



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

Curso de Graduação em Direito

Direito Comercial

LUCAS SERAFIM SPONTON

**COMPARTILHAMENTO E TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS
NO ÂMBITO DOS CONTRATOS DE *NON DISCLOSURE*
*AGREEMENT***

SÃO PAULO - SP

2023

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

Curso de Graduação em Direito

Lucas Serafim Sponton

Projeto de pesquisa apresentado como requisito
aprovação na disciplina de Trabalho de Conclusão de
Curso da Faculdade de Direito da Pontifícia
Universidade Católica de São Paulo.

Orientador: Professor Doutor Marcelo Guedes Nunes

São Paulo – SP

2023

AGRADECIMENTOS

Não há como iniciar este trabalho sem recordar daqueles que me proporcionaram esta oportunidade, conferindo apoio e carinho a todo o momento desta longa jornada. Se passam cinco anos desde que se começou a graduação, desde então novos desafios se foram colocados tanto academicamente quanto profissionalmente, fazendo me tornar quem atualmente sou, bem como fornecendo a base para a formação do profissional o qual tanto quero me tornar.

Assim, não posso deixar de agradecer meus pais, pessoas que em nenhum momento mediram esforços para que um dia chegasse aos meus sonhos, me apoiando incondicionalmente, ainda que esta não fosse a melhor decisão, me aconselhando nos caminhos em que tomar e dando total ajuda para que o presente momento fosse possível.

Outrossim, devo agradecer aos meus amigos antigos e novos, formados no decorrer da vida, os quais passei momentos incríveis nos últimos anos, ouvindo lamentos e alegrias, angústias e euforias, me oferecendo um ombro amigo.

Ainda, mas não menos importante, agradeço ao meu tio, que me influenciou por esta jornada junto a Pontifícia Universidade Católica, por sua vez, devo demonstrar meu esmero, me deixando em muitos momentos com misto de sentimentos.

A todos que participaram e contribuíram para minha formação acadêmica, meu muito obrigado!

RESUMO

O mundo moderno, como falado a todo momento, vem passando por diversas modificações, principalmente no que tange as relações humanas e suas transmissões de informações. Nesta senda, com o surgimento da internet, os dados pessoais se mostraram frágeis ao mundo digital, bem como de grande valia para empresas e criminosos, assim, surgindo grande necessidade de observar a proteção dos dados pessoais, ainda mais quando utilizados em transações negociais, fomentando regras de comportamento e instrumentos capazes de mitigar tal onerosidade e hipossuficiência. Através do presente estudo, pretende-se estabelecer maneiras de tratar o dado pessoal mercantilizado de maneira segura, dando enfoque a aplicação dos instrumentos de *Non Disclosure Agreement*.

Palavras-Chaves: dados pessoais; tratamento de dados pessoais; privacidade; confidencialidade; compartilhamento; contratos.

ABSTRACT

The modern world, as constantly discussed, has been undergoing various changes, especially regarding human relationships and transmission of information. In this path, with the emergence of the internet, personal data has proven to be vulnerable in the digital world, as well as of great value to companies and criminals, thus creating a significant need to observe the protection of personal data, especially when used in business transactions, fostering rules of conduct and instruments capable of mitigating such burdens and power imbalances. This study intends to establish ways to securely manage commercialized personal data, focusing on the application of Non-Disclosure Agreement instruments.

Keywords: personal data; personal data processing; privacy; confidentiality; sharing; contracts.

Sumário

1. Introdução

2. Contexto jurídicos do tratamento de dados pessoais.

2.1. Evolução do tratamento de dados pessoais em vista a constituição da república federativa brasileira.

2.2. Proteção à privacidade.

2.3 Proteção dos dados pessoais na constituição (art. 5º, lxxix, da constituição da república federativa do brasil).

3. Análise jurídica do tratamento de dados

3.1. A inovação proveniente da lei geral de proteção de dados

3.2. Contextualização da General Data Protection e inspirações da Lei Geral De Proteção De Dados.

3.3. Proteção de dados no Brasil.

3.4. Princípios

3.5. Hipóteses de tratamento

3.6. Fim do tratamento.

4. Os Contratos e os Contratos De *Non Disclosure Agreement* (NDA)

4.1. Síntese histórica e a autonomia da vontade.

4.2. Formação e princípios dos contratos

4.3. Os contratos de *non disclosure agreement*

5. Tratamento E Compartilhamento De Dados E Os Contratos De *Non Disclosure Agreement*

5.1. Tratamento de dados e os contratos

5.2. Cláusulas contratuais de tratamento e compartilhamento de Dados nos contratos de NDA

5.3. Término do contrato de confidencialidade e compartilhamento.

6. Conclusão

7. Referências Bibliográficas

1. INTRODUÇÃO

As relações modernas, em vista dos avanços tecnológicos, principalmente da internet, facilitou a interação entre as pessoas, resultando no fenômeno da globalização, a qual possibilita maior integração entre os espaços culturais, sociais e, para o presente trabalho, as relações econômicas.

Preliminarmente, não há de se tergiversar que o fenômeno em comento surgiu no decorrer das grandes navegações, perfazendo o século XV e XVI, a qual se priorizava a comercialização de produtos. Contudo, na década de 1980, do século XX, o fluxo de informação e integração global aumenta, apresentado maior fluxo de informações, tanto quanto de viés públicos, como aquelas privadas, obtidas sem o conhecimento do titular.

