisa foi realizada de forma on-line em março de 2017, e chegou a 530 respostas de executivos e gerentes de diferentes regiões, indústrias e empresas de ramos de tamanhos diferentes.

[429] Mckinsey & Company é uma companhia norte-americana de consultoria empresarial. É reconhecida como a líder mundial nesse ramo. In: MCKINSEY & COMPANY. **Analytics comes of age**. McKinsey Analytics. January, 2018. Disponível em

50% (cinquenta por cento) dos entrevistados afirmaram que a análise de dados e *Big Data* mudaram fundamentalmente as práticas de negócios em suas funções de vendas e *marketing*:

Figura 1 – Resultado de pesquisa sobre utilização de *Big Data*



Fonte: MCKINSEY & COMPANY. **Analytics comes of age**. McKinsey Analytics, 2018[430].

Nota 1: Tradução livre pelo autor.

---

https://www.mckinsey.com/~/media/McKinsey/Business%20Functions/McKinsey%20Analytics/Our%20Insights/Analytics%20comes%20of%20age/Analytics-comes-of-age.ashx. Acesso em 26 de abril de 2019.

[430] GOTTLIEB, Josh; Khaled Rifai; Fueling growth through data monetization. In: MCKINSEY & COMPANY. **Analytics comes of age**. McKinsey Analytics. January, 2018. pp. 43. Disponível em https://www.mckinsey.com/~/media/McKinsey/Business%20Functions/McKinsey%20Analytics/Our%20Insights/Analytics%20comes%20of%20age/Analytics-comes-of-age.ashx. Acesso em 26 de abril de 2019. A versão original foi traduzida para o português para fins da tese.

Como pode ser visto na Figura 1,FIGURA 1 os maiores ganhos com a implementação do *Big Data* foram relativos a vendas e marketing, além da parte de distribuição e logística. Por conseguinte, o mercado *B2B* foi muito impactado por essa utilização.

Não obstante, atualmente os agentes econômicos têm objetivo de coletar e analisar os grandes dados, no intuito de gerar receitas. A grande finalidade dos agentes econômicos em relação ao processamento é como monetizar o tratamento de dados. Patricia Peck Pinheiro também já havia salientado esse ganho de valor com *Big Data*. Para ela, a sociedade deve evoluir no sentido de "como gerar negócios com o grande banco de dados global que se tornou a web, principalmente com todas as informações publicadas pelas próprias pessoas na era pós-web 2.0. Quanto maior o potencial, maior o valor da própria empresa[431]".

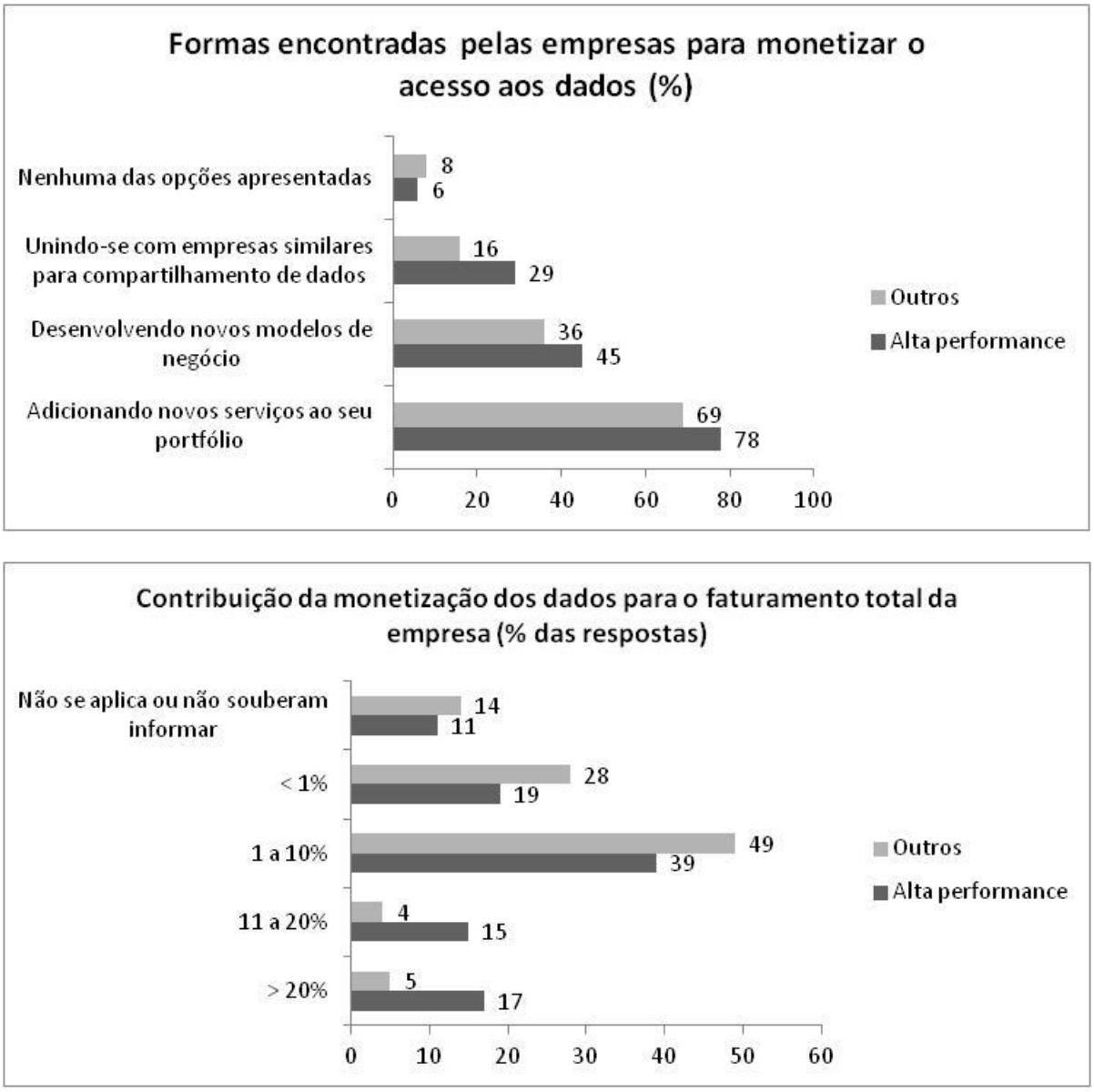
Algumas formas de trazer valor aos dados já foram elencadas em mídias eletrônicas, por exemplo: (i) diferenciação de preços mediante implementação de uma estratégia adotada com análise de dados, (ii) consolidação de respostas de clientes em relação aos produtos e serviços, se atendem ou não às expectativas, (iii) análise de dados voltados para publicidade, ou seja, quais padrões irão trazer um apelo maior ao público específico, (iv) aprimoramento do relacionamento com o cliente e (v) utilização de geolocalizações para controle de estoque, marketing e precificação, com a redução de custos de transação, em razão de previsibilidade desses custos, entre outros[432]. Nesse sentido, a pesquisa da *Mckinsey & Company* questionou grandes empresários[433] a respeito de que maneira puderam monetizar a análise em *Big Data*, conforme descrito na Figura 2 a seguir:

[431] PINHEIRO, Patricia Peck. *Op. Cit.* 2013. p. 43.

[432] Cf. COLUMBUS, Louis.Ten Ways Big Data Is Revolutionizing Marketing And Sales. **Forbes.** 9 de maio de 2016. Recurso eletrônico. Disponível em https://www.forbes.com/sites/louiscolumbus/2016/05/09/ten-ways-big-data-is-revolutionizing-marketing-and-sales/#4d25ad1921cf. Acesso em 26 de abril de 2019.

[433] Empresas de alta performance são organizações que, de acordo com os entrevistados, tiveram taxas de crescimento anuais de 10% ou mais, tanto para receita orgânica quanto para lucro antes de juros e impostos nos últimos três anos. Fonte: GOTTLIEB, Josh; RIFAI, Khaled. *Op. Cit*. 2018. p. 43.

Figura 2 – Monetização de *Big Data* para os agentes econômicos



Fonte: MCKINSEY & COMPANY. **Analytics comes of age**. McKinsey Analytics, 2018[434].

Nota: Tradução livre pelo autor.

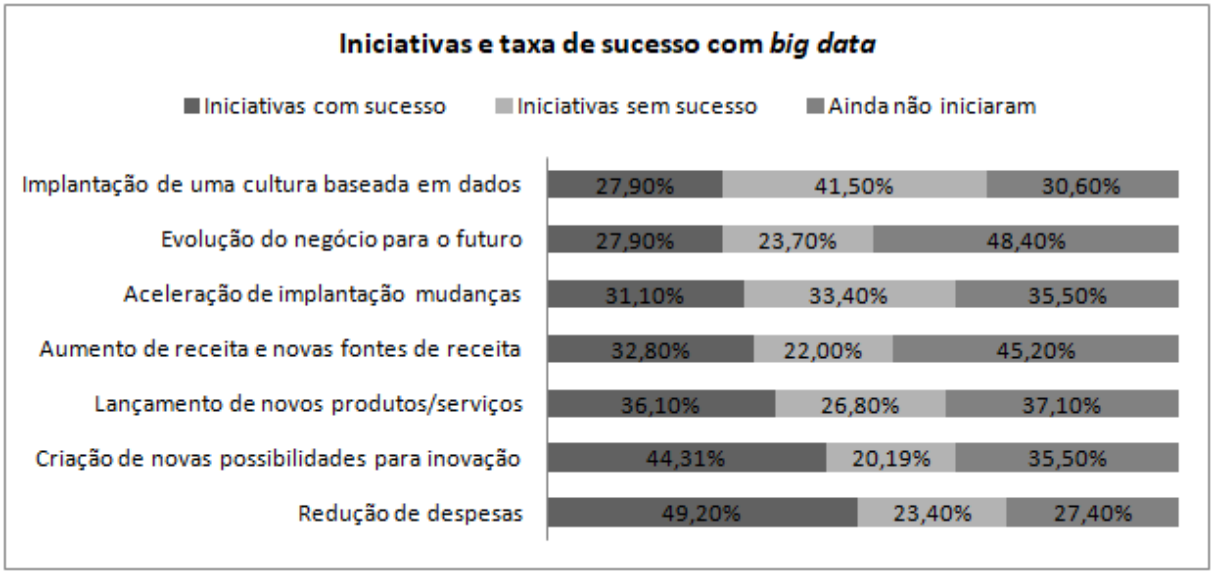
Pelo exposto na pesquisa, a análise de *Big Data* representou uma fonte de receitas para os agentes econômicos, na medida em que pôde (i) adicionar novos serviços às ofertas existentes, (ii) desenvolver modelos inovadores de negócios; (iii) representar uma união entre diversos empresários para criar uma utilidade relacionada aos dados (por exemplo, um

[434] Idem. A versão original foi traduzida para o português para fins da tese.

mercado de dados, ou algum tipo de compartilhamento).

Em relação às vantagens de utilização de análise de dados e *Big Data*, um estudo desenvolvido em 2017 pela sociedade de consultoria *NewVantage Partners*[435], especializada em negócios sobre dados, evidenciou que as corporações atingiram resultados positivos sobre o emprego de *Big Data*. Há também uma grande redução de custos de transação com a adoção do tratamento, como pode ser visto na tabela abaixo:

Figura 3 – Iniciativas realizadas com *Big Data* e atingimento dos objetivos



Fonte: *NewAdvantage Partners*, 2017, p. 8[436].

Nota 1: Tradução livre pelo autor.

Como visto acima, os agentes buscam sempre a redução dos custos relacionados à utilização de novas ferramentas, especialmente as tecnologias inovadoras. Nesse sentido, demonstrou-se que 72,6% (setenta e dois vírgula seis por cento) dos agentes entrevistados haviam começado processos de redução de despesas e aumento de eficiências operacionais.

[435] Cf. A NewVantage Parters realizou, em 2012, uma pesquisa sobre decisões e negócios relativos ao Big Data, com foco em 1000 executivos e sociedades empresárias de grande porte. Em 2017, a pesquisa foi aplicada novamente, com objetivo de atualização. In: NEWVANTAGE PARTNERS. **Big Data Executive Survey**. Boston. 2017. Disponível em http://newvantage.com/wp-content/uploads/2017/01/Big-Data-Executive-Survey-2017-Executive-Summary.pdf. Acesso em 26 de abril de 2019.

[436] NEWVANTAGE PARTNERS, *Op. Cit*., 2017. p. 8. A versão original foi traduzida para o português para fins da tese.

Ainda, 49,2% (quarenta e nove vírgula dois) declararam que haviam obtido sucesso com essa iniciativa.

Não obstante, também foi revelado na pesquisa que os agentes econômicos tiveram sucesso em suas atividades de análise de *Big Data,* com a implementação de uma cultura direcionada pelos dados, sendo capazes de criar outras receitas com inovação e lançar novos produtos e serviços etc.

Os custos de transação são concebidos como quaisquer relacionados a uma transação ou negócio, desde os valores materiais despendidos com a elaboração de um contrato até os custos existenciais de confiança de um negócio. Como visto, foi um conceito inicialmente formulado por Ronald Coase[437], mas depois retratado pelos demais movimentos da AED.

Os empresários buscam, dentre outras ações, que a análise de *Big Data* seja um elemento das novas transações tecnológicas, proporcionando uma redução desse complexo de custos, com a redução dos tradicionais gastos em seus negócios. Da mesma forma Oliver Williamson tratou as despesas que podem ser antecipadas e, com isso, mitigadas:

> Uma vez que as conseqüências imprevistas sejam compreendidas, esses efeitos serão antecipados e as ramificações podem ser desdobradas no design organizacional. Os custos indesejados serão então atenuados e os benefícios imprevistos serão aprimorados. Melhor desempenho econômico resultará normalmente[438].
>
> [Tradução livre]

Como já demonstrado, a redução poderá ser implementada com o entendimento maior dos agentes acerca do mercado, de suas necessidades, produtos e serviços, marketing a ser adotado e direcionamento voltado à geolocalização.

Tem-se que a digitalização e a adoção de estratégias, baseadas na redução de custos de transação pelo maior conhecimento de informações do mercado, atingirão os contratos com a perspectiva econômica, considerando o relacionamento entre clientes e fornecedores, na previsão de Venkat Atluri *et al.*:

---

[437] COASE, Ronald H. *Ibidem,* 1937.

[438] WILLIAMSON, Oliver. **Transaction Costs and Organization Theory**. Industrial and Corporate Change. Janeiro, 1993. (Recurso Eletrônico). Disponível em https://www.researchgate.net/publication/31462357_Transaction_Cost_Economics_and_Organization_Theory. Acesso em 17 de abril de 2019. Na redação original: "*Once the unanticipated consequences are understood, those effects will thereafter be anticipated and the ramifications can be folded back into the organizational design. Unwanted costs will then be mitigated and unanticipated benefits will be enhanced. Better economic performance will ordinarily result*."

> As relações entre esses participantes serão comerciais e contratuais, e os contratos (escritos, digitais ou ambos) regularão formalmente os pagamentos ou outras considerações referentes a negociações, serviços prestados e as regras que governam o fornecimento e o acesso aos dados dos ecossistemas. Além de apenas definir as relações entre os participantes do ecossistema, a digitalização de muitos desses contratos está mudando os limites da empresa, reduzindo os custos de transação associados a atividades como negociação, mensuração e manutenção da confiança. Há mais de 80 anos, o ganhador do Prêmio Nobel Ronald Coase argumentou que as sociedades estabelecem seus limites com base nos custos de transação, como: quando o custo de transação de um produto ou serviço no mercado aberto supera os custos de gerenciaciamento e coordenação da atividade incremental para criar esse produto ou serviço internamente, a sociedade decidirá executar essa atividade internamente. Como a digitalização reduz os custos de transação, torna-se mais econômico para as empresas contratar mais atividades desse tipo e um conjunto mais rico de relacionamentos ecossistêmicos mais especializado será facilitado[...][439]. [Tradução livre].

O processamento de dados de grande volume, velocidade e variedade já é uma realidade mundial e tende a se ampliar nos próximos anos. Além disso, as tecnologias visam a aumentar o escopo contratual com o crescimento dos serviços, a personalização daqueles e a redução de custos de transação.

Nesse sentido, o grande desafio da sociedade é a garantia de políticas (legislativas, organizacionais e de governança, inclusive voltadas para contratos) voltadas para um equilíbrio entre o processamento de *Big Data* em relação à privacidade pessoal. Nos próximos itens examinam-se este paradoxo e a necessidade de criação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados, com o fim de garantir tal harmonização, por meio de políticas públicas.

---

[439] ATLURI, Venkat *et al.* Competing in a world of sectors without borders. In: MCKINSEY & COMPANY. **Analytics comes of age**. McKinsey Analytics. January, 2018 p 8. Disponível em https://www.mckinsey.com/~/media/McKinsey/Business%20Functions/McKinsey%20Analytics/Our%20Insights/Analytics%20comes%20of%20age/Analytics-comes-of-age.ashx. Acesso em 26 de abril de 2019. No original, citam os autores: "*The relationships among these participants will be commercial and contractual, and the contracts (whether written, digital, or both) will formally regulate the payments or other considerations trading hands, the services provided, and the rules governing the provision of and access to ecosystem data. Beyond just defining relationships among ecosystem participants, the digitization of many such arrangements is changing the boundaries of the company by reducing frictional costs associated with activities such as trading, measurement, and maintaining trust. More than 80 years ago, Nobel laureate Ronald Coase argued that companies establish their boundaries on the basis of transaction costs like these: when the cost of transacting for a product or service on the open market exceeds the cost of managing and coordinating the incremental activity needed to create that product or service internally, the company will perform the activity in-house. As digitization reduces transaction costs, it becomes economic for companies to contract out more activities, and a richer set of more specialized ecosystem relationships is facilitated*".

3.4. Um paradoxo: proteção de dados e monetização do *Big Data*

Analisou-se no último item que as tecnologias têm impactado a forma de contratação atual, especialmente no tocante à análise de dados. Os agentes econômicos a utilizam para criar valor para seus propósitos, seja frente ao relacionamento entre clientes e fornecedores, seja sobre a aceitação de seus produtos, padrões de preferências, precificação, criação e desenvolvimento de novos bens e serviços.

Logo, os dados são vistos como ativos para os agentes econômicos, sendo certo que existe uma clara vantagem na utilização dessas tecnologias para a ampliação de mercados e redução dos custos de transação. Além disso, verificou-se que internacionalmente a análise de *Big Data* já é feita, inclusive com resultados de sucesso na realização das atividades pelos empresários.

Contudo, é necessário conciliar a utilização da análise de dados com a proteção destes e privacidade inerente ao cidadão, já previstas na Constituição Federal, no Código de Defesa do Consumidor e, notadamente, na LGPD. A respeito do paradoxo em análise, comentam Adalberto Simão Filho e Germano Schwartz:

> O desafio e o paradoxo consequente nos parece decorrer da necessidade da necessidade da conciliação de interesses empresáriais tão distintos como o legítimo e irrenunciável direito da busca da lucratividade global como principal resultado esperado, através do que se convencionou denominar *internet* das coisas – IDC, desenvolvida a partir da interpretação de dados maciços e a aplicação em negócios e modelos econômicos, com as premissas decorrentes do sistema da regulação adotado no país no que tange a proteção de consumidores, dados, privacidade, entre outros, que não despreza direitos que corriqueiramente aparecem violados no uso diuturno e maciço da *internet*, na busca da harmonização em contexto da nova empresarialidade. [440]

No Brasil, como visto no primeiro capítulo, existe um embasamento legal construído no sentido de proteção à tutela da propriedade privada, inviolabilidade da vida privada, intimidade, privacidade em sentido amplo, sobretudo da dignidade da pessoa humana, lastreado na Constituição Federal (art. 5º, X), também de forma extensiva à pessoa jurídica.

[440] SIMÃO FILHO, Adalberto; SCHWARTZ, Germano André D. *Op. Cit.*, 2019. p. 219.

Internacionalmente, há que se falar na inviolabilidade da privacidade prevista na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, da ONU[441], item XII. Deste modo, os autores Adalberto Simão Filho e Germarno André Schwartz pontuam "que a proteção da vida privada faz parte de um conjunto de direitos essenciais para o ser humano, sendo a base para a conservação e concretude do princípio da dignidade humana[442]".

No direito norte-americano existem inúmeras normas, de âmbito federal e estadual, para regulação da proteção de dados das pessoas em nível federal, conforme o setor abrangido, além de relatórios periódicos, acompanhados pela própria presidência da república para verificação da utilização dos dados dos cidadãos e endereçamento das políticas de proteção de dados. Tais fatos apontam a preocupação dos EUA acerca do *Big Data*, sua lucratividade, mas é preciso conciliar as ferramentas tecnológicas com a necessária proteção de dados[443]:

> O grupo de trabalho Big Data e Privacidade concluiu que, apesar da novidade do campo, o Big Data já está salvando vidas, fazendo a economia e o governo funcionarem melhor, e fazendo o contribuinte economizar dólares ao longo do caminho. Big Data continuará a contribuir e moldar a nossa sociedade, e a Administração[...] continuará trabalhando para garantir que o governo e a sociedade civil se esforçam para aproveitar o poder dessas tecnologias, protegendo a privacidade e evitando resultados prejudiciais.
>
> [Tradução livre].

Igualmente, a União Europeia, ciente das novas alterações de utilização mundial de dados de seus cidadãos por pessoas situadas ou não em território europeu, verificou a necessidade de ampliação de seus diplomas existentes (sobretudo a Diretiva nº 46/1995), com a edição do RGPD.

O sistema *Big Data* está impactando o Brasil aos poucos. Como uma realidade tecnológica em um mundo globalizado, a coleta, tratamento, armazenagem de dados dos

---

[441] Cf. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 2019.** Disponível em https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf. Acesso em 03 de abril de 2019. O art. XII do instrumento prevê que ninguém será sujeito à interferência em sua vida privada, em sua família, em seu lar ou em sua correspondência, nem a ataque à sua honra e reputação. Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.

[442] SIMÃO FILHO, Adalberto; SCHWARTZ, Germano André D. *Idem*, p. 229.

[443] ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Executive Office of the President. **Big Data:** Seizing opportunities, preserving values. Interim Progress Report. Washington, 2015. Disponível em https://obamawhitehouse.archives.gov/sites/default/files/docs/20150204_Big_Data_Seizing_Opportunities_Preserving_Values_Memo.pdf. Acesso em 28 de abril de 2019.

brasileiros já ocorrem há anos, e os aproximadamente duzentos milhões de habitantes representam um mercado consumidor ávido e importante no cenário global.