Nesta toada, se observa a hipossuficiência e fragilidade do detentor do direito à privacidade, visto que a internet se apresenta como uma terra sem competência legal, a qual a aplicação de sanções penais e pecuniárias se mostram de maneira difícil, principalmente quando ocorre o vazamento de dados considerados de caráter pessoal.

Anna Pinho verifica que a globalização ajudou a efervescer a competitividade, modificando as estratégias para redução de custos da produção:

"Verificamos que, além da globalização e da intensificação da concorrência, as economias modernas caracterizam-se pela mudança rápida. Os fatores dinâmicos de competitividade encontram-se associados ao conhecimento¹."

Assim, na visão normativa, objetivando a segurança neste ambiente hostil, as nações optam, de maneira inovadora, em apresentar dispositivos os quais visam proteger as informações privadas, sendo, para tais como a definição contratual por meio de termos de confidencialidade, bem como, posteriormente, o surgimento de normas as quais visam a regulação da internet e o uso de dados, assim surgindo, no Brasil, o Marco Civil da Internet e a Lei Geral de Proteção de Dados.

Ou seja, já é claro neste momento a possibilidade de uso de informações compartilhadas, principalmente aquelas provenientes do meio privado, sendo de titularidade

¹ PINHO, Anna. **1.2.4. Breve contextualização econômica** In: PINHO, Anna. **Uma análise do dumping nas relações de comércio internacionalista**. São Paulo (SP):Editora Revista dos Tribunais. 2023.

de personalidades jurídicas ou físicas, as quais cedem a outrem para a realização de negócios. Frisa que, as de caráter pessoal privado, o titular pode ou não ser parte da negociata.

Focando na última hipótese, muitas das vezes os titulares dos dados pessoais não possuem qualquer controle do devido uso, sendo uma relação unilateral, a qual o detentor poderá compartilhar a fim de concretizar sua atuação mercantil. Dito isso, este trabalho possui a finalidade de relacionar a aplicação do compartilhamento de dados pessoais, as quais os titulares estão excluídos desta relação, assim, aplicando o quanto previsto na Lei Geral de Proteção de Dados para a efetivação deste ato, mitigando seus efeitos negativos. Assim, se relaciona os contratos de *Non Disclosure Agreement* (NDA) como forma de mediação da atuação em comento, visto sua efetivação na proteção no tangente ao compartilhamento de informações mercantis sensíveis ou não, aplicando responsabilidade das partes.

2. CONTEXTO JURÍDICOS DO TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS.

2.1. EVOLUÇÃO DO TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS EM VISTA A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA BRASILEIRA.

A Constituição Federal Brasileira, promulgada em 1988, visa proteger os direitos fundamentais das personalidades, nesta senda, a primeiro momento, cumpre o presente estudo analisar, evolutivamente, o ponto inicial para a efetivação do direito ao devido tratamento de dados pessoais.

A carta magna nacional atualmente vigente possui grande preocupação acerca da dignidade da pessoa humana, sendo, nos termos do artigo² 1º, inciso III, da Constituição da República Federativa do Brasil, a fundação da República Federativa do Brasil.

Neste sentido, se destaca as lições de Nelson Nery Jr., a qual entende que a dignidade da pessoa humana:

“(…) é princípio que inspira todo sistema de direito. Tem fundamento constitucional e dá eficácia específica a cada um dos institutos de direito privado, de que o instituto da personalidade é o mais importante. Porque o homem, em sua

² Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana.

dignidade própria de ser humano (humanidade), é sujeito de direito, tem personalidade e não pode ser objeto de direito. Toda sua atuação no mundo jurídico pauta-se pelo princípio da dignidade humana, tanto quando exerce poderes e direitos, como quando se submete a deveres e obrigações”³.

Não obstante, Edson Ricardo Saleme apresenta a mutabilidade constante do referido direito, tendo em vista de que a:

“(..) dignidade da pessoa ganha, a cada momento, um novo contexto e necessita novas proteções. Não há como estancar os direitos fundamentais em um rol fixo. A partir do momento em que a realidade alcança novas perspectivas, sua limitação poderia induzir a erro quem a isso se proponha. Bobbio³ aponta quatro dificuldades na delimitação de tais direitos: a) a primeira refere-se ao fato da expressão “direitos do homem” ser mal-definível, o que leva o intérprete a escolher a ideologia mais afinada a ele; b) trata-se de direitos relativos e não absolutos, o que induz a uma permanente mutabilidade; c) a heterogeneidade dos direitos fundamentais é outro fator que estabelece a existência de determinado rol de direitos válidos para determinadas categorias e para outras não; d) existência de direitos que consignam liberdades em antinomia com outros que atribuem poderes – enquanto os primeiros exigem do Estado um non facere, nos segundos deve existir uma ação positiva. Segundo ele, “quanto mais aumentam os poderes dos indivíduos, tanto mais diminuem as liberdades dos mesmos”⁴

Em outras palavras, considerando o entendimento pacificado pela doutrina, bem como o texto legal inserido na Constituição Federal da República do Brasil de 1988, a dignidade da pessoa humana, positivado no art. 1º da carta magna, é um dos princípios fundamentais do surgimento da República Brasileira, de modo que as demais garantias são frutos deste entendimento, assim, concretando a inauguração do Estado Democrático de Direito brasileiro.

Não obstante, se deve manter em mente a possibilidade de modificação dos direitos determinados na normativa em comento, em razão de sua aplicação aos casos concretos,

³ NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Comentado**. 6ª ed. rev., ampl. e atual. até 28.3.2008. São Paulo: RT, 2008. p. 213.

⁴ SALEME, Edson R. **Direito constitucional**: Editora Manole, 2022.

evolução social e tecnologia constantes, assim sendo a mutação⁵ constitucional necessária para que a proteção jurídica do titular de direito seja efetivada.

O artigo. 5^o da Constituição da República Federativa do Brasil, por vez, assegura diversos direitos e garantias individuais da pessoa humana, portanto, garantias necessárias da personalidade, visando fazer valer o princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim, para o contexto em tela, se salienta o inciso X do referido artigo, o qual prevê a inviolabilidade a intimidade a vida privada, a honra e a imagem das pessoas. Do mesmo modo, o inciso XII introduz a inviolabilidade do sigilo a correspondência e das comunicações, tanto os dados telegráficos como o decorrente em ligação telefônica, portanto, de grande valia para o surgimento da preocupação com as informações privados, nexos fático para o debate acerca da utilização de disponibilização de dados pessoais.

Vale destacar que, conforme referido no item anterior, a EC 115/22 acrescentou o inciso LXXIX ao artigo 5^o, Constituição da República Federativa do Brasil, assegurando o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais. Ou seja, o legislador buscou garantir a maior proteção a dignidade da pessoa humana, bem como a privacidade, abrangendo a proteção de dados pessoais de forma constitucional, tema este incluído pela Lei N^o 13.709, de 14 de agosto de 2018.

No âmbito da ADI 6387 MC-REF / DF, Rosa Weber disserta que:

“Agrava a ausência de garantias de tratamento adequado e seguro dos dados compartilhados a circunstância de que, embora aprovada, ainda não vigora a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei n^o 13.709/2018), definidora dos critérios para a responsabilização dos agentes por eventuais danos ocorridos em virtude do tratamento de dados pessoais. O fragilizado ambiente protetivo impõe cuidadoso escrutínio sobre medidas como a implementada na MP n^o 954/2020”.

Resta claro que o direito brasileiro, em sua norma maior, se preocupa pela proteção da personalidade física e privada, abrangendo, em primeiro momento, a dignidade da pessoa

⁵ A mutação constitucional se caracteriza pelo processo de emenda formal ou interpretação da normativa, orientado pelos princípios e procedimentos definidos pelo direito constitucional, bem como pelos procedimentos pacificados na constituição, garantindo a relevância do texto legal mutado.

⁶ Art. 5^o Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade

humana e, conseguinte, a inviolabilidade da privacidade, tanto de maneira física como digital.

2.2. PROTEÇÃO À PRIVACIDADE

O direito à privacidade possui respaldo no inciso X do artigo 5º da Constituição Federal, garantindo a inviolável a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, bem como se encontra no contexto infraconstitucional, positivado pelo art. 21⁷ do Código Civil.

Celso Basta⁸ conceitua a privacidade como faculdade individual de cada indivíduo na qual obsta a intromissão de estranhos em sua vida privada e família, bem como impedir acesso e divulgação das informações sobre seu redito individual.

Em que pese a privacidade ser um direito fundado na constituição, a execução deste só é possível no limite da vontade do titular. A título de exemplo, frequentemente o titular expõe sua vida íntima em redes sociais, sendo uma expressão da vontade válida, apenas se realizado pelo detentor do direito e do fato exposto, caso contrário, na hipótese de terceiros agirem pela exposição destas informações, se recai danos morais, visto a ilicitude do ato.

Conseqüente, se salienta a diferenciação entre privacidade e intimidade. Esse consiste no distanciamento em razão da aproximação com a esfera pública, vez que a intimidade é intrinsecamente atrelada a vida íntima, em outras palavras, são informações que afasta a possibilidade de publicidade.

Neste sentido, o caso da atriz Carolina Dieckmann é exemplo de grande violação da intimidade. Concretamente, ocorreu o vazamento de fotografias íntimas, publicadas em redes sociais sem o conhecimento e autorização do titular.

Tanto foi a importância do referido caso que, a partir dele, surge a Lei 12.737/2012, sendo o primeiro passo para a proteção dos dados pessoais na legislação pátria, gerando punições penais, conforme exposto no artigo 154-A do Código Penal:

⁷ Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma

⁸ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. Comentários à Constituição do Brasil. vol. 2, São Paulo: Saraiva, 1989

Art. 154-A. Invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita: Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa. § 1º Na mesma pena incorre quem produz, oferece, distribui, vende ou difunde dispositivo ou programa de computador com o intuito de permitir a prática da conduta definida no caput. § 2º Aumenta-se a pena de um sexto a um terço se da invasão resulta prejuízo econômico. § 3º Se da invasão resultar a obtenção de conteúdo de comunicações eletrônicas privadas, segredos comerciais ou industriais, informações sigilosas, assim definidas em lei, ou o controle remoto não autorizado do dispositivo invadido: Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, se a conduta não constitui crime mais grave. § 4º Na hipótese do § 3º, aumenta-se a pena de um a dois terços se houver divulgação, comercialização ou transmissão a terceiro, a qualquer título, dos dados ou informações obtidos. § 5º Aumenta-se a pena de um terço à metade se o crime for praticado contra: I - Presidente da República, governadores e prefeitos; II - Presidente do Supremo Tribunal Federal; III - Presidente da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Assembleia Legislativa de Estado, da Câmara Legislativa do Distrito Federal ou de Câmara Municipal; ou IV - dirigente máximo da administração direta e indireta federal, estadual, municipal ou do Distrito Federal.”