O *Big Data*, como visto no item anterior, permite aos agentes econômicos maior lucratividade, com a utilização da análise de dados para otimização dos negócios jurídicos e redução dos custos de transação, investimentos em inovação e relacionamento com o consumidor. Porém, concomitantemente à livre iniciativa e livre concorrência daqueles na utilização dos dados, o princípio da privacidade e a consequente proteção de dados devem ser considerados no sopesamento.

Deste modo, Chanley Howell[444] esclarece que as políticas eficientes de proteção de dados na era do *Big Data* compreendem algumas noções demonstradas pela ideia moderna de privacidade, controle e autodeterminação informativa, como: (i) a capacidade que tem a pessoa de acessar seus dados, de forma que não seja excessivamente onerosa; (ii) os métodos para evidenciar e impugnar as informações imprecisas devem ser rápidos e fáceis; e (iii) a criação de procedimentos formais pelos agentes econômicos para otimização dos itens acima.

> As organizações devem implementar práticas e procedimentos para atualizar, corrigir e excluir informações pessoais, conforme exigido pelo consumidor ou pela lei aplicável. Os três princípios – aviso, escolha e acesso – estão no centro de um programa de conformidade de privacidade bem-sucedido para iniciativas de *Big Data*. As seções a seguir descrevem as leis selecionadas e os requisitos legais que geralmente envolvem a conformidade de privacidade para projetos de Big Data[445].

Nessa ótica, surge a LGPD, no intuito de regulamentar a proteção de dados no território brasileiro ou a circulação de bens e serviços nesse território, além de determinar a obrigatoriedade de políticas eficientes pelos responsáveis pelo tratamento de dados.

A criticidade do paradoxo em relação às modernas tecnologias e a privacidade ganha relevância em razão da ausência de conhecimento do titular sobre a utilização de seus dados, de seu monitoramento ou vigilância. Logo, apenas uma gestão pública eficaz poderá adotar medidas preventivas e corretivas para ratificação da segurança informacional, como enunciam Adalberto Simão Filho e Germano Schwartz:

---

[444] HOWELL, Chanley. Privacy and Big Data. In: KALYVAS, James R.; OVERLY, Michael R. (Coord). **Big Data:** Business and Legal Guide (e-book). Boca Raton: CRC Press, 2015. p. 39.

[445] HOWELL, Chanley. Privacy and Big Data. In: KALYVAS, James R.; OVERLY, Michael R. (Coord). *Ibidem*.

> [...] Não há ainda uma harmonização dos interesses pessoais e econômicos gerados pelo sistema *Big Data* que possa levar à completa proteção da privacidade ou, ainda, à eficácia do sistema de autodeterminação. [...]
>
> [...] Talvez um caminho favorável para gerar a real proteção dos dados em todas as circunstâncias seja mesmo a criação de agências e entidades reguladoras dos dados, com a ampliação da percepção do que se entende por dados pessoais, incluindo dados genéticos e biométricos e, ainda, da condição de aplicabilidade e interpretação extensiva das regras atuais, para que se possa minimamente contemplar também a proteção do cidadão em face do uso abusivo de dados pessoais e informações maciçamente processadas e obtidas que acabam por gerar uma nova cadeia de valor formada às custas da invasão da privacidade e da intimidade alheia[446].

Existe a intenção empresarial de lucratividade com a utilização de *Big Data* para as transações comerciais, mas com a necessária compatibilização em relação à proteção de dados. No entanto, a LGPD previu claramente os limites de utilização das informações das pessoas naturais, sendo certo que caberá à Agência Nacional de Proteção de Dados essa fiscalização e aplicação das medidas cabíveis aos descumprirem tais obrigações, conforme será explicitado no item seguinte.

3.4.1. O papel da Agência Nacional de Proteção de Dados (ANPD)

Quando da publicação da LGPD, os artigos que tratavam da Autoridade Nacional de Proteção de Dados foram vetados pelo então presidente Michel Temer. A justificativa apresentada foi no sentido de que havia inconstitucionalidade no processo legislativo, com afrontas ao art. 61, §1º, II, cumulado com o art. 37, XIX, ambos da Constituição Federal, com vício de iniciativa, pois a criação de tal órgão deveria advir do Poder Executivo[447].

Tal veto foi muito criticado pelos doutrinadores, especialmente em relação ao direito comparado, com a criação das autoridades de controle nacionais, desde a Diretiva nº 46/95 do Conselho Europeu e da *European Data Protection Supervisor (EDPS)*, por meio da Diretiva nº 45/2001, do Parlamento Europeu, com objetivo de proteção dos dados em âmbito comunitário, isto é, organizações, órgãos e entidades da EU. Vale dizer que a Diretiva nº

[446] SIMÃO FILHO, Adalberto; SCHWARTZ, Germano André D. *Op. Cit.* 2019. p. 142-243.

[447] BRASIL. **Mensagem nº 451, de 14 de agosto de 2018**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Msg/VEP/VEP-451.htm. Acesso em 19 de abril de 2019.

45/2001 foi revogada pelo Regulamento 2018/1725 do Parlamento Europeu, mas manteve a existência de tal autoridade.

Danilo Doneda e Laura Schertel já haviam se posicionado no sentido da necessidade de criação de uma entidade que exercesse fiscalização das atividades de proteção de dados no Brasil, para que o país alcançasse as práticas mundiais de proteção de dados:

> Em todos esses casos, uma lei abrangente de proteção de dados, bem como leis setoriais, são instrumentos essenciais para enfrentar os desafios e riscos impostos pelo processamento de dados por meio de novas tecnologias. Acima de tudo, a criação de uma autoridade central de proteção de dados parece ser crucial para centralizar as discussões sobre esses assuntos, propor novos regulamentos e fazer cumprir as normas existentes[448].
> [Tradução livre].

A Medida Provisória nº 869, de 27 de dezembro de 2018, foi adotada para alterar a Lei nº 13.709/2018, para criar a ANPD, como um órgão da administração pública federal integrante da Presidência da República, mas com independência técnica (art. 55-B).

A ANPD será composta por um Conselho Diretor, como órgão máximo de direção; Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e Privacidade (CNPDPP); Corregedoria; Ouvidoria; órgão de assessoramento jurídico próprio e unidades administrativas e especializadas para aplicação dos quesitos legais. Conforme prevê o art. 55-G da LGPD, ato do Presidente da República disporá sobre sua estrutura regimental.

Em relação à competência da ANPD, cabe ao órgão: (i) zelar pela proteção dos dados pessoais; (ii) editar normas e procedimentos; (iii) deliberar, na esfera administrativa, sobre a interpretação da Lei, competências e casos omissos; (iv) requisitar, a qualquer momento, informações aos controladores e operadores; (v) implementar mecanismos simplificados, inclusive por meio eletrônico, para registro de reclamações sobre tratamento de dados pessoais; (iv) fiscalizar e aplicar sanções na hipótese de tratamento de dados realizados em descumprimento à legislação, mediante processo administrativo que assegure ampla defesa e contraditório; (vii) comunicar às autoridades competentes as infrações penais; (viii) comunicar aos órgãos de controle interno o descumprimento da LGPD praticado por órgãos e

[448] DONEDA, Danilo; MENDES, Laura Schertel. Data Protection in Brazil: New Developments and Current Challenges. In: GUTWIRTH, Serge; LEENES, Ronald; HERT, Paul de. **Reloading Data Protection.** Multidisciplinary Insights and Contemporary Challenges. New York: Springer, 2014. p. 18.

entidades da administração pública federal; (ix) difundir na sociedade o conhecimento sobre normas e políticas públicas de proteção de dados pessoais e medidas de segurança; (x) estimular a adoção de padrões para serviços e produtos que facilitem o exercício de controle e proteção de dados; elaborar estudos sobre o tema; (xi) realizar consultas públicas; realizar oitiva de entidades e órgãos da administração pública que sejam responsáveis pela regulação de setores específicos da atividade econômica; (xii) articular-se com agências reguladoras públicas; e (xiii) elaborar relatórios de gestão anuais acerca de suas atividades.

O art. 58-K da LGPD prevê que a aplicação de sanções compete exclusivamente à ANPD, cujas atribuições prevalecerão no que se refere à proteção de dados pessoais sobre aquelas correlatas de outras entidades ou órgãos da administração pública.

Deste modo, o legislador procurou reduzir as assimetrias informacionais entre demais órgãos e entidades da administração direta e indireta no tocante à aplicação de leis e regulamentos sobre a proteção de dados. Inicialmente, a ANPD deverá agir com cooperação com tais organizações, mediante oitiva prévia relacionada às resoluções ligadas aos setores específicos. Além disso, deverá articular sua atuação com as autoridades reguladoras para exercer sua competência em âmbito setorial das atividades econômicas.

Esse entendimento é consolidado pelo parágrafo segundo do art. 55-J, § 2º da LGPD, que dispõe que a ANPD deverá coordenar sua atuação com as demais organizações:

> A ANPD e os órgãos e entidades públicos responsáveis pela regulação de setores específicos da atividade econômica e governamental devem coordenar suas atividades, nas correspondentes esferas de atuação, com vistas a assegurar o cumprimento de suas atribuições com a maior eficiência e promover o adequado funcionamento dos setores regulados, conforme legislação específica, e o tratamento de dados pessoais, na forma desta Lei[449].

Por exemplo, a Resolução nº 632, de 7 de março de 2014, da ANATEL[450] estabelece, no art. 3º, incisos V e VII, que os consumidores dos serviços têm direito a inviolabilidade e sigilo da comunicação e à privacidade dos seus dados, *in verbis:*

---

[449] BRASIL. **Lei 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 13 de abril de 2019.

[450] A ANATEL foi criada pela Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9472.htm. Acesso em 20 de abril de 2019. Assim: "Art. 8° Fica criada a Agência Nacional de Telecomunicações, entidade integrante da Administração Pública Federal indireta, submetida a regime autárquico especial e vinculada ao Ministério das Comunicações, com a função de órgão regulador das telecomunicações, com sede no Distrito Federal, podendo estabelecer unidades regionais."

> [...] V - à inviolabilidade e ao segredo de sua comunicação, respeitadas as hipóteses e condições constitucionais e legais de quebra de sigilo de telecomunicações e as atividades de intermediação da comunicação das pessoas com deficiência, nos termos da regulamentação;
>
> [...] VII - à privacidade nos documentos de cobrança e na utilização de seus dados pessoais pela Prestadora [...][451];

Além disso, ao CNPDPP competirá: (i) propor diretrizes estratégicas e fornecer subsídios para elaboração da política nacional de proteção de dados pessoais e atuação da ANPD; (ii) elaborar relatórios anuais sobre a política; (iii) sugerir ações para a ANPD; (iv) elaborar estudos e realizar audiências públicas; e (v) disseminar o conhecimento sobre o tema à população em geral (art. 58-B da Lei nº 13.709/2018).

O CNPDPP será composto por 23 representantes oriundos do Poder Executivo Federal, Senado Federal, Câmara dos Deputados, Conselho Nacional de Justiça, Conselho Nacional do Ministério Público, Comitê Gestor da *internet* no Brasil, representantes de entidades na sociedade civil com atuação em proteção de dados pessoais, de instituições científicas, tecnológicas e de inovação e entidades representativas do setor empresarial relacionado à área de tratamento de dados (art. 58-A). Todos os membros serão designados pelo Presidente da República (art. 58-A, §1º).

Esses dispositivos claramente visam a uma redução das assimetrias informacionais e dos problemas de ausência de cooperação entre os órgãos. Sob esta ótica, o *caput* do art. 58-K estabeleceu que, em âmbito administrativo, as sanções sobre violações à proteção de dados serão de competência exclusiva da ANPD, evitando uma sobreposição organizacional entre esta autoridade e os demais órgãos e entidades, sobretudo as agências reguladoras setoriais.

Ademais, o art. 58-A estabeleceu que o CNPDPP irá acompanhar o andamento das ações da ANPD e estabelecer a Política Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade. Tem como competência a realização de consultas e audiências públicas. O órgão, como visto, terá membros da sociedade civil com experiência nesse tema, além de entidades empresariais do setor e organizações de inovações científicas e tecnológicas.

José Vicente Santos de Mendonça[452] pontua que "os dois principais problemas da regulação pública são: (i) a informação e (ii) a adesão".

---

[451] BRASIL. Agência Nacional de Telecomunicações. **Resolução nº 632, de 7 de março de 2014**. Disponível em http://www.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/750-resolucao-632. Acesso em 20 de abril de 2019.

A assimetria de informações entre o regulador e o regulado é uma grande dificuldade. O regulado possui a experiência prática de suas atividades e, por isso, tem conhecimento profundo sobre a realidade do setor. O regulador, apesar da tecnicidade característica dos órgãos e entidades reguladoras, não executa as atividades setoriais; portanto, não pode avaliar de forma prática a eficiência de seus atos.

Além disso, de certa forma também, um regulador inteiramente informado será poderoso demais. A interferência informacional direta dos regulados nas decisões dos reguladores poderá ensejar o risco de captura. Por outro lado, é problemático quando um agente regulador não possui acesso a toda a informação relevante ou não consegue operá-la.

Esse cenário poderá gerar grandes erros nos atos normativos, que acabam sendo repassados para toda a sociedade, dificultando a atividade regulada. Um regulador desinformado é um regulador ruim, o que implica inefetividade.

Os órgãos e entidades precisam ser bem aparelhados sobre as questões setoriais para, dessa forma, reduzir as assimetrias de informações quanto às questões técnicas, econômicas e financeiras dos regulados. Todavia, a assimetria de informações nunca será inteiramente eliminada, pois há uma parcela de informações que não deve chegar ao poder do agente regulador. Por conta disso, o regulador deve possuir informações suficientes para ser capaz de decidir com propriedade sobre as questões de sua competência, de maneira eficiente, mas sem a influência do agente regulado em seus atos.

Desse modo, busca-se redução de assimetria entre agentes econômicos e o Poder Público, por uma ausência de informação entre os agentes. A LGPD já estabeleceu mecanismos para tal intento, com a previsão legal de coordenação entre órgãos e entidades, além de incluir na composição do órgão profissionais e instituições que exercem essas atividades, para entendimento sobre a prática.

Em complementação ao problema informacional, o problema da ausência de adesão dos regulados significa também ineficiência da regulação. Isto é, o ato normativo não deve ser inteiramente rejeitado pelo mercado, conforme explicita José Vicente Santos de Mendonça.

> O regulador deve contar com algum nível de adesão dos regulados à sua pauta de ação. O mercado regulado aceita o regulamento proposto pela agência, ou a norma é objeto de rejeição? É claro, críticas sempre existirão, e faz parte do agir estratégico do mercado regulado que existam. O ponto é outro, trata-se de diferença de grau.

[452] MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Direito constitucional econômico**. A intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo. Belo Horizonte. Fórum. 2014. p. 417.

> Um regulamento contestado pelo mercado é, potencialmente, um regulamento inefetivo[453].

Sob essa perspectiva, Gustavo Binenbojm[454] explica que "um dos maiores focos de tensão da estrutura regulatória brasileira e requer maior aprofundamento em busca de soluções é o déficit democrático das agências independentes".

Entende-se que o déficit democrático é uma das causas do problema de adesão dos regulados aos atos regulatórios. Significa o choque da estrutura regulatória com o regime democrático, sobretudo em razão "da não sujeição dos administradores aos procedimentos de *accountability* eleitoral e da circunstância de estarem investidos em mandatos a termo, que ultrapassam os limites dos mandatos dos agentes políticos eleitos[455]".

O problema da adesão poderá ser solucionado por meio de instrumentos que incluam os regulados no processo de elaboração ou revisão de regulamentos, ou busquem ultrapassar as barreiras psicológicas que podem gerar a rejeição do ato, conforme expõe Gustavo Binenbojm, ainda sobre o déficit democrático dos órgãos e entidades reguladores:

> Por fim, à parte os mecanismos de controle exercidos pelos poderes instituídos, a participação dos cidadãos apresenta-se como a mais alentada forma de *suprimento* do problema do déficit de legitimação democrática das agências independentes. Se há uma dificuldade de legitimação decorrente da alocação de porção do poder do Estado em reguladores não eleitos e não sujeitos aos mecanismos tradicionais de aferição da responsabilidade social de sua atuação, o fomento à participação social nos processos regulatórios seria uma possível maneira de reforçar o grau de *autoridade* das decisões das agências.
>
> [Grifos do autor].

As estratégias para solucionar o problema da adesão dos regulados envolvem sua cooperação na revisão e elaboração de atos regulatórios, que poderão ser realizados por meio de audiências, consultas públicas e conselhos consultivos[456].

---

[453] MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Op. Cit*. 2014. p. 416.

[454] BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**. Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2. ed. Rio de Janeiro. Renovar. 2008. p. 292

[455] *Idem*. p. 276.

[456] Audiências Públicas são sessões únicas ou realizadas em alguns dias em que os interessados, indivíduos ou grupos específicos trocam informações, opiniões e perspectivas sobre determinada ação regulatória com a Administração Pública, a fim que ela atue com maior probabilidade de atender às expectativas dos envolvidos na atividade regulatória. Por outro lado, a consulta pública ocorre quando determinado regulamento é divulgado (atualmente, por meio eletrônico, na rede mundial de computadores) por determinado período de tempo, para

Em relação à ANPD, verifica-se na LGPD que o legislador também criou uma Ouvidoria (Art 55-C, IV), além de que, buscou a redução dos riscos de adesão à Lei com a previsão de consultas e audiências públicas, conforme estabelece o art. 55-J do diploma:

> Art. 55-J. Compete à ANPD:
> [...]
> **XIII - realizar consultas públicas para colher sugestões sobre temas de relevante interesse público na área de atuação da ANPD;**
> **XIV - realizar, previamente à edição de resoluções, a oitiva de entidades ou órgãos da administração pública que sejam responsáveis pela regulação de setores específicos da atividade econômica;**
> XV - articular-se com as autoridades reguladoras públicas para exercer suas competências em setores específicos de atividades econômicas e governamentais sujeitas à regulação;
> XVI - elaborar relatórios de gestão anuais acerca de suas atividades[457].
> [Grifos do autor]

Por fim, verifica-se que ainda não há um parâmetro para o funcionamento da ANPD e suas consequências, uma vez que a LGPD entrará em vigor em agosto de 2020. No entanto, observa-se que a Lei contemplou medidas para sanar vícios de assimetria de informações e adesão dos agentes impactados.

Percebe-se, pelo teor do art. 55-J da Lei, que é importante a coleta de opiniões, sugestões e experiências dos agentes atingidos pela LGPD, inclusive para futuros atos normativos, para adequação das normas em relação aos procedimentos instituídos para a proteção de dados, ademais de determinados padrões de técnicas e serviços para segurança informacional.

A LGPD veio responder a um anseio público sobre a proteção de dados pessoais dos cidadãos. No entanto, diante das novas tecnologias, é necessária uma reformulação da governança empresarial no tocante à segurança informacional para atendimento à Lei, conforme será demonstrado no próximo capítulo.

---

que os agentes regulados possam realizar críticas e sugestões ao seu conteúdo, que serão avaliadas pelo poder público e incorporadas ou não ao texto definitivo ou rejeitado. O art. 42 da Lei nº 9.472/1997, que instituiu a ANATEL, contém um exemplo de consulta legalmente prevista, *in verbis*: "Art. 42. As minutas de atos normativos serão submetidas à consulta pública, formalizada por publicação no Diário Oficial da União, devendo as críticas e sugestões merecer exame e permanecer à disposição do público na Biblioteca."

[457] BRASIL. **Lei 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 13 de abril de 2019.

4. A PROTEÇÃO DE DADOS NAS SOCIEDADES EMPRESÁRIAS E ESTRUTURAS DE GOVERNANÇA

Como visto nos capítulos anteriores, o advento da LGPD no Brasil representa uma necessidade do mercado de compatibilização do ordenamento jurídico brasileiro a uma realidade mundial de monetização dos dados, por meio das novas tecnologias. Apesar de sua positivação no direito brasileiro, ainda existem muitas dúvidas sobre a aplicação da norma à realidade empresarial brasileira.

No Brasil, ainda não existe ampla implementação de políticas de segurança no comércio eletrônico, como demonstrado pela pesquisa do IBGE de 2010[458], uma vez que os empresários adotam minimamente políticas de segurança em proteção de dados. Contudo, a disciplina da proteção de dados em sentido amplo (dados digitais e físicos) foi positivada na Lei nº 13.709/2018, que apresenta novos princípios, conceitos, regras de aplicação e penalidades, gerando necessidade de aplicação pelos agentes econômicos, em razão de sua importância e, atualmente, da positivação

Verificou-se que os agentes econômicos serão impactados, sobretudo em relação aos contratos empresariais, cujos fundamentos foram elucidados no segundo capítulo, porque tais negócios jurídicos representam a própria atividade empresarial. O desenvolvimento de um empresário ocorre mediante a celebração de contratos, com fornecedores, clientes, empregados, consumidores, entre outros.

Isso posto, notou-se que existe uma crescente necessidade de entender melhor as dificuldades que serão enfrentadas pelos agentes econômicos no exercício de suas atividades e celebração de contratos empresariais. Por esse motivo, realizou-se uma pesquisa com escopo de verificar de que forma os empresários visualizavam os efeitos da LGPD e das novas tecnologias aos contratos celebrados e como estavam se preparando para tanto.

Utilizou-se a metodologia de questionário, que foi respondido por 27 (vinte e sete) pessoas entre os meses de março a maio de 2019. Essas pessoas possuíam formação em direito e atuavam em departamentos jurídicos de sociedades empresárias. Como resultado, 40,7% (quarenta vírgula sete por cento) indicaram ter cargo de gerente, 37% (trinta e sete por

[458] BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Pesquisa sobre uso das tecnologias de informação e comunicação nas empresas**. 2010. Disponível em https://downloads.ibge.gov.br/downloads_estatisticas.htm. Acesso em 01 de abril de 2019.

cento) de advogado, 11,1% (onze vírgula um por cento) de coordenador e 11,1% (onze vírgula um por cento) de diretor. Todos os entrevistados, cujos dados são confidenciais, são pessoas com conhecimento jurídico que têm ciência do advento da LGPD.

Também questionou-se quanto tempo de experiência os entrevistados tinham em atividades de coleta, armazenamento e/ou tratamento de dados. Como resultado, a maioria deles, isto é, 44,4% (quarenta e quatro vírgula quatro por cento), declarou que possuía mais de 5 anos de experiência, a resposta máxima indicada pelo questionário.

Em relação às atividades realizadas pelas sociedades, pode-se dividir os entrevistados em três grandes segmentos: indústria (contemplando o próprio segmento, o setor de papel e celulose, maquinário, automotivo e energia), varejo (entendido como comércio virtual e físico de bens) e serviços (o qual abrange tecnologia da informação, construção civil, financeiro, terceiro setor, educação, saúde, transportes, entretenimento, turismo, administração de bens e seguros).