Os tribunais, assim, pacificam as sanções criminais decorrentes da normativa anteriormente apresentada, conforme se observa:

APELAÇÃO CRIMINAL. INVASÃO DE DISPOSITIVO INFORMÁTICO. FORMA QUALIFICADA. TIPICIDADE CONFIGURADA. CONDENAÇÃO MANTIDA. DOSIMETRIA. CONSEQUENCIAS DO CRIME. ANÁLISE ESCORREITA. QUANTUM. READEQUAÇÃO. PENA PECUNIÁRIA. EXCLUSÃO. IMPOSSIBILIDADE. REDUÇÃO. PROPORCIONALIDADE COM A PENA CORPORAL. SUBSTITUIÇÃO. POSSIBILIDADE. I - A expressão "dispositivo informático" não se refere apenas aos equipamentos físicos (hardware), mas também os sistemas, dispositivos que funcionam por computação em nuvem, facebook, instagram, e-mail e outros. II - O crime previsto no art. 154-A do CP possui dois núcleos de conduta típica não cumulativos: (i) invadir dispositivo informático alheio, com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização do titular e (ii) instalar vulnerabilidades, visando obter vantagem ilícita. Pela literalidade do dispositivo, a ausência de violação de dispositivo de segurança impede a configuração típica apenas da conduta de

invadir. III - Pratica a conduta tipificada no art. 154-A, § 3º, do CP aquele que, sem o conhecimento de sua então namorada, instala programa espião no notebook dela, com o fim de monitorar as conversas e atividades e, diante dessa vulnerabilidade, consegue violar os dispositivos de segurança e, com isso, ter acesso ao conteúdo das comunicações eletrônicas privadas e outras informações pessoais, inclusive diversas senhas. IV - A constatação de que a conduta do réu causou transtornos de ordem psicológica que excederam a normalidade do tipo justifica a avaliação desfavorável das consequências do crime. V - Ausente determinação legal acerca do quantum de aumento da pena-base, a par da análise desfavorável de circunstância judicial, a jurisprudência entende adequada a fração de 1/8 (um oitavo) sobre o intervalo entre os limites mínimo e máximo abstratamente cominados no tipo legal. VI - A pena de multa é sanção que integra o preceito secundário do tipo penal sob exame e de aplicação cogente. Deve, ainda, ser estabelecido observando os mesmos parâmetros utilizados para fixação da pena corporal. VII - Em se tratando de crime cometido no contexto das relações domésticas, mas sem o emprego de violência ou grave ameaça, admite-se a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, desde que presentes os requisitos do art. 44 do CP. VIII - Recurso conhecido e parcialmente provido⁹.

Resta claro, portanto, os desafios da era da informação a qual a sociedade atual convive, apresentando maiores riscos as violações dos referidos direitos, vez que há o maior acesso aos dados privados e íntimos.

Porém, Adalberto Simão Filho entende este conceito pautado na:

“(…) estrutura-se na premissa estabelecida pelo art. 5º da Constituição Federal no sentido de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade de direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade e se completa no inciso XIV do art. 5º da Constituição Federal, que assegura a todos o acesso à informação¹⁰”.

⁹ TJ-DF 20160110635069 DF 0009088-86.2016.8.07.0016, Relator: NILSONI DE FREITAS CUSTODIO, Data de Julgamento: 19/09/2019, 3ª TURMA CRIMINAL, Data de Publicação: Publicado no DJE: 24/09/2019 . Pág.: 88/89

¹⁰ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001

Com o intuito de solucionar a problemática atual, se aplica a teoria das esferas, tese esta trazida do direito alemão. Em suma, constitui a separação da privacidade em três grupos, sendo esfera privada, íntima e secreta.

A primeira esfera engloba as demais, se encontrando aspectos da vida da pessoa, excluídos do conhecimento de terceiros.

Por vez, no que tange a esfera da intimidade, esta intermedia as demais, abrangendo os valores da intimidade, porém podendo haver o compartilhamento apenas com determinados indivíduos. Para que o compartilhamento seja legitimado, há o requisito da observância da relação intimista.

Por fim, a última esfera é a dos segredos, em outras palavras, a do total sigilo, ligado apenas ao titular da informação.

A proteção à privacidade é o fundamento elementar para o surgimento da proteção aos dados pessoais, visto que sua infração gera grandes desabonos ao titular, assim, gerando diversas inovações legais para atingir esta segurança jurídica. O primeiro passo ocorreu em razão das alterações no Código Penal e, em seguida, o surgimento da Lei Geral de Proteção de Dados propriamente dito.

2.3 PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS NA CONSTITUIÇÃO (ART. 5º, LXXIX, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL).