Em relação à celebração de contratos empresariais no segmento *b2b*, a grande maioria dos entrevistados, 81,5% (oitenta e um vírgula cinco por cento), respondeu que celebra tais instrumentos, enquanto apenas 18,5% (dezoito vírgula cinco por cento) do total afirmou que não os executava. Ou seja, conclui-se que a maior parte das sociedades empresariais celebra contratos com empresários apenas, sejam fornecedores ou clientes.

Igualmente foi questionado quais espécies de contratos empresariais eram celebrados pelas sociedades. O questionário enumerou 10 (dez) espécies para que os entrevistados indicassem se ocorria a celebração ou não, quais sejam: (i) compra e venda; (ii) locação de bens móveis; (iii) franquia; (iv) agência e representação comercial; (v) contrato de locação por encomenda, ou *built to suit*; (vi) contratos bancários; (vii) locação em *shopping center*; e (viii) faturização.

A pesquisa demonstrou que os contratos empresariais mais celebrados pelas sociedades empresárias entrevistadas são: (i) contrato de compra e venda mercantil, com a celebração por 74,1% (setenta e quatro vírgula um por cento) dos entrevistados, (ii) locação mercantil, por 63% (sessenta e três por cento); (iii) contratos bancários por 55,6% (cinquenta e cinco vírgula seis por cento); (iv) arrendamento mercantil, com 37% (trinta e sete por cento) e (v) agência e representação comercial com 29,6% (vinte e nove vírgula seis por cento).

Perguntou-se qual era o método de contratação de pessoas jurídicas e 59,3% (cinquenta e nove vírgula três) dos entrevistados responderam que não utilizam o comércio

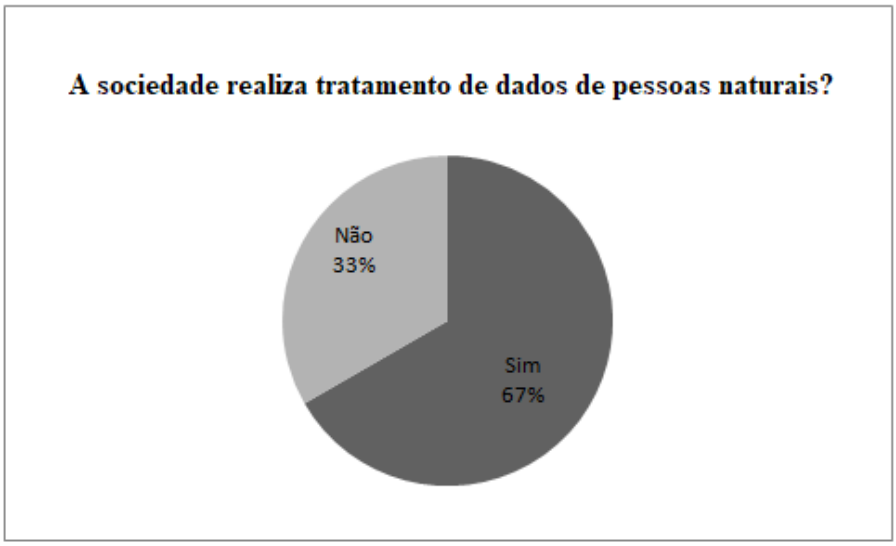
eletrônico em *lato sensu* para contratação de pessoas jurídicas, porque a pergunta não especificou se essa contratação seria realizada por uma plataforma específica, por EDI, por meio da *internet* ou outra rede.

No entanto, aproximadamente 41% (quarenta e um por cento) dos entrevistados responderam que celebravam contratos por meio do comércio eletrônico. Apesar de não ser a maioria das sociedades empresárias, demonstra um percentual bastante elevado de contratação empresarial eletrônica, e, consequentemente, tratamento de dados digitais de ambas as partes. Deste modo pode-se auferir pela pesquisa que os contratos empresariais são celebrados maciçamente, e em grande parte, por meio eletrônico.

Em relação à proteção de dados, perguntou-se aos entrevistados se a sociedade em que atuavam seria impactada pela LGPD. E pode-se auferir que 100% (cem por cento) deles respondeu positivamente. Portanto, a percepção dos agentes é de que todos serão impactados pela nova lei, independentemente do setor de atuação ou porte..

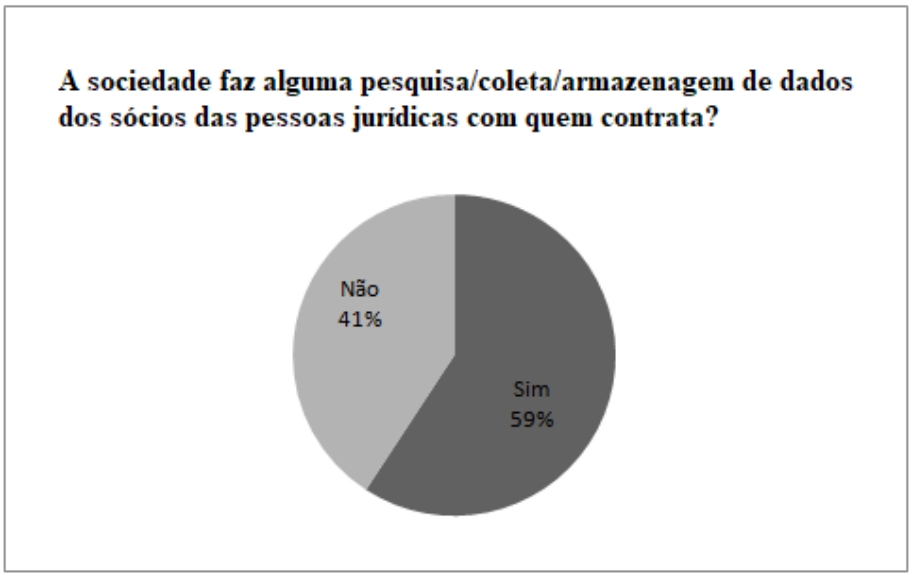
Também se constatou que aproximadamente 78% (setenta e oito por cento) dos entrevistados realizavam tratamento de dados dos empresários individuais ou microempresários individuais. Da mesma forma, através do questionário, verificou-se que aproximadamente 60% (sessenta por cento) deles realizam coleta e armazenagem de dados dos sócios das pessoas jurídicas com quem contratam, conforme se verifica das figuras 4 e 5 seguintes:

Figura 4 – Sociedades que realizam tratamento de dados de empresários indivuais



Fonte: Autor, 2019.

Figura 5 – Sociedades tratam dados de sócios das pessoas jurídicas



Fonte: Autor, 2019.

Diante desssas informações, considerando que o dado pessoal é “a informação da

pessoa natural identificada ou identificável[459]" (art. 5º, I), e de que a LGPD apenas é aplicada ao tratamento de dados realizado para fins econômicos, os dados da pesquisa apontam que não apenas os contratos de consumo devem ser analisados à luz da referida lei, para fins de cumprimento legal, mas os contratos empresariais, corroborando com os apontamentos dos capítulos 1, 2 e 3 deste estudo.

O resultado do questionário demonstra que a maioria das sociedades empresárias realiza coleta e armazenamento de dados de empresários individuais, que são pessoas naturais, igualmente essas realizam os mesmos tratamentos com dados de sócios das pessoas jurídicas contratantes.

Reitere-se que o art, 5º, II da LGPD, define que o tratamento é toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem à coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração. Desse modo, a simples existência do contrato empresarial já significa tratamento de dados para fins da LGPD, uma vez que existe identificação das partes, utilização dos dados delas, execução do contrato, entre outros. Diante dessa perspectiva, a pesquisa demonstrou que os agentes econômicos têm conhecimento de que as relações empresariais serão impactadas, ainda que os dados das pessoas jurídicas não estejam englobados no conceito de dados pessoais da LGPD e, não apenas os contratos cíveis ou consumeristas.

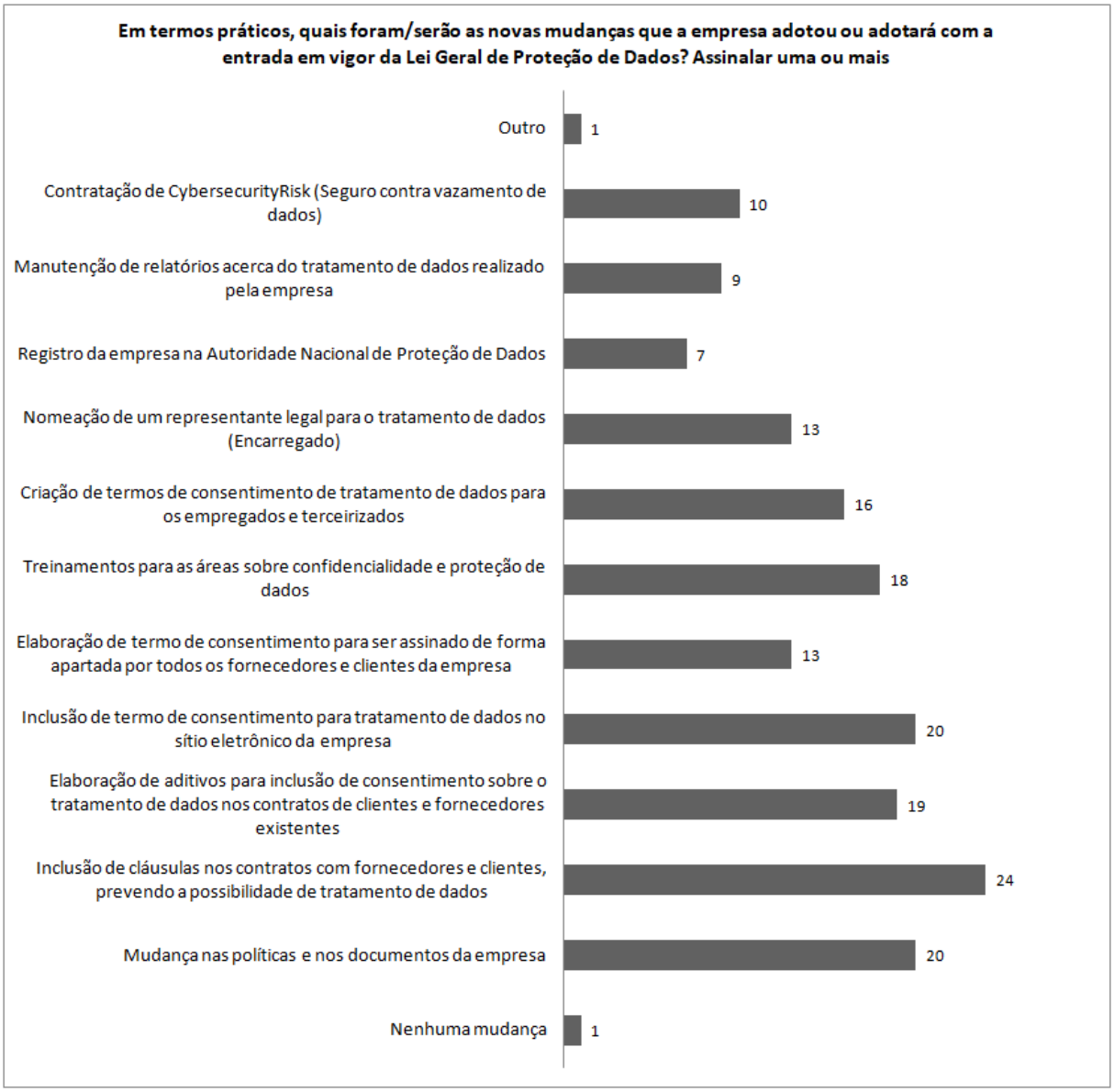
Sobre os efeitos práticos da LGPD nos contratos: 88,9% (oitenta e oito vírgula nove por cento) dos entrevistados informaram que os contratos de trabalho, de estágio e terceirizados serão impactados; 70,4% (setenta vírgula quatro por cento) informaram que os contratos de sociedades, em razão do tratamento de dados dos sócios sofrerão impactos da LGPD; 59,3% (cinquenta e nove vírgula três por cento) informaram que haverá impactos nos contratos firmados com sociedades empresárias em razão do tratamento de dados dos sócios; 51,9% (cinquenta e um vírgula nove por cento) respondeu que os contratos com representantes comerciantes e agentes serão afetados; 51,9% (cinquenta e um vírgula nove por cento) responderam que os contratos com empresários e microempresários serão afetados; e apenas 37% (trinta e sete por cento) informaram que os contratos de consumo serão afetados.

[459] BRASIL. **Lei 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 13 de abril de 2019.

Com base nas respostas anteriores, evidencia-se que a disciplina da proteção de dados deverá ser analisada também pelo viés empresarial. Os contratos e atos societários, contratos *b2b* com empresários individuais, contratos com agentes, representantes comerciais que sejam pessoas naturais são exemplos de négocios que deverão ser observados e adaptados à LGPD, mas a aplicação é muito mais ampla, como visto.

Do mesmo modo, questionou-se quais as ações práticas já foram ou serão realizadas pelas sociedades empresárias para adequação à LGPD. O resultado apontou que 74,1% (setenta e quatro vírgula um por cento) dos entrevistados indicaram que as políticas corporativas da sociedade empresária foram ou serão alteradas. Ainda, 88,9% (oitenta e oito vírgula nove por cento) dos entrevistados apontaram que realizaram ou realizarão inclusão de cláusulas nos contratos com fornecedores e clientes, prevendo a possibilidade de tratamento de dados; 70,4% (setenta vírgula quatro por cento) indicaram que elaborarão aditivos aos contratos vigentes para inclusão de consentimento; 74,1% (setenta e quatro vírgula um por cento) apontaram que realizarão a inclusão de termo de consentimento para tratamento de dados no sítio eletrônico da sociedade; 48,1% (quarenta e oito vírgula um por cento) responderam que elaborarão um termo de consentimento para ser assinado de forma apartada por todos os fornecedores e clientes da sociedade, de forma cartular; 66,7% (sessenta e seis vírgula sete por cento) sinalizaram que realizarão treinamentos sobre confidencialidade e proteção de dados; 59,3% (cinquenta e nove vírgula três por cento) afirmaram que criarão termos de consentimento de tratamento de dados para os empregados e terceirizados; 48,1% (quarenta e oito vírgula um por cento) responderam que nomearão um encarregado, na forma da LGPD; 33,3% (trinta e três vírgula três por cento) promoverão a manutenção de relatórios sobre tratamento de dados; 25,9% (setenta e quatro vírgula um por cento) irão efetuar registro na ANPD e 37% (trinta e sete por cento) contrataram ou contratarão seguro contra vazamento de dados ou outros sinistros voltados para a segurança informacional (*cibersecurity risk*), conforme gráfico a seguir:

Figura 6 – Medidas que serão implementadas pelos empresários



Fonte: Autor, 2019.

Em relação às políticas das sociedades empresárias sobre comércio eletrônico e utilização da *internet* para fins empresariais, na pesquisa de 2010[460], analisada no terceiro capítulo, o IBGE colacionou que aproximadamente 11% (onze por cento) dos empresários que utilizavam a *internet* para fins profissionais possuíam políticas formais de segurança

[460] BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Pesquisa sobre uso das tecnologias de informação e comunicação nas empresas**. 2010. Disponível em https://downloads.ibge.gov.br/downloads_estatisticas.htm. Acesso em 01 de abril de 2019.

informacional. Esse percentual deve ser ampliado com o advento da LGPD e a necessidade de transparência do tratamento pelos responsáveis. No entanto, a pesquisa[461] elencou que 99% (noventa e nove por cento) dos empresários utilizavam alguma medida de segurança informacional, independentemente da existência de política formal de utilização de *internet,* e 75% (setenta e cinco por cento) utiliza alguma medida de proteção de dados, como autenticação ou cópias de segurança (*back-up).*

Ocorre que a pesquisa realizada para a presente tese apontou que apenas 48,1% (quarenta e oito vírgula um por cento) das sociedades empresárias utiliza ferramentas de assinatura digital em contratos. Entende-se que, em sentido amplo, essa prática seria ainda menor, pois os entrevistados são advogados, coordenadores, gerentes, diretores de sociedades empresárias, demonstrando um porte maior dessas sociedades.

Ainda questionados sobre a utilização de tecnologias de *blockchain* ou *smart contracts* para celebração de contratos, apenas 18,5% (dezoito vírgula cinco por cento) dos informantes afirmaram que, efetivamente, as usam. Ainda é um percentual baixo de utilização, considerando a estrutura dessas sociedades, que têm profissionais com conhecimento jurídico e celebram diversos contratos empresariais.

Em relação às medidas a serem praticadas pelas sociedades empresárias para atendimento à Lei nº 13.709/2018, 63% (sessenta e três por cento) dos entrevistados respondeu que as respectivas sociedades empresárias já iniciaram as medidas acima indicadas. Por conseguinte, ao serem interrogados sobre a perspectiva de conclusão das atividades 66,7% (sessenta e seis vírgula sete por cento) dos entrevistados alegaram que encerrarão as atividades em agosto de 2020, ou seja, na data em que a LGPD entrará em vigor com ressalva ao art. 65, I, deste diploma. Outrossim, 29,6% (vinte e nove vírgula seis por cento) indicaram que será após essa data e apenas 3,7% (três vírgula sete) informaram que já concluíram as medidas.

De acordo com as respostas obtidas no referido relatório, verificou-se que a maior parte das sociedades empresárias já iniciou a implementação de medidas para adequação à LGPD e igualmente, que alteração, elaboração de aditamentos, e criação de cláusulas que explicitem o consentimento nos contratos são as medidas que mais serão adotadas pelas sociedades empresárias, em detrimento à elaboração de termos individualizados para tal

[461] *Idem.*

consentimento.

A Lei nº 13.709/2018 previu o consentimento como uma das 10 (dez) hipóteses para o tratamento de dados do art. 7º. Cumpre lembra que o inciso V desse artigo determina que o consentimento não será necessário, quando o tratamento for necessário para execução do contrato ou forem necessários procedimentos pré-contratuais, a pedido do titular. Logo, no caso de contratos empresariais que exijam tratamento de dados pela sua própria natureza, não há necessidade de consentimento.

No entanto, pelo resultado do questionário, inferiu-se que os entrevistados irão aditar os contratos existentes para inclusão de cláusulas sobre consentimento, ou celebrarão novos contratos com este conteúdo. Entende-se que essa medida será tomada pelas sociedades empresárias no intuito de assegurar o cumprimento da LGPD, além de existir uma incerteza relativa à própria fiscalização e aplicação dessas penalidades, em caso da ausência do consentimento.

Pelos motivos expostos, há grande impacto nos contratos empresariais e nas próprias estruturas internas das sociedades empresárias no tocante à implementação de medidas para cumprimento das regras previstas na Lei nº 13.709/2018. Não obstante, como visto nos capítulos anteriores, existem diversas normas internacionais referentes aos países onde ocorrerá o tratamento de dados, como é o caso do RGPD e das leis setoriais estadunidenses.

Diante dos resultados da pesquisa realizada, em que se demonstrou a percepção das sociedades empresárias sobre os efeitos da LGPD em suas atividades, passa-se, no próximo item, à anamnese legal sobre os contratos e implicações nas sociedades empresárias.

4.1. Anamnese normativa dos contratos empresariais diante da Lei nº 13.709/2019

A anamnese é uma investigação médica em relação a um paciente que tem por objetivo ser um ponto inicial no diagnóstico de uma patologia. Esse método releva ao presente estudo, porque a LGPD não está integralmente consolidada, nem apresentou entraves práticos à atividade empresarial porque ainda não está vigente, com ressalvas ao art. 65, I do referido diploma.

A Medida Provisória nº 869, de 27 de dezembro de 2018, ainda será convertida em lei, após aprovação pelo Congresso Nacional, como previsto no art. 62 da Constituição

Federal. No entanto, em 07 de maio de 2019, a referida Medida Provisória foi convertida no Projeto de Lei de Conversão nº 7/2019, em razão de emendas realizadas em seu conteúdo. Diante do trâmite no Congresso, não é possível antever todas as situações, implicações práticas e jurídicas da LGPD em relação aos negócios jurídicos *b2b.* Por esse motivo, será realizada uma anamnese, uma investigação prévia que será útil ao futuro diagnóstico da proteção de dados aos contratos empresariais.

Como visto nos capítulos anteriores em relação aos agentes econômicos contratantes e responsáveis pelo tratamento de dados, todas as pessoas naturais, jurídicas de direito público ou privado, deverão seguir as regras previstas no diploma, caso o tratamento ou coleta tenha sido realizado em território nacional, ou cuja atividade tenha por objetivo oferta ou fornecimento de bens, serviços de indivíduos localizados no território nacional (art. 3º).

As pessoas jurídicas de direito privado, como cita o art. 44 do Código Civil, notadamente aquelas com objeto empresarial, figurarão na perspectiva dos contratos comerciais à luz da LGPD como agentes de tratamento. Conforme explicita o art. 5º, I, VI,VII e IX, poderão figurar na qualidade de controlador, aquele que detém poder de decisão sobre os dados, ou operador que é a pessoa natural ou jurídica que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador. Diante desse contexto, o operador poderá ser um fornecedor ou pessoa contratada pelo controlador. Caso ambos sejam agentes econômicos e celebrem um contrato que utilize dados de pessoas naturais para fins econômicos, a relação se constituirá como empresarial e deverá seguir as regras previstas na LGPD.

Por conseguinte, a LGPD implicará em uma série de mudanças relativas à própria governança empresarial e aos fluxos negociais que deverão ser efetivados pelos agentes.

Patricia Peck Pinheiro elencou ações práticas de governança a serem realizadas pelos responsáveis pelo tratamento de dados. Em síntese, ela indicou que as políticas de privacidade devem ser atualizadas, os contratos devem ser alterados, com inclusão de cláusulas sobre o tratamento, entre outras medidas de *compliance* e gestão de dados. Nas palavras da autora:

> Logo, o passo a passo consiste:
> a) na revisão e atualização da política de privacidade para estar em conformidade com as novas regulamentações de proteção de dados pessoais;
> b) na atualização das cláusulas de contratos (seja com titular de dados pessoais consumidor final ou funcionário);
> c) na atualização de cláusulas de contratos com os parceiros e fornecedores que realizam algum tipo de tratamento de dados, principalmente fornecedores de gestão de informação, nuvem, monitoração, mensageria, e-mail *marketing, credit score, Big*

> *Data*, mídias sociais (coleta, produção, recepção, classificação, acesso, utilização, transmissão, armazenagem, processamento, eliminação, enriquecimento);
> d) no mapeamento do fluxo de dados para definição da nova governança junto à TI dos controles de consentimento (ciclo de vida do dado – coleta, uso, compartilhamento, enriquecimento, armazenamento, nacional ou internacional, com ou sem o uso de nuvem, eliminação, portabilidade);
> e) no modelo de resposta para o *notice letter* do órgão de controle de dados (sobre o nível de conformidade da empresa e controles auditáveis) para a prevenção e aplicação de multas e fiscalizações;
> f) no modelo de *check-list* de *compliance* para uso da área de compras para novos fornecedores e parceiros, que precisarão estar em conformidade com as novas regulamentações de proteção de dados pessoais; e
> g) no modelo para gestão e guarda de trilha de auditoria para gestão dos logs de consentimento[462].