Neste momento, não mais se diverge dos esforços legais para com a proteção da dignidade da pessoa humana no tangente as possíveis violações da privacidade do titular. Assim, no ano de 2022, em razão da EC 115/22, é introduzido na carta maior o tratamento de dados como um direito fundamental.

Em comparação ao direito português, a normativa nacional se encontra atrasada, isto pois, desde 1976 a carta magna lusitana já possuía previsão a proteção dos dados do titular em face ao uso da informática.

No Brasil, tal discussão surge de maneira efervescente no contexto da ADI 6.387 MC-Ref/DF, reconhecendo o referido direito como um direito fundamental independente, como se observa em sua ementa:

MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. REFERENDO. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 954/2020. EMERGÊNCIA DE SAÚDE PÚBLICA DE IMPORTÂNCIA INTERNACIONAL DECORRENTE DO NOVO CORONAVÍRUS (COVID-19). COMPARTILHAMENTO DE DADOS DOS USUÁRIOS DO SERVIÇO TELEFÔNICO FIXO COMUTADO E DO SERVIÇO MÓVEL PESSOAL, PELAS EMPRESAS PRESTADORAS, COM O INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. FUMUS BONI JURIS. PERICULUM IN MORA. DEFERIMENTO. 1. Decorrências dos direitos da personalidade, o respeito à privacidade e à autodeterminação informativa foram positivados, no art. 2º, I e II, da Lei nº 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais), como fundamentos específicos da disciplina da proteção de dados pessoais. 2. Na medida em que relacionados à identificação – efetiva ou potencial – de pessoa natural, o tratamento e a manipulação de dados pessoais não devem observar os limites delineados pelo âmbito de proteção das cláusulas constitucionais assecuratórias da liberdade individual (art. 5º, caput), da privacidade e do livre desenvolvimento da personalidade (art. 5º, X e XII), sob pena de lesão a esses direitos. O compartilhamento, com ente público, de dados pessoais custodiados por concessionária de serviço público há de assegurar mecanismos de proteção e segurança desses dados. 3. O Regulamento Sanitário Internacional (RSI 2005) adotado no âmbito da Organização Mundial de Saúde exige, quando essencial o tratamento de dados pessoais para a avaliação e o manejo de um risco para a saúde pública, a garantia de que os dados pessoais manipulados sejam “adequados, relevantes e não excessivos em relação a esse propósito” e “conservados apenas pelo tempo necessário.” (artigo 45, § 2º, alíneas “b” e “d”). 4. Consideradas a necessidade, a adequação e a proporcionalidade da medida, não emerge da Medida Provisória nº 954/2020, nos moldes em que editada, interesse público legítimo no compartilhamento dos dados pessoais dos usuários dos serviços de telefonia. 5. Ao não definir apropriadamente como e para que serão utilizados os dados coletados, a MP nº 954/2020 desatende a garantia do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF), na dimensão substantiva, por não oferecer condições de avaliação quanto à sua adequação e necessidade, assim entendidas como a compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas e sua limitação ao mínimo necessário para alcançar suas finalidades. 6. Ao não apresentar mecanismo técnico ou administrativo apto a proteger, de acessos não autorizados, vazamentos acidentais ou utilização indevida, seja na transmissão, seja no tratamento, o sigilo, a higidez e, quando o caso, o anonimato dos dados pessoais compartilhados, a MP nº 954/2020 descumpra as exigências que exsurgem do texto constitucional no tocante à efetiva proteção dos direitos fundamentais dos brasileiros. 7. Mostra-se excessiva a conservação de dados pessoais coletados, pelo ente público, por trinta

dias após a decretação do fim da situação de emergência de saúde pública, tempo manifestamente excedente ao estritamente necessário para o atendimento da sua finalidade declarada. 8. Agrava a ausência de garantias de tratamento adequado e seguro dos dados compartilhados a circunstância de que, embora aprovada, ainda não vigora a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei nº 13.709/2018), definidora dos critérios para a responsabilização dos agentes por eventuais danos ocorridos em virtude do tratamento de dados pessoais. O fragilizado ambiente protetivo impõe cuidadoso escrutínio sobre medidas como a implementada na MP nº 954/2020. 9. O cenário de urgência decorrente da crise sanitária deflagrada pela pandemia global da COVID-19 e a necessidade de formulação de políticas públicas que demandam dados específicos para o desenho dos diversos quadros de enfrentamento não podem ser invocadas como pretextos para justificar investidas visando ao enfraquecimento de direitos e atropelo de garantias fundamentais consagradas na Constituição. 10. *Fumus boni juris* e *periculum in mora* demonstrados. Deferimento da medida cautelar para suspender a eficácia da Medida Provisória nº 954/2020, a fim de prevenir danos irreparáveis à intimidade e ao sigilo da vida privada de mais de uma centena de milhão de usuários dos serviços de telefonia fixa e móvel¹¹.

Após o referido julgado, consolida o entendimento da fundamentalidade da proteção de dados pessoais. Em outras palavras, em que pese o atraso em legislar acerca do tema, é notório o grande avanço jurídico quanto a visão dos dados pessoais e seus usos em diversos contextos, visto que a caracterização como direito fundamental independente, agregando valor positivo substancial da referida condição.

Como parte integrante da constituição, a norma em comento possui *status* normativo superior em face das demais, assumindo a função de limitar materialmente à reforma constitucional. Ainda, nos termos do artigo 60, parágrafos 1º a 4º, da Constituição Federal, este é dotado de aplicabilidade imediata ou direta, bem como se submete a reserva legal na hipótese de surgimento de normas infraconstitucionais, porém, como abordado posteriormente nesta tese, a norma infraconstitucional entra em vigência anteriormente a Emenda Constitucional a qual se debate.

¹¹ STF - ADI: 6387 DF 0090566-08.2020.1.00.0000, Relator: ROSA WEBER, Data de Julgamento: 07/05/2020, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 12/11/2020v

Por estas razões, o acréscimo do Art. 5º, LXXIX à Constituição, além de possibilitar maior compreensão acerca do tema e conteúdo, almeja o diálogo entre as normas infraconstitucionais e jurisprudências pacificadas, abarcando as diversas fontes de direito.

3. ANÁLISE JURÍDICA DO TRATAMENTO DE DADOS

3.1. A INOVAÇÃO PROVENIENTE DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS

A relevância da proteção dos dados pessoais para o legislador pátrio possui como fundamento, “*a priori*”, na dignidade da pessoa humana, prevista no Artigo 1º, III, da Constituição da República Federativa do Brasil, bem como no direito à privacidade, conforme previsto no Artigo 5º, da Constituição da República Federativa do Brasil.

Patrícia Peck leciona neste sentido:

“A LGPD surge com o intuito de proteger direitos fundamentais como privacidade, intimidade, honra, direito de imagem e dignidade. Pode-se pontuar também que a necessidade de leis específicas para a proteção dos dados pessoais aumentou com o rápido desenvolvimento e a expansão da tecnologia no mundo, como resultado dos desdobramentos da globalização, que trouxe como uma de suas consequências o aumento da importância da informação. Isso quer dizer que a informação passou a ser um ativo de alta relevância para governantes e empresários: quem tem acesso aos dados, tem acesso ao poder¹²”.

Assim, a Lei Geral de Proteção de Dados, com inspirações na normativa europeia, inova, visto que é a partir desta que se abarca, de modo infraconstitucional, a definição principiologia, denominação e caracterização das partes de direito, ainda as hipóteses de tratamento e compartilhamento dos referidos dados.

3.2. CONTEXTUALIZAÇÃO DA *GENERAL DATA PROTECTION* E INSPIRAÇÕES DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS.

A *General Data Protection* consiste na norma de tratamento de dados aplicadas pela União Europeia, sendo o regulamento geral de proteção de dados da União Europeia. Trata-

¹² PINHEIRO, Patrícia P. **PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS: COMENTÁRIOS À LEI N. 13.709/2018 (LGPD)**: Editora Saraiva, 2021.

se do conjunto de regras a qual estabelece as formalidades do proceder no tratamento das informações pessoais.

Patrícia Peck Pinheiro introduz a *General Data Protection* da seguinte forma:

“Na União Europeia, conseguiu-se alcançar o objetivo de consolidar em um único regulamento geral a regra de 28 Estados-Membros, conquistado com o GDPR; a mesma sorte não houve nas demais regiões do planeta. Há hoje leis nacionais sobre a matéria nos demais países que fizeram com que as instituições, dependendo do tipo de operação do seu negócio, tivessem que construir uma matriz de análise comparativa (direito comparado) para analisar qual a regra aplicável em determinado caso concreto que envolva dados de um determinado titular¹³”.

A *General Data Protection* é aplicada em face de companhias, públicas ou privadas, com ou sem fim lucrativo, independentemente da localização geográfica da sede da empresa, sendo requisito apenas o fato da violação dos dados de qualquer cidadão de algum dos países integrantes da União Europeia.

Neste sentido, a título ilustrativo, volta-se os olhares para a hipótese de tratamento abordado por Patrícia, sendo o seguinte caso:

“(…) uma instituição brasileira que capture dados no Brasil, em território nacional, mas que tenha um aplicativo que permita que o cliente seja de qualquer cidadania, nacionalidade, residência, e, portanto, o usuário do serviço, titular dos dados, pode ser um europeu, que mantém sua vida em um país da União Europeia, mas está temporariamente a trabalho no Brasil, utiliza cartão de crédito internacional, acaba por atrair, em termos de aplicação de leis e jurisdição para a sua operação, tanto a regulamentação nacional (LGPD) como também a regulamentação europeia (GDPR). Se essa instituição brasileira utilizar recursos na nuvem e fizer a guarda internacional dos dados pessoais em outro país, poderá atrair ainda outras regulamentações (como o Cloud Act, dos EUA)¹⁴”.

Em outras palavras, as empresas as quais fornecem serviços ou produtos que geram o tratamento de dados de titulares internacionais, em que pese a existência de norma

¹³ PINHEIRO, Patrícia P. **PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS: COMENTÁRIOS À LEI N. 13.709/2018 (LGPD)**: Editora Saraiva, 2021.

¹⁴ ¹⁴ PINHEIRO, Patrícia P. **PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS: COMENTÁRIOS À LEI N. 13.709/2018 (LGPD)**: Editora Saraiva, 2021.

nacional, devem se atentar as legislações alienígenas, no exemplo acima, a *General Data Protection*.