Pelo exposto, compreende-se que as citadas medidas podem proporcionar ferramentas práticas para a harmonização dos agentes econômicos à disciplina da proteção de dados. Ainda, de acordo com Bruno R. Bioni, o desafio prático para essas ações é "balancear os direitos em jogo. De um lado, do titular dos dados e, de outro, quem faz uso das suas informações. Tão importante quantoaferir se há um interesse legítimo é verificar se as legítimas expectativas e os direitos e liberdades fundamentais serão respeitados[463]".

No tocante às estruturas organizacionais e contratuais, faz-se necessário tecer alguns comentários sobre essa compatibilização. Por este motivo, passa-se ao exame de ações que poderão ser seguidas pelos agentes econômicos, com foco contratual, para cumprimento das regras de governança em contratos empresariais, como segue.

4.1.1. Ações para proteção de dados nos negócios jurídicos

A gestão dos dados pessoais tratados é fundamental para a adequação à LGPD. Torna-se necessário um mapeamento pelos agentes econômicos para: (i) a classificação dos dados segundo a pessoa, se são de pessoas naturais ou jurídicas; se são tradicionais ou sensíveis; físicos ou digitais; individualizadores, consumeristas, empregatícios ou empresariais; (ii) identificação da origem de dados, se são provenientes de pesquisa, negócios jurídicos, fins acadêmicos ou jornalísticos; (iii) conhecer a fonte dos dados, o local onde ocorre a coleta ou o tratamento dos dados; (iv) determinar a sua a finalidade, isto é, qual é o objetivo do tratamento; e (v) verificar a possibilidade de anonimização.

[462] PINHEIRO, Patricia Peck. *Op. Cit.,* 2018. p. 45.

[463] BIONI, Bruno R. Op. Cit., 2019. p. 252.

Esse mapeamento torna-se necessário, sobretudo, para constatação de aplicabilidade ou não da LGPD. Exemplificadamente, a referida lei não é aplicável ao tratamento realizado por pessoa natural sem fins econômicos. A *contrário sensu*, todo tratamento de pessoa jurídica ou pessoa natural com fim econômico estará sujeito à Lei nº 13.709/2018. Porém como todo contrato empresarial possui fim econômico, desde que exista processamento de dados pessoais estará incluído nas regras, com exceção aos anonimizados.

Reitere-se que aqueles contratos que não tenham passado por um processo de anonimização de dados, ou que possam ser revertidos, também estarão sujeitos à proteção informacional prevista na LGPD. Os dados que tenham sido objeto de transações intermediadas por *blockchain* e *smart contracts*, e tenham sido integralmente anonimizados, também não serão considerados pessoais.

Os dados sensíveis são considerados aqueles de "origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural[464]". O art. 11 da LGPD estatui que os dados sensíveis apenas poderão ser tratados quando houver consentimento específico com indicação das finalidades. Contudo, na hipótese de exercício regular de direitos, inclusive previstos em contrato (art. 11, II, d), será garantida a utilização de dados sensíveis em contratos empresariais quando houver necessidade de execução do contrato.

Admite-se o tratamento sem consentimento desde que seja inerente à execução do contrato ou aos procedimentos pré-contratuais, a pedido do titular. Em todas essas hipóteses, os princípios da proteção de dados (art. 7º, V), devem ser respeitados pelos agentes, pois o art. 7º, §6º determina que "a eventual dispensa da exigência do consentimento não desobriga os agentes de tratamento das demais obrigações previstas nesta Lei, especialmente da observância dos princípios gerais e da garantia dos direitos do titular[465]".

Por conseguinte a Lei 13.709/2018 estabelece no art. 6º os seguintes princípios a serem observados: (i) finalidade; (ii) adequação; (iii) necessidade; (iv) livre acesso; (v) qualidade dos dados; (vi) transparência; (vii) segurança; (viii) prevenção; (ix) não discriminação; e (x) responsabilização e prestação de contas.

---

[464] BRASIL. **Lei 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 13 de abril de 2019.

[465] *Ibidem.*

Em síntese, os princípios retratam que os agentes econômicos devem utilizar os dados de forma transparente, apenas para as finalidades informadas ao titular, atendendo à sua necessidade, bem como que a existência do banco de dados deve ser pública. Igualmente, o agente responsável pelo tratamento deve conceder ao titular acesso às suas informações e a possibilidade de retificar ou impugnar as mesmas. Por fim, os dados devem ser protegidos contra os riscos de extravio, destruição, modificação, transmissão e acesso não autorizado.

Apesar de apresentarem alguns aspectos diferentes, em grande parte esses princípios foram baseados nas demais normas internacionais de proteção de dados, notadamente o RGPD e as diretrizes da OCDE, mantendo os ideais mundiais de proteção de dados, como informa Danilo Doneda:

> Estes princípios ainda que fracionados, condensados ou adaptados, formam a espinha dorsal das diversas leis, tratados, convenções ou acordos entre privados [sic.] em matéria de proteção de dados pessoais, formando o núcleo das questões com as quais o ordenamento deve se deparar ao procurar fornecer sua própria solução ao problema da proteção dos dados pessoais[466].

Em relação à aplicação dos princípios no tratamento de dados contratos empresariais, há omissões na LGPD para a correta proteção de dados, como se passa a expor.

Com a celebração dos contratos, as partes e seus dados identificadores estarão descritos nos contratos, bem como em todos os sistemas necessários à contratação, como plataformas de interação e redes compartilhadas. Nessa hipótese há uma das concessões para o tratamento de dados (art. 7º, V da LGPD). Entende-se que existe um consentimento implícito para a utilização, baseado nos princípio da autonomia privada e *pacta sunt servanda*.

Não obstante, os dados de terceiros podem ser tratados por meio de contratos empresariais. À guisa de ilustração, um contrato de prestação de serviços com cunho mercantil celebrado entre um agente e seu fornecedor poderá indicar os empregados que serão cedidos para a execução das tarefas, inclusive dados identificadores, dados sensíveis, biométricos, de saúde[467] entre outros. Nesse cenário, os titulares seriam os empregados do referido fornecedor.

---

[466] DONEDA, Danilo. *Op. Cit.*, 2015. p. 377.

[467] Cf. A título de exemplo, uma determinada sociedade empresária poderá exigir atestado de saúde ocupacional, além de Programas de Prevenção de Riscos Ambientais (PPRA), e Programas de Controle Médico de Saúde

Pelo princípio da relatividade, as regras do contrato não são aplicáveis a terceiros. Entretanto, pelo princípio da função social e da boa-fé objetiva nos contratos empresariais analisados no segundo capítulo, os terceiros devem ser ampliados nesse rol, ficando a cargo do responsável as providências para atendimento aos regulamentos estatais, sem que isso afete a estabilidade contratual. Esse entendimento fica amparado pela hodierna Medida Provisória nº 881/2019, notadamente nos arts. 3, V e 7º.

No caso aventado acima, os empregados deverão consentir com a divulgação dos seus dados pessoais, na forma do art. 7º, I da Lei nº 13.709/2018 ou executar contratos de trabalho que prevejam essa finalidade. Tal interpretação deverá ser estendida a todos os terceiros cujos dados pessoais sejam necessários à execução contratual, sejam outros fornecedores (subcontratados) ou consumidores (caso haja algum tratamento de dados de destinatários finais), como os contratos de prestação de serviços de gestão de tecnologia da informação.

Em relação ao princípio da finalidade, é oportuno frisar que os agentes econômicos podem utilizar os dados para muitas ações, como investigação de preferências, cumprimento de contratos, análise de crédito, *marketing*, entre outras. A análise de dados pode inclusive ser a principal atividade econômica do agente[468].

Como visto, no terceiro capítulo, a monetização de *Big Data* é uma tendência mundial que será paulatinamente mais explorada pelos empresários, para crescimento do volume de negócios e redução dos custos de transação. A análise de *Big Data* contempla a inúmeros tratamentos, prejudicando a identificação de uma finalidade pelo controlador a ser informada ao titular antes da coleta, como informa Bruno Bioni:

Ocupacional (PCMSO), folhas de pagamento, e comprovantes de recolhimento previdenciário dos empregados alocados que executarão os serviços, como medidas de prevenção e correção contra reclamações trabalhistas e saúde ocupacional dos empregados.

MIRANDA, Carlos Roberto. DIAS, Carlos Roberto. PPRA/PCMSO: auditoria, inspeção do trabalho e controle social. In: **Cadernos de saúde pública**. Escola Nacional de Saúde Pública. Fundação Oswaldo Cruz. Rio de Janeiro, Jan., 2004., pp. 224-232.

[468] Neste sentido argumenta Leonardo Netto Parentoni sobre o valor dos dados e a geração de novos negócios: "Devidamente sistematizados, alguns dados adquirem valor econômico. Eles permitem, por exemplo, identificar o perfil do internauta, possibilitando que os empresários lhe direcionem anúncios personalizados, o que aumenta a probabilidade de concretizar o negócio. Neste novo contexto, os dados se tornam tão valiosos quanto as próprias mercadorias e serviços usualmente comercializados, convertendo-se na moeda da *internet*. Tanto isso é verdade que algumas das principais empresas do setor de tecnologia, como Google e Facebook, têm no tratamento informatizado de dados o aspecto central do modelo de negócios. PARENTONI, Leonardo Netto. *Op. Cit.*, 2015. p. 549.

> Com isso, o processamento de dados se dá em um volume, velocidade e principalmente variedades maiores (os seus três famosos "Vs"). É tal progresso qualitativo e quantitativo que torna exponencial os diversos usos que se pode fazer de uma mesma base de dados, que passa a ser mutável, por não se exigir sua prévia estruturação para minerá-la. Nesse cenário, como delimitar um único uso para os dados pessoais, se a própria tecnologia visa alargá-los, tornando-os indetermináveis a priori[469]?

Diante da diversidade de atividades econômicas realizadas por intermédio dos dados pessoais, há uma tendência à "fadiga do consentimento". Esta exaustão do consentimento deve ser combatida pelos agentes, com a solicitação de consentimento apenas em casos isolados, como explicitam Luis Alberto Montezuma e Tara Taubman Bassirian[470]:

> Por fim, fica claro que as organizações não podem processar dados pessoais sem o conhecimento dos indivíduos. Atualmente, há uma alta frequência de solicitações de consentimento, avisos de privacidade, *banners* ou políticas sobre *cookies* em todos os sites visitados. Como conseqüência do abuso de consentimento, os indivíduos se ressentem de uma fadiga, resultando na perda de seu propósito. Além disso, como mencionado acima, o custo de ler os formatos de consentimento ou os avisos de privacidade ainda é muito alto.
> Assim, seria apropriado incentivar as organizações a avaliarem as soluções propostas para o processamento de dados pessoais, incluindo, por exemplo, solicitar consentimento para *cookies* com transparência, quando for realmente necessário e apropriado, a fim de evitar o risco de fadiga do consentimento e descumprimento da privacidade.
> [Tradução livre]

Nessa ótica, o contrato como instrumento da atividade empresária para o qual não se exige consentimento explícito, aparenta ser uma alternativa plausível para que as partes não assinem inúmeros documentos visando a respeitar a regra do consentimento. No entanto, os arts. 7º, V e 11, II, d, da LGPD indicam que o contrato prescinde do consentimento, apenas se tratamento de dados ocorrer para propósitos legítimos, específicos e informados ao titular, como os princípios indicam.

---

[469] BIONI, Bruno Ricardo. Xeque-Mate. O tripé da proteção de dados pessoais no jogo de xadrez das iniciativas legislativas no Brasil. In: **Privacidade e Vigilância**. Grupo de pesquisa em políticas públicas para o acesso à informação da Universidade de São Paulo, São Paulo, Universidade de São Paulo. 2015. p. 48.

[470] MONTEZUMA, Luis Alberto; BASSIRIAN, Tara Taubman. How to avoid consent fatigue. In: **The Privacy Advisor**. Intenational Association od Privacy Professionals. Janeiro, 2019. Disponível em https://iapp.org/news/a/how-to-avoid-consent-fatigue/. Acesso em 10 de maio de 2019.

Deste modo, não há clareza na lei sobre a forma que essa finalidade e os acessos devem ser informados aos titulares, com base na execução dos contratos, gerando insegurança aos empresários, como se vislumbrou no questionário examinado no item 4.1.

À vista disso, os negócios jurídicos poderão contemplar cláusulas que explicitem: (i) a realização de tratamento de dados; (ii) a finalidade; (iii) se os dados serão compartilhados; (iv) a forma de acesso aos dados e às informações do compartilhamento pelo titular; (v) a indicação do encarregado responsável e (vi) a possibilidade de revogação. Essas cláusulas demonstrariam para fins judiciais probatórios (art. 8º, §2º da Lei nº 13.709/2018) que houve consentimento do titular, desde que elas sejam escritas e apartadas de modo a evidenciar a transparência e autodeterminação informativa do indivíduo. Corroborando com este entendimento, Patricia Peck Pinheiro descreveu como ações práticas de atualização, dentre outras: a revisão de contratos, especialmente os contratos de confidencialidade[471].

Os contratos de confidencialidade, denominados em inglês como *non-disclosure agreements*, têm por objeto a garantia de sigilo de dados em transações comerciais e são muito utilizados nas relações jurídicas empresariais, como explicitam Lucas Pacheco Vieira *et al.:*

> Destinados a evitar/minimizar problemas dessa natureza - os quais podem gerar sérios prejuízos econômicos (muitas vezes de difícil mensuração) -, os acordos de confidencialidade ("*Non-Disclosure Agreement"- NDA*) são instrumentos eficientes para assegurar um compartilhamento de conhecimentos e riscos seguro e sigiloso. [...] Para que cumpra sua finalidade, de maneira eficiente, o contrato de confidencialidade deve especificar de forma clara e precisa as informações que se pretende revelar, bem como o contexto no qual serão reveladas. Essa clareza confere ao revelador uma melhor garantia de proteção[472].

Considerando a premissa acima de incerteza da comprovação de finalidade e aspectos ambíguos da LGPD, os contratos de confidencialidade também devem ser atualizados, sobretudo, em relação à descrição da finalidade da utilização dos dados sigilosos. Outrossim, os contratos de confidencialidade serão negócios jurídicos importantes para os agentes econômicos em relação aos operadores de dados, demais fornecedores, empregados e

[471] PINHEIRO, Patricia Peck. *Op. Cit.*, 2018. p. 47.

[472] VIEIRA, Lucas Pacheco; MOURÃO, Pablo Augusto Lima; MANICA, Alexandre Carter. Acordos de confidencialidade (NDA) em *startups.* In: **Revista de Direito de Empresa e dos Negócios**, v.2., n.1., São Leopoldo, Unisinos, 2018. Disponível em http://revistas.unisinos.br/index.php/rden/article/view/17625. Acesso em 22 de maio de 2019.

todas as pessoas que tenham algum contato com as informações pessoais protegidas pela LGPD, para fins de garantia da proteção de dados e fixação de regras sobre a sua utilização.

Como exemplo, uma determinada sociedade empresária, na qualidade de controladora, tem a responsabilidade pela proteção de dados. Contudo, essa sociedade possui um corpo formado por sócios, administradores, empregados e demais agentes, que têm acesso a todas as informações contratuais e negociais, de modo que ela responderá pela violação à segurança informacional como controladora ou operadora, na forma prevista no *caput* dos arts. 42 e 46 da Lei nº 13.709/2018:

> 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. [...]
>
> Art. 46. Os agentes de tratamento devem adotar medidas de segurança, técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou qualquer forma de tratamento inadequado ou ilícito[473]. [...]

Para garantir que o núcleo corporativo adote igualmente as mesmas medidas de segurança, além de regras corporativas e políticas internas que serão analisadas no próximo item, são necessários instrumentos contratuais que assegurem a confidencialidade dos dados. Nesse caso, para fins de atendimento à LGPD, é possível a utilização de contratos ou acordos de confidencialidade que apontem essa obrigação interna de sigilo de dados de terceiros.

Os operadores de dados pessoais são as pessoas que agem em nome do controlador realizando o tratamento de dados por força de contrato ou obrigação legal (art. 5º, VII da Lei nº 13.709/2018). O art. 39 descreve que "o operador deverá realizar o tratamento segundo as instruções fornecidas pelo controlador, que verificará a observância das próprias instruções e das normas sobre a matéria[474]".

Por este motivo, caso o operador seja um fornecedor contratado, deverá haver a indicação de quais dados serão tratados por ele, bem como a identificação direta ou indireta

---

[473] BRASIL. **Lei 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 13 de abril de 2019.

[474] *Ibidem.*

das instruções sobre o tratamento. Desse modo, os operadores e controladores devem manter contratos específicos em vigor como indica Paul Lambert:

> Controladores e operadores têm obrigações de ter contratos legais em vigor entre eles. Operadores processam e lidam com dados pessoais para e em nome de um controlador em relação a tarefas específicas e definidas; por exemplo, atividades como folha de pagamento terceirizada, pessoal, *marketing*, pesquisa de mercado, pesquisas de satisfação do cliente e assim por diante. Problemas e considerações adicionais surgem para conformidade com serviços em nuvem e proteção de dados[475].
> [Tradução livre]

Não há uma determinação normativa na LGPD sobre os tipos de contratos que existem operadores ou não. Diante da omissão, ou até o advento de atos normativos da ANPD, em todos os contratos, inclusive da categorial empresarial, em que uma determinada pessoa natural ou jurídica realize tratamento de dados em nome do agente controlador, tal pessoa será considerada um operador. Logo, contratos de mandato, prestação de serviços diversos, agência, representação comercial, franquia, corretagem, especialmente os contratos informáticos, entre outros, podem compreender a figura de um operador de dados. Por esse motivo, é fundamental que os contratos contenham regras claras sobre a operação dos dados, as responsabilidades das partes, objeto contratual específico e políticas de proteção de dados de ambos os contratantes.

Em razão das mudanças elencadas em contratos, os próximos itens versarão sobre as alterações nas políticas de governança. No entanto, antes da investigação sobre o tema é necessária uma reflexão acerca das estruturas de governança em contratos sob a ótica da Nova Economia Institucional, a qual será evidenciada a seguir.

4.1.2. Contratos, estruturas de governança e a visão da NEI

Como visto no segundo capítulo, a AED é um campo do conhecimento humano que tem por objetivo empregar os variados ferramentais teóricos e empíricos das ciências econômicas para ampliar o discernimento e o alcance das instituições jurídicas. Sua finalidade é desenvolver a aplicação das normas jurídicas.

---

[475] LAMBERT, Paul. *Op. Cit*. 2017. p.76.

Modernamente, a ciência econômica abrange não apenas as instituições jurídicas, mas também toda forma de comportamento que requer uma tomada de decisão das pessoas. Considerando a exigência cada vez maior da sociedade por qualidade, transparência e eficiência, é evidente a necessidade de implementação de novas formas de governança no âmbito das empresas.

A necessidade de adequação dos processos de governança também é aplicável aos empresários em razão da novel legislação sobre proteção de dados, como elucidou Patricia Peck Pinheiro:

> Atender aos requisitos da LGPD exige adequação dos processos de governança corporativa, com implementação de um programa mais consistente de *compliance* digital, o que demanda investimento, atualização, de ferramentas de seguranças de dados, revisão documental, melhoria de procedimentos e fluxos internos e externos de dados pessoais, com aplicação de mecanismos de controle e trilhas de auditoria e, acima de tudo, mudança de cultura[476].

O conceito de governança corporativa ou empresarial[477] é compreendido como o conjunto de instrumentos técnicos de gestão que assegura a eficiência e o processo de decisão em organizações empresariais (sociedades empresárias, empresas individuais de responsabilidade limitadas ou empresários). Conforme assevera Antonio Gledson de Carvalho a governança corporativa ou empresarial "pode ser descrita como os mecanismos ou princípios que governam o processo decisório dentro de uma empresa [sic.][478]".

Em síntese, governança em sentido amplo significa a aplicação de instrumentos com objetivo de otimização do desempenho dos gestores das organizações, buscando maior eficiência das empresas. É a forma de operação e gestão dos empresários, considerando o contexto de complexidade e de pluralidade em que irão incidir e de como torná-lo eficiente e efetivo.

---

[476] PINHEIRO, Patricia Peck. *Op. Cit.,* 2018. p. 43.

[477] Para fins de proteção de dados não se pretente analisar a governança corporativa sob o viés societário, mas apenas tratar em sentido amplo como políticas das organizações para adequação às normas positivadas.

[478] CARVALHO, Antonio Gleson de. Governança corporativa no Brasil em perspectiva. In: **Revista de Administração**, v.37, n. 3. Julho, São Paulo, 2002. p. 20.

Ronald Coase[479], em "*The Nature of the Firm"*, afirmou que a empresa é regulada pelos custos de transação, no entanto o contrato é importante fator para a própria governança empresarial daquela. O agente econômico orienta seus negócios, mediante avaliação dos custos de transação, gerando a coordenação da empresa segundo mecanismos de preços. O mercado rege os preços, no entanto, o empresário dirige internamente seus negócios.

O contrato é um balizador das operações que são realizadas pelos empresários, uma vez que estabelece as obrigações de ambas as partes e as limitações destes atos e omissões, além de suas conseqüências, como penalidades, multas, entre outras. Nas palavras do referido autor:

> O contrato se constitui vomo um fator para certa remuneração (que pode ser fixa ou flutuante), que obedecer às instruções de um empreendedor dentro de certos limites. A essência dos poderes do empreendedor. Dentro desses limites, Ele pode, portanto, dirigir os outros fatores de produção[480].
> [Tradução livre]

Portanto, a efetivação da boa governança pressupõe a aplicação necessária de técnicas e instrumentos que de gestão empresarial para agir conforme frequência, rapidez e imprevisibilidade das transformações sociais, políticas, econômicas, internacionais e tecnológicas. Esse papel seria em grande parte conferido aos contratos, uma vez que estes representam as próprias transações realizadas pelo empresário.

Com a Nova Economia Institucional (NEI), a analise econômica ganha outra perspectiva, especialmente com a investigação das instituições como "regras do jogo" e normas jurídicas aplicáveis ao mercado. A governança, nesse sentido, é um mecanismo irá reger as empresas, mas essa governança é pautada pelas próprias instituições. Marcia Carla Pereira Ribeiro aborda as premissas orientadoras dessa linha de pensamento, a saber:

> (i) as instituições são importantes para a análise econômica; (ii) a determinação dessas instituições pode ser compreendida e explicada por meio do instrumental da teoria econômica; (iii) as instituições afetam o desempenho econômico de maneira

[479] COASE, Ronald. H. *Op. Cit*., 1937. p. 391. Na versão original, o autor afirmou "the contract is one whereby the factor, for a certain remuneration (which may be fixed or fluctuating), agrees to obey the directions of na entrepreneus within certain limits. The essence of powers of the entrepreneur. Within these limits, He can therefore direct the other factors of production".

[480] Idem.

> sistemática e preditiva. A partir desses elementos, o enfoque neoinstitucionalista parte de assunções neoclássicas, as quais são, contudo, relativizadas pela consideração da influência das instituições[481].

Oliver Williamson esclareceu que as instituições de governança operam ao nível das transações indidivuais, enquanto o ambiente institucional está mais interessado com os níveis das atividades. As instituições, como regras do jogo, são os mecanismos de governança e seu estudo é voltado para identificação, explicação e mitigação das formas de riscos contratuais, como citou o autor:

> Uma das diferenças mais salientes entre o ambiente institucional e as instituições de governança é que o primeiro restringe - pode ser pensado como restrição - o ambiente do segundo. Focando nas instituições de governança, eu principalmente considero o ambiente institucional como algo determinável. Uma segunda diferença é que o nível de análise é muito diferente. As instituições de governança operam no nível das transações individuais, enquanto o ambiente institucional está mais preocupado com os níveis compostos de atividades[482].
> [Tradução livre].

Em relação à governança e aos contratos, frise-se que denotam a própria essência da empresa, despontando como arranjos institucionais. No entanto, Rachel Sztajn, Decio Zylbersztajn e Paulo de Azevedo[483] apontam ainda que esses arranjos contratuais interferem nas relações internas e externas dos empresários. Internamente, os arranjos são voltados para os fatores de produção e suas relações, mas de forma externa, os contratos regulam as transações entre empresários ou sociedades, e podem ser estendidos para as transações com o Poder Público.

A governança implica a assimilação de todas as tecnologias de informação e comunicação às políticas públicas, no intuito de introduzir agilidade e eficiência às relações entre empresários e sociedades empresárias com seus clientes finais, fornecedores, empregados e demais agentes. Portanto, também para a NEI, a empresa deve ser entendida como uma estrutura baseada em contratos, que objetiva a redução dos custos de transação.

---

[481] RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Economia institucional e nova economia institucional. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coord). **O que é análise econômica do Direito**: Uma introdução. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 130.

[482] WILLIAMSON, Oliver E. **The mechanisms of governance**. New York: Oxford University Press. 1996, p. 5.

[483] SZTAJN, Rachel; ZYLBERSZTAJN; AZEVEDO, Paulo Furquim de. Economia dos Contratos. In: SZTAJN, Raquel; ZYLBERSZTAJN (Org.). **Direito e Economia**. Análise Econômica do Direito e das Organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 109.

Não obstante o ambiente institucional seja relevante para a economia, são os arranjos institucionais que a desenvolvem, uma vez que determinam todas as operações de produção, serviços, distribuição e comércio[484]. Entende-se que a prática dos processos de governança conduzá à necessidade de reformular as práticas de gestão de determinada organização mediante a elaboração de novas ferramentas gerenciais jurídicas, financeiras e técnicas, para redução de custos de transação e problemas de agência.

No contexto de aplicação de governança à proteção de dados e estruturas dos contratos empresariais, verificou-se que os agentes econômicos ainda não estavam adaptados a essa realidade pela pesquisa de 2010 realizada pelo IBGE e pelos resultados do questionário descritos no item 4.1. Os entrevistados informaram que, visando ao atendimento à LGPD, adotarão providências como mapeamento e gestão de dados, criação de políticas corporativas, nomeação de um encarregado pelo tratamento, e execução de medidas de segurança informacional. Essas ações representam um aumento nos custos de transação para análise de dados, porém outras medidas também representarão um aumento desses custos, como a confiança nos operadores, a existência de uma nova regulação e criação de um órgão fiscalizador (ANPD).

Marcia Carla Pereira Ribeiro evidenciou que a NEI é guiada pelo contrato, custos de transação, e arranjos institucionais. Os agentes assumem certas caracteristíscticas comportamentais[485] nas transações, como indica a autora ao citar os princípios desta teoria:

> (i) a assunção de que os indivíduos seguem o autointeresse consoante com a sua racionalidade, a qual é sujeita a limitações [...]; (ii) os indivíduos buscam a maximização da riqueza, cuja concepção é a de persecução de estruturas institucionais que aprimorem a capacidade de produção na sociedade[486].

Deste modo, os empresários agem visando ao oportunismo e à racionalidade

[484] RIBEIRO, Marcia Carla Pereira, *Op. Cit.*, 2016. p. 130.

[485] Também trataram sobre os aspectos comportamentais dos agentes e aplicação da NEI os autores Weimar Freira da Rocha Júnior *et al.,* ao comentarem "[...] a NEI, que estabelece que os atributos básicos das transações (especificidade dos ativos, incerteza e frequência, os quais foram observados no exame. Um ponto principal que norteia o trabalho é o pressuposto de que os agentes econômicos que transacionam tem certas características comportamentais, o que impacta nos resultados obtidos". ROCHA JÚNIOR, Weimar da; MACENA, Cleverton Michel; *et al*. Contratos: Uma abordagem pela ótica da Nova Economia Institucional (NEI). Parceria no Processo de Terminação de Frangos de Corte no Estado do Paraná/Brasil. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coord). **O que é análise econômica do Direito:** Uma introdução. 2.ed. Belo Horizonte. Fórum. 2016. p. 130.

[486]RIBEIRO, Marcia Carla Pereira, *Ibidem*.

limitada. Ou seja, agirão de forma restrita ao contrato e demais arranjos institucionais, e, não estando diante de uma racionalidade plena, tomarão as decisões que forem mais satisfatórias.

Esse entendimento é relevante para a disciplina da proteção de dados porque o contrato empresarial importa em uma paridade entre os agentes e relevância da autonomia da vontade. Além disso, as novas medidas de governança e contratuais aumentarão os custos de transação. Destarte, a regulação estatal deve garantir a segurança informacional dos usuários e a ANPD deverá fiscalizar as ações dos agentes e editar os atos normativos pendentes na forma da LGPD.

Ultrapassada a análise da AED diante da nova realidade empresarial com a disciplina de proteção de dados, passa-se ao exame de possíveis ações que poderão ser efetivadas pelos agentes econômicos em relação à governança.

4.1.3. Os programas de governança e medidas de controle para promoção da disciplina de proteção de dados

Vislumbrou-se nos itens 4.1. e 4.1.1. deste trabalho que os agentes econômicos poderão efetivar novas políticas internas para proteção de dados, como regras corporativas sobre coleta, acesso, controle, retificação, além de medidas de segurança informacional, para prevenção de riscos. Desta forma, os responsáveis pelo tratamento de dados devem cumprir os padrões previstos da LGPD e adotados pela futura ANPD em seus atos normativos.

A doutrina[487] aponta que a governança pode ser orientada por duas vertentes para estruturação organizacional, tecnológica e contratual, denominadas privacidade desde a concepção ("*privacy by design*") e privacidade por padrões ("*privacy by default*")[488]. Essas vertentes têm origem na legislação europeia da proteção de dados e foram reforçadas no RGPD, notadamente no art. 25, cujo título é "*data protection by design and by default*".

[487] Cf. Ann Cavoukian (In: CAVOUKIAN, Ann. **Privacy by Design**. The 7 Foundational Principles. Informational and Privacy Commissioner of Ontario. Ontario. Janeiro. 2011), Cintia Rosa Pereira Lima, Bruno Bioni (In: LIMA, Cíntia Rosa Pereira; BIONI, Bruno Ricardo. A proteção dos pessoais na fase da coleta: apontamentos sobre a adjetivação do consentimento implementada no art. 7º, incisos VIII e IX do Marco Civil da Internet e da Privacy by Default. In: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Coords). **Direito & Internet III** – Tomo I: Marco Civil da Internet. Lei nº 12.965/2014. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 277), além do próprio RGPD, citam essas abordagens.

[488] As denominações originais em inglês, *privacy by design* e *privacy by default* serão utilizadas, pois refletem a maneira pela qual os textos jurídicos se referem a esses métodos.

Privacy by design é um método que vislumbra a proteção de dados desde a concepção dos sistemas, por meio das práticas comerciais, projetos, produtos ou qualquer outra solução que envolva o manuseio de dados pessoais. Em outras palavras, a privacidade é um dos elementos considerados na arquitetura dos sistemas, como conceituam Cíntia Rosa Pereira Lima e Bruno Ricardo Bioni:

> A *privacy by default* é apenas um dos diversos tipos de abordagem propriciados pela *privacy by design*, a qual consiste como, a própria terminologia induz, em considerar privacidade como um elemento condutor na fase de projeção e desenvolvimento de produtos e serviços. Anonimização das informações pessoais, sistemas de notificação em torno da invasão da base de dados, auditorias e muitas outras práticas são exemplos de como a tecnologia em fase de concepção pode ser coerente com a proteção da privacidade dos usuários[489].

O conceito teria surgido em 1990[490] através de documentos de Ann Cavoukian[491], antiga comissária de informação de privacidade da província de Ontario, Canadá. A autora mencionou que a privacy by design tem como objetivo que as organizações contemplem novas perspectivas sobre as tecnologias de informação e comunicação, de modo que avancem "a visão de que o futuro da privacidade não pode ser assegurado apenas pelo cumprimento de estruturas regulatórias; em vez disso, a garantia da privacidade deve idealmente se tornar o modo de operação padrão de uma organização".

Esse método representa a construção das novas perspectivas de privacidade, diante do desenho (*design*) de especificações de novos sistemas e processoss. Bert-Jaap Koops *et al.* informam, em tradução livre, que *privacy by design* enfatiza "a necessidade de que os sistemas de informação sejam projetados de forma que as regras de privacidade e proteção de dados sejam automaticamente aplicadas e que as configurações padronizadas restrinjam o processamento de dados a um mínimo necessário[492]".

---

[489] LIMA, Cíntia Rosa Pereira; BIONI, Bruno Ricardo. *Ibidem*, 2015.

[490] Cf. .LAMBERT, Paul. *Op. Cit.* 2017. p. 329.

[491] CAVOUKIAN, Ann. *Op. Cit.*, 2011. *(s.p.).*

[492] KOOPS, Bert-Jaaps; HOEPMAN, Jaap-Henk; LEENES, Ronald. Open source intelligence and privacy by design. In: **Computer Law and Security Review**, n. 29. Elsevier. 2013., pp. 676-688. Na redação original, os autores comentam: "the idea of privacy by design has been widely embraced in European policy and in proposed legislation, stressing the need that information systems be designed in such a way that privacy and data protection rules are automatically enforced and that default settings restrict data processing to a necessary minimum".

O art. 25, alínea 1[493] do RGPD trata do método de *privacy design*, descrevendo que os responsáveis devem aplicar as medidas técnicas e organizacionais para o tratamento de dados, como criptografia, anonimização e gestão de riscos, entre outras, de modo a sustentar os princípios da proteção de dados. Nas palavras de Paul Lambert:

> O RDPG descreve-o da seguinte forma no Artigo 25 do RDPG, indicando que: [...] Considerando o estado da arte, o custo de implementação e a natureza, escopo, contexto e propósitos de processamento, bem como os riscos de variação de probabilidade e severidade, e no que diz respeito aos direitos e liberdades das pessoas naturais decorrentes do tratamento, o responsável pelo **tratamento deve aplicar, tanto no momento da determinação dos meios de tratamento como no momento do próprio processamento, medidas técnicas e organizacionais adequadas,** tais como a pseudonimização, concebidas para implementar princípios de proteção de dados, como a minimização de dados, de uma forma eficaz e para integrar salvaguardas necessárias no processamento, a fim de cumprir os requisitos do RGPD e proteger os direitos dos titulares de dados[494].
> [Tradução livre]

Complementarmente, *privacy by default* é um dos princípios enumerados por Ann Cavoukian[495] para o método *privacy by design* e significa que as organizações devem adotar padrões que contemplem a segurança de dados em seus sistemas e processos, garantindo a privacidade. Não deve ser necessária uma ação do indivíduo para que possa proteger seus dados, as organizações devem construir sistemas e políticas que gerem esses padrões automaticamente.

Paul Lambert explicita que a governança dos agentes econômicos, além dos próprios contratos podem ser regidos pelo método de *privacy by default*, previsto na alínea 2 do art. 25 do RGPD[496]. Conforme indica o autor:

---

[493] Cf. UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento nº (UE) 2016/679 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO de 27 de abril de 2016**. Disponível em https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=PT. Acesso em 11 de abril de 2019. Na redação original: taking into account the state of the art, the cost of implementation and the nature, scope, context and purposes of processing as well as the risks of varying likelihood and severity for rights and freedoms of natural persons posed by the processing, the controller shall, both at the time of the determination of the means for processing and at the time of the processing itself, implement appropriate technical and organisational measures, such as pseudonymisation, which are designed to implement data-protection principles, such as data minimisation, in an effective manner and to integrate the necessary safeguards into the processing in order to meet the requirements of this Regulation and protect the rights of data subjects.

[494] Cf. .LAMBERT, Paul. *Op. Cit*. 2017. p.54.

[495] CAVOUKIAN, Ann, *idem. 2011. (s.p).*

[496] Cf. UNIÃO **EUROPEIA. Regulamento nº (UE) 2016/679 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO de 27 de abril de 2016**. Disponível em https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=PT. Acesso em 11 de abril de 2019. Redação original:

> A proteção de dados por padrão é referida e definida no artigo 25.º, n.º 2, do seguinte modo: O responsável pelo tratamento deve aplicar medidas técnicas e organizativas adequadas para garantir que, por padrões, apenas sejam processados dados pessoais necessários para cada finalidade específica do tratamento. Esta obrigação aplica-se à quantidade de dados pessoais recolhidos, à extensão do seu processamento, ao período de armazenamento e à acessibilidade. Em particular, tais medidas devem assegurar que, por padrão, os dados pessoais não sejam disponibilizados sem a intervenção do indivíduo para um número indefinido de pessoas físicas[497].
>
> [Tradução livre]

Ann Cavoukian indica que *privacy by design* e *by default* são caracterizadas como abordagens pró-ativas, que estimulam medidas preventivas e não reativas ao gerenciamento de riscos. Além disso, esses métodos devem ser adotados nas arquiteturas dos sistemas de tecnologias da informação e das práticas comerciais. Então, a proteção de dados deve ser integrada ao sistema, sem que isto gere a diminuição da sua funcionalidade. Ou seja, o desafio das ações em *privacy by default* é garantir a disponibilidade dos sistemas, de maneira que não prejudique os processos, bem como, na medida do possível sejam otimizados[498].

Os agentes de tratamento são responsáveis pelos dados pessoais durante o ciclo do processamento. Portanto, além da criação das políticas de segurança informacional e gestão dos riscos, esses agentes devem assegurar a disponibilidade, integridade e confidencialidade das informações. Nesse aspecto, a governança corporativa, através das abordagens de *privacy by design e by default*, poderá garantir o gerenciamento dos dados e sua segurança durante todo o ciclo do tratamento. Caso a *privacy by design* seja incorporada aos sistemas, há a possibilidade de que todos os dados sejam seguramente coletados e eliminados ao final do processo, em tempo hábil, cumprindo os requisitos da LGPD e RDPG.

Seja qual for a prática ou tecnologia dos negócios envolvida, de acordo com a abordagem de *privacy by design*, os responsáveis pelo tratamento de dados devem manter as

---

The controller shall implement appropriate technical and organisational measures for ensuring that**, by default, only personal data** which are necessary for each specific purpose of the processing are processed. That obligation applies to the amount of personal data collected, the extent of their processing, the period of their storage and their accessibility. In particular, such measures **shall ensure that by default personal data** are not made accessible without the individual's intervention to an indefinite number of natural persons. [Grifos do autor].

[497] Cf. LAMBERT, Paul. *Op.Cit.,* 2017. p.54.

[498] CAVOUKIAN, Ann. *Op. Cit.,*2011.*(s.p.*).

promessas e objetivos das práticas transparentes e acessíveis, para uma verificação independente pelos titulares e responsáveis pelo tratamento.

Por fim, o respeito à privacidade do usuário deve imperar nas novas medidas de governança, de tal modo que os sistemas e processos sejam desenhados de acordo com os interesses individuais dos titulares. Corforme descreveu Ann Cavoukian "*privacy by design* exige que os arquitetos operadores dos sistemas mantenham os interesses do indivíduo em primeiro lugar, oferecendo medidas como padrões fortes de privacidade, notificações apropriadas e sistemas de simples acesso pelo usuário[499],".

Cintia Rosa Pereira Lima e Bruno Ricardo Bioni comentam ainda que as abordagens de proteção pelo conteúdo e, especialmente, os padrões automatizados do sistema, devem ser adotados pelos agentes econômicos, para uma correta proteção dos titulares, estimulando seu consentimento informado:

> Destaca-se à guisa de conclusão, a relevância em se desenvolver e tomar como caminho a perspectiva da *privacy by default*, isto porque, estando qualquer tipo de aplicação pré-configurada para barrar, por exemplo, a coleta dos dados pessoais, criar-se-á, necessariamente um ambiente pelo qual deverá haver uma interação com o usuário para nele despertar uma ação, e, por consequência, a efetiva proteção dos dados pessoais amparada por meio de um consentimento informado e expresso de seu titular[500].

Diferentemente do RGPD, a LGPD não positivou as abordagens de *privacy by design* e *privacy by default* como ações de governança dos agentes econômicos. Contudo, o *caput* do art. 46 determina que o controlador e o operador devem adotar medidas de segurança, técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou qualquer forma de tratamento inadequado ou ilícito, desde o início da concepção do produto ou serviço até sua execução (art. 46, §2º). Essas medidas de segurança envolvem a gestão corretiva de riscos de vazamentos de dados e ações preventivas como cópias de segurança (*back-up*), celebração de contratos com obrigações fortes relacionadas à segurança, programas de computador como *antivírus* e *antimalware*, criptografia, além da política de gestão de proteção de dados.

---

[499] AVOUKIAN, Ann. *Op. Cit.*,2011.*(s.p.*).

[500] LIMA, Cíntia Rosa Pereira; BIONI, Bruno Ricardo. *Op.Cit.*, 2015. p. 282.

Diante dessa previsão, os responsáveis por tratamento de dados, como contratantes em negócios diversos, devem adotar medidas de segurança para a prevenção de vazamentos, perdas e danos quanto aos dados pessoais. Essas medidas de controle, como descreve Tomoki Ishiara[501], poderão ser "sistêmicas, humanas, físicas ou técnicas".

Acerca dos controles de segurança sistêmicos, o Tomoki Ishiara aponta que os agentes econômicos devem: (i) preparar a estrutura da organização para tomar medidas de controle de segurança para dados pessoais; (ii) preparar os regulamentos e manuais de instruções sobre o controle de segurança; (iii) criar meios para que os dados sejam acessíveis ou fiquem visíveis para os titulares, bem como forma de manipulação desses dados; (iv) avaliar, rever e otimizar as medidas de controle de segurança para dados pessoais; e (v) criar métodos de resposta para incidentes e violações da segurança de dados. O art. 49 da Lei nº 13.809/2018 reforça todas essas providências, porque que dispõe que os sistemas utilizados para o tratamento de dados pessoais devem ser estruturados de forma a atender aos requisitos de segurança, aos padrões de boas práticas e de governança e aos princípios gerais da LGPD e normas regulamentadoras.

As ações de governança humana envolvem: (i) a elaboração de contratos de confidencialidade, ou celebração de contratos que contenham cláusulas com essa obrigação de sigilo com operadores, fornecedores, agentes, representantes comerciais, administradores, sócios, gerentes, enfim, quaisquer pessoas que tenham acesso aos dados protegidos pela LGPD e (ii) a realização de treinamentos internos com as pessoas listadas no item (i) anterior para conhecimento e cumprimento das regras corporativas em proteção de dados.

Por conseguinte, as medidas de segurança físicas contemplam: (i) efetivação de mecanismos de segurança predial ou de salas evitando a entrada e saída de pessoas não autorizadas, impedindo roubos e furtos; e (ii) a proteção física de equipamentos, acessórios e dispositivos.

Finalmente, as medidas de controle de segurança técnica são: (i) identificação e autenticação para acesso a dados pessoais, apresentadas no terceiro capítulo, como a certificação e (ii) controle de acesso aos dados pessoais; (iii) gestão do acesso e possibilidade de gravação; (iv) criação de ações corretivas que impeçam um programa de computador não autorizado de acessar sistemas de informação; (v) execução de medidas de segurança ao

[501]ISHIARA, Tomoki. Chapter 16. Japan. In: RAUL, Alan Charles (editor). **The privacy, data protection and Cybersecurity Law review**. 3.ed. Londres. Law Business Research. 2016., pp. 206-207.

transferir e transmitir dados pessoais, como criptografia, contratos anonimizados e assinatura digital; (vi) providências para confirmação das operações; e (vii) monitoramento dos sistemas de informação que lidam com dados pessoais, evitando possíveis instrusos e vazamentos.

Dentro dessa linha, a LGPD estabeleceu no art. 50, *caput*, que os controladores e operadores podem formular regras de boas práticas e governança que ditem as normas corporativas e técnicas sobre a proteção de dados, *in verbis*:

> Art. 50. Os controladores e operadores, no âmbito de suas competências, pelo tratamento de dados pessoais, individualmente ou por meio de **associações, poderão formular regras de boas práticas e de governança que estabeleçam as condições de organização,** o regime de funcionamento, os procedimentos, incluindo reclamações e petições de titulares, as normas de segurança, os padrões técnicos, as obrigações específicas para os diversos envolvidos no tratamento, as ações educativas, os mecanismos internos de supervisão e de mitigação de riscos e outros aspectos relacionados ao tratamento de dados pessoais[502].
>
> [Grifos do autor].