Assim, a *General Data Protection*, inicialmente, faz distinção entre dados pessoais e dados sensíveis, sendo o primeiro qualquer informação que torne identificável ou identifique a pessoa natural. Por vez, os dados sensíveis constituem informações acerca de etnia, raça, crenças religiosas, opiniões políticas, dados genéticos/biométricos, bem como informações sobre filiações a organizações quaisquer da pessoa natural e, diferentemente da normal brasileira, atribui as informações genéticas, biométricos e os relativos à saúde neste segundo grupo.

Outro ponto a ser destacado pela *General Data Protection* é a limitação do tratamento em razão a finalidade, e do expresso consentimento do titular. Neste contexto, o legislador optou por limitar o tratamento dos dados estritamente para a finalidade da coleta, contudo, apresentando exceções em razão de interesse público, segurança e saúde.

Consequente, distingue-se as responsabilidades do titular e do agente de tratamento, sendo o detentor do dado, a pessoa natural a qual o dado em questão faz referência, e os agentes de tratamento quem visa utilizar as informações do titular, conforme as finalidades apresentadas pela normativa, assim, por conta de haver a cessão dos dados pelo titular aos agentes, a norma aplica maior responsabilidade aos agentes.

Os agentes são divididos em controlador e processador de dados, sendo o controlador o ente que tomará as decisões acerca do tratamento, e, o processador, quem efetivamente trata os dados de maneira prática, não sendo excluído a responsabilidade solidaria de ambos. Outrossim, é válido mencionar que os agentes podem ser concentrados na mesma personalidade, física ou jurídica.

A *General Data Protection* ainda alarga a responsabilidade do controlador, obrigando a constituir alguém para se responsabilizar por todos os atos relacionados ao tratamento, caracterizando assim a figura do “*Data Protection Officer*”.

Acerca dos titulares, estes possuem direitos inerentes a sua qualidade, dentre eles o que se destaca é a autodeterminação. O controlador deve fornecer ao titular do dado, de maneira clara e acessível, informações sobre o tratamento, do começo ao fim, pode, a

qualquer tempo, o titular, por iniciativa de sua vontade, revogar o consentimento para o tratamento ou modificar o quanto cedido, mediante o contato direto com o *Data Protection Officer*.

É apontado, também, a necessidade de criação de medidas de segurança, como a pseudoanonimização e encriptação de dados, e, na hipótese de qualquer incidente, deverá o agente informar às autoridades por meio de notificação. Em paralelo, no Brasil, esta premissa é aplicada, sendo a Agência Nacional de Proteção de Dados Pessoais o órgão de maior autoridade acerca do presente tema.

Por fim, a *General Data Protection* prevê sanções gradativas e multas administrativas, as quais podem chegar até 4% do faturamento anual da empresa. No Brasil, ainda que a sanção fosse prevista na Lei Geral de Proteção de Dados, apenas recentemente, por meio da Resolução CD/ANPD N° 4, de 24 de fevereiro de 2023, a Agência Nacional de Proteção de Dados Pessoais aplicou a dosimetria da multa, nos termos de seu artigo 11, como se vê:

Art. 11. Para a definição do valor-base da multa simples será utilizada, para cada infração cometida, a metodologia descrita no Apêndice I deste Regulamento, considerados os seguintes elementos: I - a classificação da infração; II - o faturamento do infrator no último exercício disponível anterior à aplicação da sanção, excluídos os tributos de que trata o inciso III do § 1º do art. 12 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977, relativo ao ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração; e III - o grau do dano, nos termos do Apêndice I deste Regulamento. § 1º Para fins do disposto no inciso II do caput, será considerado como faturamento: I - a receita bruta de que trata o art. 12 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977, excluídas as devoluções e vendas canceladas, bem como os descontos concedidos incondicionalmente; II - a receita bruta de que trata o § 1º do art. 3º da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, excluídas as devoluções e vendas canceladas, bem como os descontos concedidos incondicionalmente, para pessoas jurídicas de direito privado optantes pelo Simples Nacional; III - o montante total de recursos auferidos, excluídos os tributos sobre vendas, para pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos, nos termos da legislação vigente; ou IV - o valor definido pela ANPD, nos termos deste Regulamento, que poderá considerar: a) o limite de faturamento previsto nos incisos I e II do art. 3º ou no § 1º do art. 18-A, conforme o caso, da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, no caso dos optantes pelo Simples Nacional; b) o limite de faturamento previsto no