Contudo, o art. 46, §1º da referida lei determina que "a autoridade nacional poderá dispor sobre padrões técnicos mínimos para tornar aplicável o disposto no caput deste artigo, considerados a natureza das informações tratadas, as características específicas do tratamento e o estado atual da tecnologia, especialmente no caso de dados pessoais sensíveis [...][503]". Consequentemente, a ANPD poderá regulametar a obrigatoriedade de determinados padrões de governança em tecnologia da informação e procedimentos. Corroborando com essa afirmativa, o art. 51 prevê "que a autoridade nacional estimulará a adoção de padrões técnicos que facilitem o controle pelos titulares dos seus dados pessoais[504]".

Além disso, os agentes econômicos dentro de suas políticas de governança deverão indicar uma pessoa que figurará como encarregado (art. 41), isto é, a pessoa que fará a interface entre o agente econômico (controlador e operador), a ANPD e os titulares. Essa informação deve ser transparente, preferencialmente indicada no sítio eletrônico.

Outra medida relacionada à governança diz respeito à elaboração de relatórios de impacto à proteção de dados, pelos controladores e operadores, na forma do *caput* do art. 38

---

[502] BRASIL. **Lei 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 13 de abril de 2019.

[503] Ibidem.

[504] Idem.

da LGPD ("autoridade nacional poderá determinar ao controlador que elabore relatório de impacto à proteção de dados pessoais, inclusive de dados sensíveis, referentes a suas operações de tratamento de dados, nos termos de regulamento, observados os segredos comercial e industrial[505]"). O relatório de impacto é conceituado no art. 5º, XVII como a "documentação do controlador que contém a descrição dos processos de tratamento de dados pessoais que podem gerar riscos às liberdades civis e aos direitos fundamentais, bem como medidas, salvaguardas e mecanismos de mitigação de risco[506]".

Apesar de não ser algo obrigatório, a ANPD poderá determinar a apresentação pelos agentes de tratamento do relatório de impacto de proteção de dados, através de seus atos normativos. Importa notar que os segredos industriais e comerciais são protegidos pela Lei nº 13.709/2018 em relação à divulgação desses relatórios.

Ultrapassada a análise sobre a governança sistêmica, humana, física e técnica da proteção de dados, que deverá ser adotada pelos responsáveis pelo tratamento, além de mudanças em contratos empresariais, o próximo item versará sobre as perspectivas em contratos empresariais, sob a ótica da disciplina de proteção de dados.

4.2. Perspectivas para os contratos sob a visão da NEI

Analisaram-se, na presente, tese os fundamentos da proteção de dados como uma disciplina influenciada pela legislação estadunidense e da União Europeia, bem como contratos empresariais, conceitos, algumas espécies, legislação aplicável e formas de interpretação, sob a análise ecônomica.

Os contratos empresariais, assim como os agentes econômicos contratantes, serão profundamente impactados pela LGPD, como verificou-se nos capítulos antecedentes. Caberá aos agentes econômicos uma revisão crítica das cláusulas contratuais para proteção dos dados das pessoas naturais ou celebração de contratos de confidencialidade com as partes, a fim de estipular tal conteúdo, diante de uma insegurança jurídica trazida pela própria lei.

---

[505]Idem.

[506]BRASIL. **Lei 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 13 de abril de 2019.

Os negócios jurídicos empresariais são hipóteses para o tratamento de dados quando houver alguma operação de coleta, processamento, armazenamento, modificação ou utilização de dados, seja em relação às partes contratantes, caso haja um empresário individual ou ainda quando houver algum dado de pessoa natural envolvido no objeto ou descrição do contrato (arts. 5, I). Exemplificamente, há tratamento quando ocorre a coleta de dados, após a identificação dos sócios pessoas naturais das sociedades empresárias; do titular pessoa natural da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada ou dos administradores, gerentes, empregados, no caso de contratos com operadores de dados, na forma do art. 5º, VII da Lei nº 13.709/2018.

As novas perspectivas dos contratos empresariais envolvem as hodiernas tecnologias, considerando a ampla utilização da *internet* e demais redes compartilhadas para comércio de produtos e serviços. Esse cenário prevê a expansão da utilização de *Big Data*, porque a análise de grandes dados permite realização de pesquisas de mercado sobre preferências, produtos, clientes, localizações, expandido os negócios empresariais.

Diante das novas tecnologias e ampla utilização dos dados para fins econômicos, houve um anseio da sociedade civil por regulações estatais para proteção de dados, de maneira a conferir segurança jurídica para os titulares e para os agentes de tratamento. Por conseguinte, os agentes econômicos devem adotar medidas de segurança informacional, para atendimento à LGPD e às normas internacionais sobre proteção de dados.

No tocante às relações negociais mantidas com operadores de dados, que se destacam nesse cenário de novas tecnologias, entende-se que é necessária a celebração de contrato específico. Nele, podem ser descritas as responsabilidades de cada uma das partes, a operação de tratamento de dados, a finalidade do mesmo. Da mesma forma, o titular deve ter conhecimento de que seus dados foram confidenciados a um operador, ou ao menos, consentido com a divulgação a terceiros para tal finalidade.

O consentimento em matéria contratual ainda não está pacificado na doutrina e a LGPD é transparente ao estatuir que a execução do contrato é uma das hipóteses para tratamento de dados. No entanto, de forma prática, empresários demonstraram insegurança sobre a LGPD, como aventado no item 4.1. deste estudo e, informaram que revisarão os contratos empresariais para contemplar: (i) consentimento sobre a utilização dos dados, de forma escrita e apartada; (ii) finalidade e forma do tratamento de dados; (iii) indicação de onde a política de proteção de dados pode ser encontrada, normamente no sítio eletrônico do

controlador, assim como todas as informações acerca do acesso aos dados, dados do controlador, encarregado e possibilidade de retificação; e (iv) possibilidade de revogação do consentimento e exclusão dos dados.

Nesse sentido, cumpre ressaltar que a arbitragem[507] também poderá adotada pelos empresários quando houver algum litígio envolvendo um direito patrimonial disponível em matéria de proteção de dados, visando sua adaptação à LGPD.

A Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, no art. 3º estatui que as partes interessadas podem submeter eventuais litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem. Esta compreende a cláusula compromissória e o compromisso arbitral. A primeira é entendida por como um "pacto compromitendo. Nela as partes convencionam resolver, por meio da arbitragem, as divergências que sujam entre elas, geralmente quando à execução e ou à interpretação de um contrato[508]", por outro lado, o compromisso arbitral, "destinar-se-ia à solução de uma divergência ou controvérsia determinada[509]".

Ressalte-se que o art. 11, IV da Lei nº 9.307/ 1996, dispõe que o compromisso arbitral conter "indicação da lei nacional ou das regras corporativas aplicáveis à arbitragem, quando assim convencionarem as partes[510]". Portanto os contratantes podem acordar que as normas corporativas, inclusive políticas em matéria de proteção de dados, podem ser os fundamentos para eventual procedimento arbitral.

Esta também é uma nova perspectiva em matéria contratual, pois as partes poderão celebrar compromissos arbitrais com essa regra, visando, inclusive redução dos custos de transação, com o estabelecimento prévio das normas corporativas sobre a segurança informacional, as medidas adotadas, entre outros critérios para avaliação dos árbitros em eventual litígio.

---

[507] Forma alternativa de solução de conflitos de interesse que prescinde da intervenção do judiciário. Como conceitua José Eduardo Carreira Alvim "A arbitragem é a instituição pela qual as pessoas capazes de contratar confiam a árbitros, por elas indicados ou não, o julgamento de seus litígios relativos a direitos transigíveis". ALVIM, José Eduardo. Carreira. **Tratado Geral da arbitragem**. Belo horizonte: Mandamento, 2000, p. 15. Também tratam sobre o tema, DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**, v. 1, 17. ed. Salvador: Juspodium, 2015; DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria Geral do novo Processo Civil**. São Paulo: Malheiros, 2016.

[508] BATISTA, Luiz Olavo. Cláusula Compromissória e compromisso. In: **Revista dos Tribunais**. Doutrinas essenciais Obrigações e Contratos, v. 6., pp. 977-988., jun, 2011.

[509] Ibidem.

[510] BRASIL. Lei nº da **Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 199**6. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm. Acesso em 27 de maio de 2019.

As novas estruturas contratuais e de governança organizacional importam na implementação de medidas de segurança em informática para garantir integridade, disponibilidade e confidencialidade dos dados. Em matéria contratual, essas medidas envolvem a possibilidade de anonimização, criptografia e assinatura digital, além de uma gestão mais eficiente sobre os dados. Nesse sentido, as as ações elencadas nos itens 4.1 e seguintes poderão conferir maior proteção aos titulares, que tem seus dados protegidos, e aos responsáveis pelo tratamento que saberá como endereçar eventuais ações corretivas e preventivas sobre a segurança da informação. No entanto, essas novas providências representam elevação dos custos de transação

A gestão de dados, nomeação de um encarregado, além da execução de diversas ações custosas como a instalação de programas de computador para prevenção ou correção de programas maliciosos, cópias de segurança, plataformas para concessão de acesso aos titulares, programas para criptografia, assinatura eletrônica e aquisição de certificação digital são despesas para os agentes econômicos. Outrossim, não há uma norma que enumere os padrões de segurança em sistemas e contratos para efetivo cumprimento pelos empresários, a LGPD trouxe omissões neste aspecto. A respeito dessa insegurança causada pela LGPD, Ana Frazão teceu os seguintes comentários sobre a obrigatoriedade dos relatórios de impactos e desafios interpretativos:

> Basta lembrar que, já nas definições constantes do seu art. 5º, a lei prevê o relatório de impacto à proteção de dados pessoais, conceituando-o como "documentação do controlador que contém a descrição dos processos de tratamento de dados pessoais que podem gerar riscos às liberdades civis e aos direitos fundamentais, bem como medidas, salvaguardas e mecanismos de mitigação de risco" (inc. XVII). Ora, sem a devida transparência sobre como os dados são utilizados, os riscos não podem ser nem suficientemente identificados nem mitigados.
> Logo, mesmo a análise introdutória da Lei Geral de Proteção de Dados já permite a constatação de inúmeros desafios interpretativos [...][511].

A análise econômica do direito, através dos estudos de Ronald Coase[512], voltou-se para a investigação dos custos de transação e seus impactos nas tomadas de decisões negociais, bem como que todas as decisões acerca do mercado, envolvem esses custos. Os

[511] FRAZÃO, Ana. Nova LGPD: principais repercussões para a atividade empresarial. In: **Jota**, 29 de agosto de 2018. Recurso eletrônico. Disponível em https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/nova-lgpd-principais-repercussoes-para-a-atividade-empresarial-29082018. Acesso em 26 de abril de 2019.

[512] COASE, Ronald Harry. **The firm, the Market and the law**. Chicago, University of Chicago Press, 1990. p.6.

custos de transação influenciam decisões sobre como organizar as diversas etapas da produção de bens e serviços. Por conseguinte, o método econômico de Richard Posner[513] considerou que as pessoas tendem a celebrar contratos e considerar o cumprimento ou descumprimento das obrigações, através de uma análise de custo-benefício.

Portanto, na lógica empresarial, a empresa divide-se em diversos processos, sejam operacionais, comerciais, logísticos, entre outros, para realização do lucro que é o principal objetivo do empresário. Qualquer processo para ser executado depende de custos diretos e indiretos de produção ou prestação de serviços, oriundos das próprias transações, além daqueles que cumprem ao próprio nexo empresarial (ligado à idiossincrasia humana e empresarial) dos processos em si.

A visão da NEI, vislumbra a análise econômica do direito com foco na propriedade, no contrato e nos arranjos institucionais, de maneira que os indivíduos agem de acordo com oportunismo e racionalidade limitada, como comentam Decio Zylbersztajn e Rachel Sztajn:

> O alinhamento eficiente deriva da relação entre as características das transações, as características dos agentes, as características das leis, dentro de uma lógica de eficiência, ou seja, minimizadora dos custos de transação. O ambiente institucional tem papel relevante, podendo afetar a arquitetura das organizações. Formas para lidar com oportunismo pós-contratual (salvaguardas) surgirão como resposta dos agentes[514].

Analisando-se a proteção de dados e os contratos empresariais, conclui-se que uma vez que as medidas de governança e contratuais para adequação à LGPD representam elevação dos custos de transação, a tomada de decisões dos agentes será no sentido de cumprimento das normas existentes em matéria de proteção de dados.

Por fim verifica-se que é necessário que a LGPD e a ANPD através de seus futuros atos normativos estabeleçam critérios mais consistentes em para empresários responsáveis pelo tratamento de dados e que sejam compatíveis com a realidade, visando harmonizar a regulação com as necessidades dos titulares e do mercado.

---

[513] POSNER. Richard A. **El análisis económico del derecho**; tradução de Eduardo Suarez. 2.ed. Mexico: FCE, 2007. p. 162.

[514] SZTAJN, Rachel; ZYLBERSZTAJN, Decio. Análise Econômica do Direito das Organizações. In: SZTAJN, Raquel; ZYLBERSZTAJN (Org.). **Direito e Economia**. Análise Econômica do Direito e das Organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 18.

CONCLUSÃO

A transferência e utilização dos dados pelos agentes com intuito econômico é uma realidade mundial, considerando-se a globalização dos mercados, a utilização do comércio eletrônico e a expansão das atividades empresariais para alcance do maior número possível de consumidores e empresários, especialmente por intermédio da *internet* e demais meios telemáticos.

São considerados dados todos os registros existentes, cuja inteligência poderá resultar em informações sobre quaisquer temáticas podendo ser físicos ou digitais, existenciais ou patrimoniais. Nesse cenário, a sociedade da informação, também denominada sociedade do conhecimento, os concebe como ferramentas inerentes ao desenvolvimento mundial, sobretudo em relação às atividades comerciais.

Nesse cenário, a disciplina da proteção de dados é concebida pela doutrina, legislação pátria e estrageira, como uma evolução do direito "de estar só" originada da doutrina da *privacy* estadunidense, ligada a uma autodeterminação informativa e, atualmente, como um direito do titular de controlar suas próprias informações, com o Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia. Essa acepção contempla a proteção de dados de forma abrangente, cabendo à pessoa natural consentir com coleta e tratamento, bem como entender qual é a finalidade de sua utilização, os meios de processamento, e ainda, as possibilidades de impugnar, solicitar a retificação ou exclusão dos seus dados.

No Brasil, historicamente, o direito à proteção de dados teve como pilar o direito fundamental à privacidade, previsto no art. 5º, X, da Constituição Federal de 1988. Deste modo, analisou-se que sua positivação ocorreu com a edição da Lei nº 13.709/2018, que ainda não vigora, salvo o art. 65, I.

Verificou-se, no primeiro capítulo, que a definição de dados pessoais prevista no art. 5º, I da Lei nº 13.709/2018 apenas contempla os dados das pessoas naturais identificadas ou identificáveis. Portanto, as pessoas jurídicas não terão seus dados protegidos por meio da LGPD. Porém o tratamento de dados é toda operação realizada com dados pessoais, sejam identificadores, profissionais, negociais, existenciais ou patrimoniais.

As pessoas jurídicas, nesse sentido, continuarão sendo orientadas pelas legislações setoriais, além da própria Constituição Federal (art. 5º, X e LXXII), assim como a Lei

Complementar nº 105/2001, a Lei nº 9.507/1997 e a Lei nº 12.414/2011. Da mesma forma, demonstrou-se nesse capítulo a possibilidade de reparação por dano moral considerando o conceito de honra objetiva em sentido amplo, como nome, reputação e imagem, fundamentais para sucesso da empresa, com base na Súmula 227 do STJ. No tocante à coleta ou utilização ílicitas de dados pessoais por uma pessoa jurídica para conquistar a clientela de um concorrente, também entende-se ser possível a aplicação das regras relativas à concorrência desleal, como estatui o art. 195, III e IX, da Lei nº 9.279/1996.

No segundo capítulo, os contratos empresariais foram conceituados como aqueles celebrados por agentes econômicos em sentido amplo, isto é, aquelas pessoas que profissionalmente exercem a empresa, acentuando-se sua característica econômica. Tais contratos são previstos como uma categoria autônoma, possuindo princípios e interpretação própria, ainda que o Código Civil de 2002 seja, atualmente, a legislação que regulamente a categoria, com as alterações promovidas pela Medida Provisória nº 881/2019.

Consequentemente, os contratos foram analisados sob a ótica econômica, isto é, como um elemento necessário ao próprio desenvolvimento da empresa. Quanto maior o número de contratos celebrados pelo empresário, maior será seu crescimento.

Considerando que todos os negócios jurídicos contendo informações sobre pessoas naturais estão abrangidos nas atividades de tratamento de dados, desde a negociação, com a consolidação de um relacionamento pré-contratual, até o momento pós-contratual, foi possível concluir que a categoria de negócios empresariais será impactada pela LGPD. Esse entendimento foi suportado na análise de algumas espécies de contratos empresariais, quais sejam: compra e venda, agência, representação comercial e franquia. No entanto, como visto, a pessoa jurídica apenas será impactada por essas regras na qualidade de controlador ou operador de tratamento de dados. O empresário individual, por outro lado, como se trata de pessoa natural, na forma do art. 966 do Código Civil, poderá ser considerado um controlador, operador ou titular de dados.

No terceiro capítulo, verificou-se que os empresários efetivamente utilizam a *internet* e outras tecnologias de informação e comunicações para seus negócios jurídicos, inclusive empresariais, com busca de fornecedores no mercado, utilização do comércio eletrônico *b2b*, e dos sistemas de contratação, como o *Electronic Data Interchange* (EDI). Do mesmo modo, compreendeu-se que existe elevada insegurança jurídica para a sociedade civil relativa à privacidade e proteção de dados, diante do baixo número de políticas formais de segurança

informacional pelos agentes econômicos. Isso restou comprovado pelo relatório elaborado pelo IBGE em 2010, intitulado “pesquisa sobre uso das tecnologias de informação e comunicação nas empresas, o qual apontou que apenas 11,9% (onze vírgula nove por cento) dos empresários possuíam políticas de segurança de dados.

Averiguou-se também que novas formas de contratação empresariais, como o sistema *blockchain* e a tecnologia de contratos inteligentes, abrangem mecanismos seguros de transferências de dados que podem ser utilizados para diversas transações. Porém, devem ser compatibilizados com a proteção de dados positivada no Brasil e mundialmente, a depender do local de tratamento ou comercialização de produtos e serviços. Uma vez que se trata de um regime descentralizado e imutável, a *blockchain* não pode ser entendida como uma solução para a problemática de proteção de dados e comercialização das informações dos cidadãos, pois não compreende todas as acepções de privacidade como controle, por exemplo, acesso e retificação dos dados.

Assim, os agentes econômicos podem efetivar diversas ações para segurança informacional, como a aquisição programas de computador para cópias de segurança e combate a programas maliciosos, além de medidas que envolvam proteção de dados em contratos. Foi possível inferir que a criptografia, a autenticação e certificação são métodos que conferem segurança aos dados e devem ser implementados pelos agentes econômicos, notadamente nos contratos eletrônicos empresariais.

Os agentes econômicos podem gerar valor mediante a inteligência em grandes dados, o que se denominou análise de *Big Data*. Essa monetização dos dados pelos agentes econômicos é um dos desafios da sociedade da informação, e importa um paradoxo entre os princípios da livre iniciativa e da privacidade. Isso porque os agentes econômicos utilizam esses dados como ativos para expansão dos mercados e identificação dos clientes, enquanto a estes cabe o direito à proteção de seus dados.

A solução encontrada para resolução desse paradoxo foi a criação, nos moldes do RGPD da União Europeia, da Autoridade Nacional de Proteção de Dados, na qualidade de órgão vinculado à Presidência da República com poder normativo e disciplinar para ratificar os termos da LGPD e aplicar as penalidades cabíveis aos responsáveis pelo tratamento que descumprirem a Lei. Entretanto, ainda restam dúvidas sobre a efetividade dessa criação, pois ainda não ocorreu a conversão em lei da Medida Provisória nº 869/2018.

Por fim, no quarto capítulo, foram analisados os resultados da pesquisa realizada com 27 (vinte e sete) advogados, gerentes e diretores que compõem o corpo de departamentos jurídicos de sociedades empresárias. Sua percepção foi fundamental para o desenvolvimento da tese, pois 100% (cem por cento) dos entrevistados responderam que as sociedades empresárias em que atuam serão impactadas pela LGPD, demonstrando que a lei não somente atingirá um setor específico, nem determinou o porte do empresário para sua aplicação, nem um setor da economia, sendo aplicável para todos os agentes econômicos.

Além disso, a maioria dos entrevistados confirmou que seus contratos empresariais serão impactados pela LGPD, quando houver: (i) tratamento de dados de pessoas naturais, sejam sócios, administradores, gerentes ou representantes legais do contratante; (ii) dados de empregados ou terceirizados vinculados ao contrato, como o caso de prestação de serviços com cessão de mão de obra; (iii) dados de outras pessoas naturais como objeto ou necessárias à execução contratual, como é o caso das sociedades empresárias que prestam serviços de manutenção e gestão de dados, *marketing* ou centrais de atendimento; ou (iv) no caso de fornecedores, clientes ou parceiros que sejam empresários individuais. Sob essa perspectiva, a maioria dos entrevistados apontou que implementou a revisão de seus contratos e das políticas empresariais ou irá fazê-lo.

A execução dos contratos é uma das hipóteses para tratamento de dados, sem a necessidade de consentimento. Porém, diante da ampla extensão dos efeitos da LGPD e dúvidas acerca de sua aplicação, os agentes econômicos possuem o entendimento, comprovado pela pesquisa, de que devem incluir cláusulas garantindo o consentimento na redação contratual. Contudo, em qualquer hipótese de tratamento, os agentes devem cumprir os princípios da LGPD como finalidade, livre acesso e segurança.

Os dados são utilizados para diversas finalidades econômicas. A análise de grandes dados para como atividade empresarial foi apresentada como uma das características da sociedade informacional. Nesse sentido, o excesso da prática do consentimento expresso previsto no art. 7º, I da LGPD, é algo que pode gerar uma fadiga. Destarte, o contrato poderá ser utilizado, ainda mais, para balizar e comprovar a licitude do tratamento de dados.

Da mesma forma, concluiu-se que as ações para governança são sistêmicas, físicas, humanas e técnicas. Cabe aos agentes econômicos como responsáveis pelo tratamento de dados sujeitos à fiscalização da ANPD, a adoção de medidas que assegurem às pessoas a sua proteção de seus dados, seja através de políticas transparentes sobre o acesso, seja em relação

a contratos claros, com obrigações simples e finalidades do tratamento de dados e das pessoas com quem serão compartilhados.

As providências que devem ser efetivadas pelos agentes econômicos geram custos à celebração dos contratos e manutenção das estruturas organizacionais, com a contratação de diversos bens e serviços para segurança informacional. Além disso, aumentam os riscos da atividade empresária, sobretudo em um ambiente dificultoso, como o virtual. Entende-se que a LGPD é muito abrangente, omissa quanto aos padrões que devem ser seguidos pelos empresários e não reflete a realidade dos empresários brasileiros, como fez o RDPG, ao prescindir da obrigatoriedade de manutenção dos registros dos pequenos empresários, com menos de 250 (duzentos e cinqüenta) empregados.

Sob o aspecto da NEI, os empresários atuam balizados pelos contratos e arranjos institucionais, com intuito de reduzir os custos de transação e ampliar seus lucros. No entanto, a LGPD deixou muitas lacunas no tocante aos padrões que devem ser empregados pelos responsáveis pelo tratamento de dados, e as efetivas regras que devem ser cumpridas pelos agentes, gerando insegurança jurídica.

Diante de todo o exposto, conclui-se que a análise dos contratos empresariais sob a ótica da LGPD, a qual foi parcialmente prejudicada pela ausência de uma estabilidade legal, porque ela será modificada em razão da conversão em lei da Medida Provisória nº 869/2018. No entanto, desde já foi possível constatar que a atividade empresária será impactada, sobretudo nos aspectos contratuais e de governança. Os agentes econômicos devem criar medidas de segurança informacional em suas estruturas organizacionais, desde a fase pré-contratual até o término de uso dos dados, bem como cumprir todos os atos normativos, oportunamente emitidos pela ANPD.

REFERÊNCIAS

ALLEN, Douglas W. Transaction Costs. In: GEEST, Gerrit de; BOUCKAERT, Boudewijn. **Encyclopedia of Law and Economics**, v. 1, The History and Methodology of Law and Economics, Cheltenham: Edward Elgar, 2000.

ALMEIDA, José Gabriel Lopes Pires Assis de. A noção jurídica de empresa. In: **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, 36, n. 143. Jul/Set/1999. p.p 211- 229. Disponível em https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/515/r143-17.PDF?sequence=4. Acesso em 15 de abril de 2019.

ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. **A pessoa jurídica e os direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Renovar. 1998.

_____; FARIA, Livia Sant´anna. Desmaterialização de documentos e títulos de crédito: razões, consequências e desafios. In: XVI Congresso Nacional do CONPEDI, 2008, Belo Horizonte. **Anais do XVI Congresso Nacional** - Belo Horizonte, 2007. p. 300-321. Disponível em http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/alexandre_ferreira_de_assumpcao.pdf. Acesso em 14 de maio de 2018.

_____; TEIXEIRA, Pedro Freitas. A [des] identidade do contrato de representação comercial diante do contrato de agência. In: REZENDE, Elcio Nacur; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; OLIVEIRA, José Sebastião (org.). **Direito civil contemporâneo**. Florianópolis: CONPEDI, 2015, p. 230. Disponível em: http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/c178h0tg/aynm5hh3/9z7SsTJX00TNbkj4.pdf. Acesso em 17 de abril de 2019.

ALVIM, José Eduardo. Carreira. **Tratado Geral da arbitragem**. Belo horizonte: Mandamento, 2000.

ANDRESS, Jason.**The basics of information security.** Understanding the Fundalmentals of InfoSec in Theory and Practice. Waltham: Syngress, 2011.

ARAÚJO. Fernando. **Teoria Económica do Contrato**. Coimbra: Almedina, 2007.

Associação Brasileira de Normas Técnicas. **ABNT NBR ISSO/IEC 27002**. Tecnologia da informação – Técnicas de segurança – Código de prática para gestão da segurança da informação. Rio de Janeiro. ABNT. 2005. Disponível em http://www.fieb.org.br/download/senai/nbr_iso_27002.pdf. Acesso em 24 de abril de 2019.

ASCARELLI, Tullio. Origem do Direito Comercial (Tradução de Fábio Konder Comparato). In: **Revista de Direito Mercantil**, Ano XXXV, n. 103, jul., 1996.

_____. O contrato plurilateral. In: ASCARELLI, Tulio. **Problemas das sociedades anônimas e Direito Comparado**. 2.ed. São Paulo: Saraiva. 1969.

ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. Tradução de Fábio Konder Comparato. In: **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. n. 104, 1996.

BAMBARA, Joseph.; ALLEN, Paul. **Blockchain:** a pratical guide to developing business, Law and technology solutions. New York: McGraw-Hill Education, 2018.

BARBOSA, Denis Borges. **A concorrência desleal e sua vertente parasitária**. Agosto, 2011. Disponível em http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/novidades/concorrencia_desleal.pdf. Acesso em 08 de abril de 2019.

_____. **Uma introdução à propriedade intelectual**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. Disponível em http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/livros/umaintro2.pdf. Acesso em 08 de abril de 2019.

BARBAGALO, Erica Brandini. **Contratos eletrônicos.** Saraiva: São Paulo, 2001.

BARROSO, Luiz Felizardo. ***Franchising* e Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

BATISTA, Luiz Olavo. Cláusula Compromissória e compromisso. In: **Revista dos Tribunais**. Doutrinas essenciais Obrigações e Contratos, v. 6., pp. 977-988., jun, 2011.

BELL, Daniel. **The coming of Post-Industrial Society**. Nova Iorque: Basic Books, 1999. *(e-book).*

BENTHAM, Jeremy. **The principles of morals and legislation**. Nova York: Hafner Press, 1948.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**. Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais:** a função e os limites do consentimento. Rio de Janeiro: Foresnse, 2019.

_____. Xeque-Mate. O tripé da proteção de dados pessoais no jogo de xadrez das iniciativas legislativas no Brasil. In: **Privacidade e Vigilância**. Grupo de pesquisa em políticas públicas para o acesso à informação da Universidade de São Paulo, São Paulo: Universidade de São Paulo, 2015.

BITTENCOURT, Thiago Wiggers; KLEIN, Vinicius. Boa-fé objetiva e a aplicação no direito empresarial. In: **Revista Unicuritiba**, v. 13, n.1, Curitiba, Centro Universitário Curitiba, 2013. Disponível em http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/percurso/article/viewFile/651/489. Acesso em 21 de maio de 2019.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito Societário**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

BORGES, Maria Alice Guimarães. A compreensão da sociedade da informação. In: **Revista Ciência da Informação**, v. 29, n.3, pp. 25-32, Brasília, set-dez, 2000.

BOYNE, Shawn Marie. Data protection in the United States. In: **The american journal of comparative Law**. v.66. Oxford University Press. 2018.

BRANCO JÚNIOR, Eliseu C., *et al*. Estratégias para proteção da privacidade em dados armazenados na nuvem. In: **Simpósio Brasileiro de Banco de Dados**. Tópicos em gerenciamento de dados e Informações. Organização: Departamento de Informática da UFPR e Escola Politécnica da PUC-PR, Curitiba. 2014.

BRASIL. Agência Nacional de Telecomunicações. **Resolução nº 632, de 7 de março de 2014**. Disponível em http://www.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/750-resolucao-632. Acesso em 20 de abril de 2019.

_____. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei Complementar nº 441, de 08 de novembro de 2017**. Disponível em https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=C9B49C6DCA4E4F55DAF71287A01CF4DC.proposicoesWebExterno2?codteor=1620874&filename=Avulso+-PLP+441/2017. Acesso em 07 de abril de 2019.

_____. Câmara dos Deputados**. Projeto de Lei nº 2.126, de 14 de agosto de 2011**. Disponível em https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=912989&filename=Tramitacao-PL+2126/2011. Acesso em 09 de abril de 2019.

_____. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 4.060, de 13 de junho de 2012**. Disponível em https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1454623&filename=Tramitacao-PL+4060/2012. Acesso em 14 de abril de 2019.

_____. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 5.276, de 13 de maio de 2016**. Disponível em https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2084378. Acesso em 14 de abril de 2019.

_____. **Constituição Federal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 03 de abril de 2019.

_____. Conselho da Justiça Federal. **I Jornada de Direito Comercial**. Brasília. 2013. Disponível em https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-de-direito-comercial/livreto-i-jornada-de-direito-comercial.pdf/. Acesso em 21 de março de 2019.

_____. Conselho da Justiça Federal. **III Jornada de Direito Civil**. Brasília. 2003. Disponível em https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/375. Acesso em 21 de março de 2019.

_____. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em 05 de maio de 2019. _____. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm. Acesso em 15 de abril de 2019.

_____. **Decreto nº 4.489, de 28 de novembro de 2002**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4489.htm. Acesso em 07 de abril de 2019.

_____. **Decreto nº 7.829, de 17 de outro de 2012**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2012/Decreto/D7829.htm. Acesso em 07 de abril de 2019.

_____. **Decreto nº 7.962, de 15 de março de 2013**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Decreto/D7962.htm. Acesso em 20 de abril de 2019.

_____. **Decreto nº 8.771, de 11 de maio de 2016**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8771.htm. Acesso em 10 de abril de 2019.

_____. **Decreto nº 97.057, de 10 de novembro de 1988**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1980-1989/D97057.htm. Acesso em 27 de maio de 2019.

_____. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Pesquisa sobre uso das tecnologias de informação e comunicação nas empresas**. 2010. Disponível em https://downloads.ibge.gov.br/downloads_estatisticas.htm. Acesso em 01 de abril de 2019.

_____. **Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp105.htm. Acesso em 03 de abril de 2019.

_____. **Lei nº 556, de 25 de junho de 1850**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l0556-1850.htm. Acesso em 26 de maio de 2019.

_____. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm. Acesso em 13 de abril de 2019.

_____. **Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4595.htm. Acesso em 07 de abril de 2019.

_____. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5172.htm. Acesso em 15 de abril de 2019.

_____. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em 30 de abril de 2019.

_____. **Lei nº 8.955 de 15 de dezembro de 1994**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8955.htm. Acesso em 27 de março de 2019.

_____. **Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9472.htm. Acesso em 20 de abril de 2019.

_____. **Lei nº 9.507, de 12 de novembro de 1997**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/LEIS/L9507.htm. Acesso em 10 de abril de 2019.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/ L10406.htm. Acesso em 20 de março de 2019.

_____. **Lei nº 12.414, de 9 de junho de 2011**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12414.htm. Acesso em 06 de abril de 2019.

_____. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm.

_____. **Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm. Acesso em 21 de maio de 2019

_____. **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 09 de abril de 2019.

_____. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 14 de maio de 2018.

_____. **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 13 de abril de 2019.

_____. **Medida Provisória nº 2.200-2, de 24 de agosto de 2001**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/Antigas_2001/2200-2.htm. Acesso em 23 de abril de 2019.

_____. **Medida Provisória nº 881, de 30 de abril de 2019**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Mpv/mpv881.htm. Acesso em 21 de maio de 2019.

_____. **Mensagem nº 451, de 14 de agosto de 2018**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Msg/VEP/VEP-451.htm. Acesso em 19 de abril de 2019.

_____. **Projeto de Emenda à Constituição Federal nº 17, de 2019**. Disponível em https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7924709&ts=1558646437745&disposition=inline. Acesso em 27 de maio de 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. **Recurso Especial nº 22.237-8/RS**. Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar. J: 13.02.1995. DJ: 20.03.1995. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=

199200114466&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea. Acesso em 12 de abril de 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Terceira turma. **Recurso Especial nº 1.495.920**. Min. Rel. Paulo de Tarso Sanseverino. J: 15/05/2018. DJ: 06/06/2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **Recurso Extraordinário nº 244.072-7**. Relator Ministro Néri da Silveira. J: 02.04.2002. DJ: 12.04.2002.

_____. Supremo Tribunal Federal. Plenário**. Recurso Extraordinário nº 673.707-MG**. Relator Ministro Luiz Fux. J: 17.06.19. DJ: 30.09.2015. Disponível em http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=307831711&ext=.pdf. Acesso em 13 de abril de 2019.

BULGARELLI, Waldirio. **Contratos mercantis**. 11.ed. São Paulo: Atlas, 1999.

BUTIN, Denis, *et al.* Strong accountability. Beyond Vague Promises. In: GUTWIRTH, Serge; LEENES, Ronald; HERT, Paul de. **Reloading Data Protection.** Multidisciplinary Insights and Contemporary Challenges. New York: Springer, 2014.

CALABRESI, Guido. Some thoughts on risk distributions and the Law of Torts. In: **Yale Law Journal**, v 70, n. 4, março, 1961.

CAMPINHO, Sergio. **O direito de empresa à luz do código civil**. 13. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

CARVALHO, Antonio Gleson de. Governança corporativa no Brasil em perspectiva. In: **Revista de Administração**. v. 37, n. 3. São Paulo, Julho, 2002.

CASTRO, Lincoln Antonio *et al.* Dignidade da pessoa humana. In: BENICIO, Milla; CAMARA, Sergio. **Direitos humanos**: Da teoria à prática. Rio de Janeiro: Editora Autobiografia, 2015.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 10.ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

CAVOUKIAN, Ann. **Privacy by Design**. The 7 Foundational Principles. Informational and Privacy Commissioner of Ontario. Ontario. Janeiro. 2011. Disponível em https://www.ipc.on.ca/wp-content/uploads/resources/7foundationalprinciples.pdf. Acesso em 11 de maio de 2019.

COASE, Ronald Harry. **The firm, the Market and the law**. Chicago: University of Chicago Press, 1990.

_____. The nature of the firm. In: **Economica,** New Series, v. 4, issue 16, nov., 1937.

_____. The Problem of Social Cost. In: **The journal of Law and Economics**, v.III, Virginia: University of Virginia, outubro, 1960.

COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de Direito Comercial.** v. 1. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Curso de Direito Comercial.** v. 3. 16. ed, São Paulo: Saraiva, 2015.

COHN, Alan; WEST Travis; PARKER, Chelsea. Smart after all: blockchain, smart contracts, parametric insurance and smart energy grids. In: **Georgetown Law Technology Review**, v. 1, Issue 2, pp. 274- 304, 2017.

COLOURIS, George; *et. al*. **Sistemas distribuídos**. Conceito e Projeto (Tradução de João Eduardo Nóbrega Tortello). 5.ed. Porto Alegre: Bookman, 2013.

COLUMBUS, Louis. 53% Of Companies Are Adopting Big Data Analytics. In: **Forbes**, 24 de dezembro de 2017. Recurso eletrônico. Disponível em https://www.forbes.com/sites/louiscolumbus/2017/12/24/53-of-companies-are-adopting-big-data-analytics/#1b384e1d39a1. Acesso em 26 de abril de 2019.

_____.Ten Ways Big Data Is Revolutionizing Marketing And Sales. In: **Forbes**, 9 de maio de 2016. Recurso eletrônico. Disponível em https://www.forbes.com/sites/louiscolumbus/2016/05/09/ten-ways-big-data-is-revolutionizing-marketing-and-sales/#4d25ad1921cf. Acesso em 26 de abril de 2019.

COOLEY, Thomas McIntyre. **A treatise on the law of torts**. Chicago: Callaghan, 1880.

COSTA, Marcos. A ICP-BRASIL e os Documentos Eletrônicos. In: **Direito e Internet.** Caderno Jurídico. Ano 2, n 4. ESMP. São Paulo. Julho, 2002.

DAVIES, Harry.Ted Cruz using firm that harvested data on millions of unwitting Facebook users. In: **The Guardian**, 11 de dezembro de 2015. Recurso eletrônico. Disponível em https://www.theguardian.com/us-news/2015/dec/11/senator-ted-cruz-president-campaign-facebook-user-data. Acesso em 05 de maio de 2019.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil.** Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais. 35.ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. O direito fundamental à proteção de dados. In: MARTINS, Guilherme Magalhães. **Direito Privado e Internet**. São Paulo: Atlas, 2014.

_____.; MENDES, Laura Schertel. Data Protection in Brazil: New Developments and Current Challenges. In: In: GUTWIRTH, Serge; LEENES, Ronald; HERT, Paul de. **Reloading Data Protection.** Multidisciplinary Insights and Contemporary Challenges. New York: Springer, 2014.

_____. Princípios de Proteção de Dados. In: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Coords). **Direito & Internet III** – Tomo I: Marco Civil da Internet. Lei nº 12.965/2014. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Constitution of the United States**. Disponível em https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm#amdt_5_1791. Acesso em 05 de abril de 2019.

_____. **Copyright Law of the United States**. Disponível em https://www.copyrightservice.net/pt/copyright/us . Acesso em 05 de abril de 2019.

_____. Court of Appeals of New York. **Schuyler vs. Curtis, 147 n.Y. 434; 42. n.E. 22; 1895**. NY LEXIS 970. Disponível em http://faculty.uml.edu/sgallagher/philip_schuyler.htm. Acesso em 05 de abril de 1019.

_____. Executive Office of the President. **Big Data**: Seizing Opportunities, preserving values. Interim Progress Report. Washington, 2015. Disponível em: < https://obamawhitehouse.archives.gov/sites/default/files/docs/20150204_Big_Data_Seizing_Opportunities_Preserving_Values_Memo.pdf>. Acesso em 28 de abril de 2019.

_____. New York State Senate. **Personal Privacy Protection Law**. Disponível em: https://www.nysenate.gov/legislation/laws/PBO/93. Acesso em 14 de abril de 2019.

_____. **The Privacy Act. USC§552ª**. Disponível em https://www.govinfo.gov/content/pkg/USCODE-2012-title5/pdf/USCODE-2012-title5-partI-chap5-subchapII-sec552a.pdf. Acesso em 14 de abril de 2019.

_____. **US CODE**. Title 15 Commerce and trade. Chapter 4- Consumer Credit Protection. Disponível em: http://uscode.house.gov/view.xhtml?req=granuleid%3AUSC-prelim-title15-chapter41-subchapter3&edition=prelim. Acesso em 14 de abril de 2019.

_____. Us Supreme Court. **Wheaton v. Peters, 33 U.S. (8 Pet) 591 (1834)**. Disponível em https://supreme.justia.com/cases/federal/us/33/591/. Acesso em 05 de abril de 2019.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito Civil**. Sentidos, Transformações e Fim. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de Farias; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: Contratos. **Teoria Geral e Contratos em Espécie.** 5.ed. São Paulo: Atlas, 2019.

FINKELSTEIN, Maria Eugênia Reis. **Direito do Comércio Eletrônico**. 2.ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

FONSECA FILHO, Cleuzio. **História da computação: O caminho do pensamento e da tecnologia**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2007.

FORGIONI, Paula Andrea. **Contratos empresariais.** Teoria Geral e Aplicação. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. **Os fundamentos do antitruste**. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. **Teoria geral dos Contratos Empresariais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FRANÇA, Tiago Cruz *et al.* Big Social Data: Princípios sobre Coleta, Tratamento e Análise de Dados Sociais. In: **Simpósio Brasileiro de Banco de Dados**. Tópicos em gerenciamento de dados e Informações. Organização: Departamento de Informática da UFPR e Escola Politécnica da PUC-PR, Curitiba, 2014.

GANDOMI, Amir; MURTAZA, Haider. Beyond the hype**.** Big Data concepts, methods and analytics. In: **International Journal of Infomation Management**. n. 35. Elsevier. 2015. pp. 137-144

GARTNER. **Gartner IT Glossary**. Disponível em https://www.gartner.com/it-glossary/big-data/. Acesso em 25 de abril de 2019.

GICO JR., Ivo T. Introdução à análise econômica do direito. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coord). **O que é análise econômica do Direito**: Uma introdução. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

GLANZ, Semy. Internet e Contrato Eletrônico. In: **Revista da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.** v.1., n.3, Rio de Janeiro, 1998.

GLOBO. G1. **Ciberataques em larga escala atingem empresas no mundo e afetam Brasil**. Recurso eletrônico. Disponível em <https://g1.globo.com/tecnologia/noticia/hospitais-publicos-na-inglaterra-sao-alvo-cyber-ataques-em-larga-escala.ghtml>. Acesso em 30 de abril de 2019.

_____. São Francisco. Dados de 87 milhões foram usados pela Cambridge Analytica, diz Facebook. 04 de abril de 2018. Recurso eletrônico. Disponível em https://oglobo.globo.com/economia/dados-de-87-milhoes-foram-usados-pela-cambridge-analytica-diz-facebook-22556605. Acesso em 30 de abril de 2019

GOMES, Orlando. **Contratos**. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. v. 3. Contratos e atos unilaterais. 14. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2017.

GOTTLIEB, Josh; Khaled Rifai; Fueling growth through data monetization. In: MCKINSEY & COMPANY. **Analytics comes of age**. McKinsey Analytics. January, 2018. Disponível em https://www.mckinsey.com/~/media/McKinsey/Business%20Functions/McKinsey%20Analytics/Our%20Insights/Analytics%20comes%20of%20age/Analytics-comes-of-age.ashx. Acesso em 26 de abril de 2019.

GRINOVER, Ada Pellegrini, *et al.* **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

HART, Oliver. **Firms, Contracts and Financial Estructure**. New York: Oxford University Press, 1995.

HEINEN, Luana Renostro. **A análise econômica do Direito de Richard Posner e os pressupostos irrealistas da economia neoclássica**. In: Publica Direito. Disponível em http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=991c0955da231335. Acesso em 24 de março de 2019.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991.

HOWELL, Chanley. Privacy and Big Data. In: KALYVAS, James R; OVERLY, Michael R. (Coord). **Big Data**: Business and Legal Guide *(e-book)*. Boca Raton: CRC Press, 2015.

ITALIA. **Codice Civile (R.D. 16 marzo 1942, n. 262)**. Disponível em https://www.brocardi.it/codice-civile/libro-quinto/titolo-ii/capo-i/sezione-i/art2083.html?utm_source=internal&utm_medium=link&utm_campaign=articolo&utm_conent=nav_art_succ_dispositivo. Acesso em 15 de abril de 2019.

ISHIARA, Tomoki. Chapter 16. Japan. In: RAUL, Alan Charles (editor). **The privacy, data protection and Cybersecurity Law review**. 3.ed. Londres: Law Business Research, 2016.

KALYVAS, James R.; ALBERTSON, David R. A Big Data Primer for Executives. In: KALYVAS, James R; OVERLY, Michael R. (Coord). **Big Data**: Business and Legal Guide *(e-book).* Boca Raton: CRC Press, 2015.

KLEIN, Vinicius. As contratações eletrônicas interempresariais e o princípio da boa-fé objetiva: o caso do EDI. In: MARTINS, Guilherme Magalhães. **Direito Privado e Internet**. São Paulo: Atlas, 2014.

KONDER, Carlos Nelson de Paula. Para além da "principialização" da função social do contrato. In: **Revista Brasileira de Direito Civil**. v. 13. Belo Horizonte, Jul., pp. 39-59, 2017.

KOOPS, Bert-Jaaps; HOEPMAN, Jaap-Henk; LEENES, Ronald. Open source intelligence and privacy by design. In: **Computer Law and Security Review**, n. 29. Elsevier. 2013.

LAFONTAINE, Francine; BLAIR, Roger D. The evolution of franchising and franchise contracts: evidente from the United States. In: **Entrepreneurial Business Law Journal**. v. 32. Ohio, EUA, 2009.

LAMBERT, Paul. **Understanding the New European Data Protection Rules**. Boca Raton: CRC Press, 2017.

LEMOS, Ronaldo. Uma breve história da criação do marco civil. In: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Coords). **Direito & Internet III** – Tomo I: Marco Civil da Internet. Lei nº 12.965/2014. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

LEONARDI, Marcel. **Tutela e privacidade na *internet***. São Paulo: Saraiva, 2012.

LESSIG, Lawrence. The Archicteture of Privacy. In**: Vanderbilt Entertainment Law and Practice**. 1999.

LIMA, Cíntia Rosa Pereira; BIONI, Bruno Ricardo. A proteção dos pessoais na fase da coleta: apontamentos sobre a adjetivação do consentimento implementada no art. 7º, incisos VIII e IX do Marco Civil da Internet e da Privacy by Default. In: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Coords). **Direito & Internet III** – Tomo I: Marco Civil da Internet. Lei nº 12.965/2014. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil**, Contratos, São Paulo: Saraiva, 2011.

LONGHI, João Victor Rozzatti. Marco Civil da Internet no País. In: MARTINS, Guilherme Magalhães (Org.). **Direito Privado e Internet**. São Paulo: Atlas, 2014.

LUCCA, Newton de. **Aspectos jurídicos da contratação informática e telemática**. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. Títulos e Contratos eletrônicos. In: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto (coord). **Direito e Internet – aspectos jurídicos relevantes**. São Paulo: Edipro, 2000.

MACKAAY, Ejan History of Law and Economics. In: GEEST, Gerrit de; BOUCKAERT, Boudewijn. **Encyclopedia of Law and Economics**, v. 1, The History and Methodology of Law and Economics. Cheltenham: Edward Elgar, 2000.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARIANI, Irineu. **Contratos empresariais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MARTINS. Fran. **Curso de Direito Comercial**. 37.ed. Rio de Janeiro: Editora Gen, 2014.

MARTINS-COSTA. Judith. **A boa-fé no direito privado:** critérios para sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

MASTEN, Scott E. Legal basis for the fim. In: **Journal of Law, Economics and Organizations**, v. 4, n. 1, Yale University, pp. 181-198, 1988.

MAYER-SCHONBERGER-Viktor; CUKIER, Kenneth. **Big Data**: como extrair volume, velocidade e valor da avalanche de informação cotidiana (Tradução de Paulo Polzonoff Júnior). Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

_____. Generational Development of Data Protection. In: AGRE, Philip E., ROTENBERG, Marc. **Technology and Privacy**: The new landscape. 3.ed. MIT Press, 2001.

MCKINSEY & COMPANY. **Analytics comes of age**. McKinsey Analytics. January, 2018. Disponível em https://www.mckinsey.com/~/media/McKinsey/Business%20Functions/McKinsey%20Analytics/Our%20Insights/Analytics%20comes%20of%20age/Analytics-comes-of-age.ashx. Acesso em 26 de abril de 2019.

MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira., **Mandado de Segurança e ações constitucionais**, 32.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MENDES, Gilmar. Superior Tribunal Federal. Voto no Julgamento do Recurso Extraordinário nº 673.707-MG. STF. **Recurso Extraordinário nº 673.707-MG**. Plenário. Relator Ministro Luiz Fux. J: 17.06.19. DJ: 30.09.2015. Disponível em

http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=307831711&ext=.pdf. Acesso em 13 de abril de 2019.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Direito constitucional econômico**. A intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

MIRANDA, Carlos Roberto. DIAS, Carlos Roberto. PPRA/PCMSO: auditoria, inspeção do trabalho e controle social. In: **Cadernos de saúde pública**. Escola Nacional de Saúde Pública. Rio de Janeiro: Fundação Oswaldo Cruz, Jan., pp. 224-232, 2004.

MONTEZUMA, Luis Alberto; BASSIRIAN, Tara Taubman. How to avoid consent fatigue. In: **The Privacy Advisor**. Intenational Association od Privacy Professionals. Janeiro, 2019. Disponível em https://iapp.org/news/a/how-to-avoid-consent-fatigue/. Acesso em 10 de maio de 2019.

MOORE, Adam D. **Privacy Rights.** Moral and legal foundations. Pennsylvania: Pennsylvania State University Press, 2010.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 34.ed. São Paulo: Atlas, 2017.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana.** Estudos de direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

_____. Prefácio. In: MULHOLLAND, Caitlin. **Internet e contratação**. Panorama das relações contratuais e de consumo. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NAJJARIAN, Ilene de Noronha; LUCCA, Newton de. Criptomoedas: novos meios de pagamento. In: PARENTONI, Leonardo (Coord). GONTIJO, Bruno Miranda; LIMA, Hentique Cunha(Org.). **Direito, Tecnologia e Inovação**. Vol 1. Belo Horizonte: Editora D´Placido, 2019.

NEWVANTAGE PARTNERS. **Big Data Executive Survey**. Boston. 2017. Disponível em http://newvantage.com/wp-content/uploads/2017/01/Big-Data-Executive-Survey-2017-Executive-Summary.pdf. Acesso em 26 de abril de 2019.

NORTH, Douglass C. **Institutional Change and Economic Performance**. Cambridge: Cambridge University Press. 1990.

NUNES, Rizzatto Luiz Antônio. **Curso de direito do consumidor**. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

OCDE. **Fixed broadband subscriptions**. Disponível em https://data.oecd.org/broadband/fixed-broadband-subscriptions.htm. Acesso em 24 de abril de 2019.

_____. **Guidelines governing the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data,** de 11 de julho de 2013**.** Disponível em http://www.oecd.org/sti/ieconomy/oecd_privacy_framework.pdf. Acesso em 13 de abril de 2019.

_____. **Methodological manual for statistics on the information society**. Disponível em https://ec.europa.eu/eurostat/documents/3859598/5896837/KS-BG-06-004-En.PDF/9cf80df6-415c-447b-b107-be97aa339a73?version=1.0. Acesso em 24 de abril de 2019.

_____. The Organisation for Economic Co-operation and Development. **Members and partners**. Disponível em http://www.oecd.org/sti/ieconomy/15590254.pdf. Acesso 13 de abril de 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 2019**. Disponível em https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf. Acesso em 03 de abril de 2019.

PARENTONI, Leonardo Netto. O direito ao esquecimento. In: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Coords). **Direito & Internet III** – Tomo I: Marco Civil da Internet. Lei nº 12.965/2014. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. v. III. Contratos. 12.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil da legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2004.

PINHEIRO, Patricia Peck. Contratos digitais ou eletrônicos: apenas um meio ou uma nova modalidade contratual? In: **Revista dos Tribunais**. v. 966. Abril, 2016. Disponível em http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RTrib_n.966.02.PDF. Acesso em 23 de abril de 2019.

_____. **Direito Digital**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2013

_____. **Proteção de Dados Pessoais.** Comentários à Lei nº 13.709/2018 (LGPD). São Paulo. Saraiva: 2018.

POLANYI, Karl. **A subsistência do homem e ensaios correlato**s (Tradução de Vera Ribeiro). Rio de Janeiro: Contraponto, 2012.

POSNER. Richard A. **El análisis económico del derecho**. (Tradução de Eduardo Suarez). 2.ed. Mexico: FCE, 2007.

RASKIN, Max. The law and legality of smart contracts. In: **Georgetown Law Technology Review**, v.1, Issue 2, p.p 305- 341, 2017.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**, v. 1. 26.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Economia institucional e nova economia institucional. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coord). **O que é análise econômica do Direito:** Uma introdução. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

_____.; GALESKI JUNIOR, Irineu. **Teoria Geral dos Contratos. Contratos empresariais e análise econômica**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

_____. Teoria Geral dos Contratos Empresariais. In: COELHO, Fábio Ulhoa. **Tratado de Direito Comercial**. Obrigações e Contratos Empresariais. v. 5. São Paulo: Saraiva, 2015.

RIZZARDO, Arnaldo**. Contratos**. 17.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

ROCHA JÚNIOR, Weimar da; MACENA, Cleverton Michel; *et al.* Contratos: Uma abordagem pela ótica da Nova Economia Institucional (NEI). Parceria no Processo de Terminação de Frangos de Corte no Estado do Paraná/Brasil. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coord). **O que é análise econômica do Direito:** Uma introdução. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

RODOTÁ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância**. A privacidade hoje. Organização, seleção e apresentação de Maria Celina Bodin de Moraes. Tradução: Danilo Doneda e Luciana Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. **Repertorio di fine secolo**. Bari: Laterza, 1999.

ROPPO, Enzo. **O contrato** (Tradução de Ana Coimbra). Coimbra: Almedina, 2009.

ROSA, Alberto Lopes da. **A evolução do contrato de franquia empresarial no direito brasileiro e soluções para um desequilíbrio congênito**. Disponível em http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=f8e59f4b2fe7c570. Acesso em 25 de março de 2019.

ROSA, Caroline Pinheiro da. Cadastro Positivo: **A possibilidade de acesso ao crédito como um dos caminhos para o desenvolvimento social** (Dissertação). Rio de Janeiro. Fundação Getúlio Vargas. 2012.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso**. Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor.** 3.ed. São Paulo: Saraiva. 2010.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. 23ª vara cível. **Processo nº 1057660-67.2016.8.26.0110**. Juiz de Direito Dr. Marcos Duque Gadelho Júnior. J: 10.08.2016. DJ: Disponível em: http://www.omci.org.br/m/jurisprudencias/arquivos/2016/sp_10576606720168260100_10082016.pdf.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**, 4.ed, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SAWAYA, Marcia Regina. **Dicionário de informática e *internet***. São Paulo: Nobel, 1999.

SCHIMITT, Cristiano Heineck. Contrato de Franquia Empresarial. In: **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS,** v. 17, Porto Alegre: UFRGS, 1999.

SCHREIBER, Anderson. Contratos eletrônicos e consumo. In: **Revista Brasileira de Direito Civil**, v. 1, Jul/Set, Instituto Brasileiro de Direito Civil, 2014.

SHIM, Simon S.Y. *et al.* Business to business E-commerce Frameworks. In: **IEEE Computer**, v.33, n. 10, IEEE Computer Society. 2000.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35.ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SIMÃO FILHO, Adalberto; SCHWARTZ, Germano André D. Big Data em tempos de *internet* das coisas. In: PARENTONI, Leonardo (Coord). GONTIJO, Bruno Miranda; LIMA, Hentique Cunha(Org.). **Direito, Tecnologia e Inovação**. v. 1. Belo Horizonte: Editora D´Placido, 2019.

SMITH, Adam. **An Inquiry into the Nature and Causes of The Wealth of nations** (Edição por Edwin Cannan). Chicago: The University of Chicago Press, 1977.

SOMASUNDARAM Gnanasundaram; SHRIVASTAVA, Alok; EMC education Services. (Tradução de Acauan Pereira Fernandes). **Armazenamento e Gerenciamento de Informações:** Como armazenar, gerenciar e proteger informações digitais. São Paulo: Bookman Companhia Editora, 2011.

SOUZA, Carlos Affonso; LEMOS, Ronaldo. **Marco civil da *internet***: construção e aplicação. Juiz de Fora: Editar Editora Associada Ltda, 2016.

SPINDLER; Gerald; SCHMECHEL, Philipp. Personal Data and Encryption in the European General Data Protection Regulation. In: **Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law,** 2016. Disponível em https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-7-2-2016/4440. Acesso em 12 de maio de 2019.

SZABO, Nick. **Smart Contracts**: Building Blocks for Digital Markets. Alamut. 1996. Disponível em http://www.alamut.com/subj/economics/nick_szabo/smartContracts.html. Acesso em 02 de maio de 2019

SZTAJN, Rachel. Propriedade e contrato: função social. In: **Revista de Direito Empresarial**, v. 3, n. 9, São Paulo, Ed. RT, pp. 453-460, jun, 2015.

_____.; ZYLBERSZTAJN, Decio; AZEVEDO, Paulo Furquim de. Economia dos Contratos. In: SZTAJN, Raquel; ZYLBERSZTAJN (Org.). **Direito e Economia**. Análise Econômica do Direito e das Organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

TAMANE, Sharvari C. *et al.* The basics of Big Data and Security Concerns. In: TAMANE, Sharvari C. *et al.* **Privacy and Security Policies in Big Data**. New York: Igi Global, 2017.

TAPSCOTT, Don; TAPSCOTT, Alex. **Blockchain revolution**. New York: Penguin, 2016.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República**. v. I. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

_____. Notas sobre a função social dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **O direito e o tempo**: embates jurídicos e utopias contemporâneas. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TIMM, Luciano Bennetti. Ainda sobre a função social no Direito Contratual no Código Civil brasileiro: justiça distributiva versus eficiência econômica. In: **Revista da Associação Mineira de Direito e Economia**, v. II, 2009. Disponível em http://www.revista.amde.org.br/index.php/ramde/article/view/26. Acesso em 21 de maio de 2019.

_____. Análise Econômica do Direito das Obrigações e Contratos Comerciais. In: COELHO, Fábio Ulhoa. **Tratado de Direito Comercial**. Obrigações e Contratos Empresariais, v. 5, São Paulo: Saraiva, 2015.

_____.; JOBIM, Eduardo. A arbitragem, os contratos empresariais e a interpretação econômica do direito. In: **Revista Direito & Justiça**, Porto Alegre, v. 33, n. 1. pp. 80-97, junho, 2007.

UNIÃO EUROPEIA. **Carta dos direitos fundamentais da União Europeia**. http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf. Disponível em 11 de abril de 2019.

_____. **Diretiva nº 95/46/CE DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO de 24 de outubro de 1995**. Disponível em https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31995L0046&from=PT. Acesso em 11 de abril de 2019

_____. **Regulamento nº (UE) 45/2001 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO de 18 de dezembro de 200**0. Disponível em < https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32001R0045>. Acesso em 1º de maio de 2019.

_____. **Regulamento nº (UE) 2016/679 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO de 27 de abril de 201**6. Disponível em https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=PT. Acesso em 11 de abril de 2019.

_____. **Regulamento nº (UE) 2018/1725 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO de 23 de dezembro de 2018**. Disponível em < https://europass.cedefop.europa.eu/sites/default/files/regulation-pt.pdf>. Acesso em 1º de maio de 2019.

_____. **Tratado sobre o funcionamento da União Europeia**. Disponível em https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=PT. Acesso em 11 de abril de 2019.

VANCIM, Adriano Roberto; MATIOLI, Jefferson Luiz. **Direito e Internet. Contrato eletrônico e Responsabilidade Civil na Web**. 2.ed. Franca: Lemos e Cruz, 2014.

VELOSO, Silvia Mechelany. Análise Econômica da Função Social dos Contratos – Art. 421 do Código Civil. In: **Revista de Direito Privado**, ano 14, v. 54, abr., pp. 101-120, 2013.

VIEIRA, Lucas Pacheco; MOURÃO, Pablo Augusto Lima; MANICA, Alexandre Carter. Acordos de confidencialidade (NDA) em *startups.* In: **Revista de Direito de Empresa e dos**

Negócios, v.2., n.1., São Leopoldo, Unisinos, 2018. Disponível em http://revistas.unisinos.br/index.php/rden/article/view/17625. Acesso em 22 de maio de 2019.

WARREN D. Samuel; BRANDEIS, Louis D. The Right to Privacy. In: **Harvard Law Review**, v. 4, n. 5. dezembro, 1890.

WESTIN, Alan. **Privacy and Freedom.** New York: Atheneum, 1967.

WILLIAMSON, Oliver E. **The mechanisms of governance**. New York: Oxford University Press, 1996.

_____. Transaction Costs and Organization Theory. In: **Industrial and Corporate Change**. Janeiro, 1993 (Recurso Eletrônico). Disponível em https://www.researchgate.net/publication/31462357_Transaction_Cost_Economics_and_Organization_Theory. Acesso em 17 de abril de 2019

WILLINGHAM, J. Barrett. Electronic Commerce and the Free Trade Area of the Americas. In: **NAFTA: Law and Business Review of the Americas,** Am. 483, 2000. Disponível em https://scholar.smu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1804&context=lbra. Acesso em 24 de abril de 2019.

WU, Tim. The master switch**. The rise and fall of information empires**. New York: Alfred A. Knopf, 2010 *(e-book)*.

ZANATTA, Rafael A. F. Desmistificando a Law and Economics: a receptividade da disciplina Direito e Economia no Brasil. In: **Revista de Direito da Universidade de Brasília**. Brasília. v. 10. p. 25-53. 2012.

ZANELLATO, Marco Antonio. Condutas ilícitas na sociedade digital. In: **Direito e Internet.** Caderno Jurídico. Ano 2, n 4. ESMP. São Paulo. Julho, 2002.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. O surgimento e o desenvolvimento do right of privacy nos Estados Unidos. In: **Revista Brasileira de Direito Civil**. v.3. Jan-Mar/2015.pp. 8-27.

ANEXO A: Questionário elaborado pela autora para investigação das hipóteses formuladas

UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

FACULDADE DE DIREITO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO

Linha de pesquisa: Empresa e atividades econômicas

Letícia Lobato Anicet Lisboa

Orientador: Prof. Dr. Alexandre Ferreira de Assumpção Alves

Coorientadora: Prof. Dra. Marcia Carla Pereira Ribeiro

As informações prestadas neste formulário serão utilizadas exclusivamente para fins acadêmicos. Os dados pessoais abaixo identificados serão considerados apenas para fins de organização das informações da pesquisa e não serão de nenhuma forma divulgados.

INFORMAÇÕES GERAIS

Denominação social:	
CNPJ:	**Telefone:**
Entrevistado	**Cargo:**
E-mail:	**Tempo de experiência em atividades que envolvam coleta, amarzenamento e tratamento de dados:**

QUESTIONÁRIO

1. Qual é o tempo de experiência em atividades que envolvam coleta, armazenamento ou tratamento de dados?

( ) De 0 a 1 ano.

( ) De 1 a 2 anos.

( ) De 2 a 5 anos.

( ) Mais de 5 anos.

2. Qual é o setor/área de atuação da empresa?

( ) Varejo ou e-commerce.

( ) Tecnologia da informação ou telecomunicações.

( ) Construção civil.

( ) Maquinário.

( ) Financeiro.

( ) Educação

( ) Saúde e/ou bem estar.

( ) Transportes.

( ) Outros. Qual?

3. A empresa celebra contratos empresariais *(business to business)*?

( ) Sim. ( ) Não.

4. Por favor, indique se estes contratos são celebrados pela sua empresa.

( ) Compra e venda mercantil.

( ) Locação mercantil (locação de equipamentos, bens entre empresas).

( ) Franquia.

( ) Agência e representação comercial.

( ) Contrato *Built to Suit.*

( ) Contratos bancários.

( ) Arrendamento mercantil.

5. A empresa utiliza o comércio eletrônico para a contratação de pessoas jurídicas?

( ) Sim. ( ) Não.

6. A empresa utiliza algum programa ou sistema de assinatura digital de contratos?

( ) Sim. ( ) Não.

7. A empresa utiliza as tecnologias de blockchain ou smart contracts para celebração dos contratos?

( ) Sim. ( ) Não.

8. Caso a empresa utilize assinatura digital, qual é o percentual aproximado de contratos assinados digitalmente?

( ) 100% ( ) entre 50% e 99% ( ) Entre 25% e 50% ( ) Menos de 25%

9. Em relação à Lei Geral de Proteção de Dados, a empresa será impactada pela Lei?

( ) Sim

( ) Não

10. De que forma (prática) a empresa foi/será impactada pela Lei Geral de Proteção de Dados? Assinalar uma ou mais alternativas.

( ) Não será impactada.

( ) Contratos com consumidores pessoas naturais.

( ) Contratos com sociedades empresárias em razão do tratamento pessoal de dados sócios.

( ) Contratos com empresários/microempresários individuais.

( ) Contratos com consultores (Representantes comerciais pessoas naturais, mas que possuem empresa.

( ) Contratos de trabalho de seus empregados, contratos de estágio e com terceirizados.

( ) Contratos de sociedade (Dados dos acionistas, acordo de acionistas, entre outras informações).

11. A empresa realiza tratamento de dados de pessoas naturais?

( ) Sim. ( ) Não.

12. A empresa ao lidar com empresários (microempresários, empresários individuais) realiza alguma coleta de dados ou armazenamento em sistemas ou sistemas de notas?

( ) Sim. ( ) Não.

13. A empresa faz alguma pesquisa/coleta de dados dos sócios das pessoas jurídicas com quem contrata?

( ) Sim. ( ) Não.

14. Em termos práticos, quais foram/serão as novas mudanças que a empresa adotou ou adotará com a entrada em vigor da Lei Geral de Proteção de Dados? Assinalar uma ou mais alternativas.

( ) Nenhuma mudança.

( )Mudança nas políticas e nos documentos da empresa.

( ) Inclusão de cláusulas nos contratos com fornecedores e clientes, prevendo a possibilidade de tratamento de dados.

( ) Elaboração de aditivos para inclusão de consentimento sobre o tratamento de dados nos contratos de clientes e fornecedores existentes.

( ) Inclusão de termo de consentimento para tratamento de dados no sítio eletrônico da empresa.

( ) Elaboração de termo de consentimento para ser assinado de forma apartada por todos os fornecedores e clientes da empresa.

( )Treinamentos para as áreas sobre confidencialidade e proteção de dados.

( ) Criação de termos de consentimento de tratamento de dados para os empregados e terceirizados.

( ) Nomeação de um representante legal para o tratamento de dados (Encarregado).

( ) Registro da empresa na Autoridade Nacional de Proteção de Dados.

( ) Manutenção de relatórios acerca do tratamento de dados realizado pela empresa.

( ) Contratação de CybersecurityRisk (Seguro contra vazamento de dados).

( ) Outro. Qual?

15. A empresa já iniciou as atividades acima descritas?

( ) Sim ( ) Não.

16. Qual é a previsão de encerramento dessas atividades

( ) As atividades já foram concluídas.

( ) 14 de agosto de 2020.

( ) Após 14 de agosto de 2020.

17. Observações.

Existe algum comentário adicional que queira acrescentar?

_____

_____

_____