inciso I, § 1º, do art. 4º, da Lei Complementar nº 182, de 1º de junho de 2021, no caso de startups; c) o faturamento total da empresa, do grupo ou conglomerado de empresas no Brasil, caso não disponível a informação referente ao ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração; d) o somatório dos rendimentos recebidos por pessoas naturais referentes a atividades de tratamento de dados pessoais, direta ou indiretamente; ou e) nos demais casos, o limite de faturamento correspondente ao valor máximo de multa de R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais). § 2º Será considerada a soma dos faturamentos obtidos em todos os ramos de atividade empresarial afetados, quando: I - a infração tenha ocorrido em mais de um ramo de atividade empresarial; ou II - os dados pessoais abrangidos pela infração são aproveitados, relacionados, ou utilizados como fontes de informação para processos de outros ramos de atividade da empresa, do grupo ou do conglomerado. § 3º Para fins do disposto no inciso IV do § 1º deste artigo, a ANPD definirá o valor do faturamento, quando: I - o infrator não apresentar documentação inequívoca e idônea, caracterizada, dentre outras formas, por meio de fraude, falsidade, erro, inexatidão, simulação ou omissão quanto a qualquer elemento definido em lei como sendo de declaração obrigatória; II - o infrator não apresentar documentação dentro do prazo estabelecido pela ANPD; ou III - o valor do faturamento for apresentado de forma incompleta. § 4º Caso o infrator comprovadamente não tenha tido faturamento no último exercício anterior à aplicação da sanção, deve-se considerar no valor-base de cálculo da multa simples: I - o valor do último faturamento apurado pelo infrator, excluídos os tributos, atualizado até o último dia do exercício anterior à aplicação da sanção; ou II - na ausência deste, as faixas de valores absolutos, em reais, conforme disposto no Apêndice I deste Regulamento.

Ainda, segundo o artigo 12 da referida resolução, é possível haver a majoração da sanção, sendo:

Art. 12. O valor da multa simples será acrescido nos percentuais abaixo, caso incidam as seguintes circunstâncias agravantes: I - 10% (dez por cento) para cada caso de reincidência específica, até o limite de 40% (quarenta por cento); II - 5% (cinco por cento) para cada caso de reincidência genérica, até o limite de 20% (vinte por cento); III - 20% (vinte por cento) para cada medida de orientação ou preventiva descumprida no processo de fiscalização ou do procedimento preparatório que precedeu o processo administrativo sancionador, até o limite de 80% (oitenta por cento); e IV - 30% (trinta por cento) para cada medida corretiva descumprida, até o limite de 90% (noventa por cento).

Não obstante, há previsão de hipóteses atenuantes, quais sejam em razão da (i) cessação da infração; (ii) implementação de política de boas práticas; (iii) comprovado a implementação de medidas capazes de reverter ou mitigar os efeitos da infração, aplicando os percentuais previsto no artigo 13, da resolução 04 da ANPD, como segue:

Art. 13. O valor da multa simples será reduzido, nos percentuais abaixo, caso incidam as seguintes circunstâncias atenuantes: I - nos casos de cessação da infração: a) 75% (setenta e cinco por cento), se previamente à instauração de procedimento preparatório pela ANPD; b) 50% (cinquenta por cento), se após a instauração de procedimento preparatório e até a instauração de processo administrativo sancionador; ou c) 30% (trinta por cento), se após a instauração de processo administrativo sancionador e até a prolação da decisão de primeira instância no âmbito do processo administrativo sancionador; II - 20% (vinte por cento), nos casos de implementação de política de boas práticas e de governança ou de adoção reiterada e demonstrada de mecanismos e procedimentos internos capazes de minimizar os danos aos titulares, voltados ao tratamento seguro e adequado de dados, até a prolação da decisão de primeira instância no âmbito do processo administrativo sancionador; III - nos casos em que o infrator tenha comprovado a implementação de medidas capazes de reverter ou mitigar os efeitos da infração sobre os titulares de dados pessoais afetados: a) 20% (vinte por cento), previamente à instauração de procedimento preparatório ou processo administrativo sancionador pela ANPD; ou b) 10% (dez por cento), se após a instauração de procedimento preparatório e até a instauração de processo administrativo sancionador; e IV - 5% (cinco por cento), nos casos em que se verifique a cooperação ou boa-fé por parte do infrator.

No dia 06/07/2023, destaca-se a aplicação da primeira sanção em vista as infrações dos dados coletado, no bojo Processo Administrativo Sancionador nº 00261.000489/2022-62, aplicando multa simples, nos valores de R\$ 7.200,00 por violação ao artigo 7º da Lei Geral de Proteção de Dados e de R\$ 7.200,00 (sete mil e duzentos reais) por infração ao artigo 5º do Regulamento de Fiscalização, totalizando R\$ 14.400,00.

Ao comparar a norma europeia, é claro as inspirações da Lei Geral de Proteção de Dados, tendo que as conceptualizações e princípios da norma nacional foram importadas da *General Data Protection*, sendo está a perscrutora do debate acerca de tratamentos de dados pessoais no mundo. Contudo, há um grande atraso da normativa nacional em comparação com os demais países, visto que a aplicação de multa, por exemplo, foi formalizada por meio

de Resolução Normativa e aplicada apenas no ano de 2023, se passando 4 anos da publicação da Lei Geral de Proteção de Dados.

3.3. PROTEÇÃO DE DADOS NO BRASIL.

Neste memento, se aborda a proteção de dados no âmbito nacional, destrinchando a Lei nº 13.709/18, popularmente conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados. Preliminarmente, o artigo 5º da referida norma apresenta algumas nomenclaturas e definições as quais permeiam os princípios que se subseguem. Para Patrícia, a Lei Geral de Proteção de Dados:

“(…) advém da evolução e expansão dos direitos humanos e resulta da atualização/adaptação de documentos internacionais de proteção aos direitos humanos¹⁵”.

Ainda, se deve levar em conta que o texto do artigo 3º, sendo:

Art. 3º Esta Lei aplica-se 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: I – a operação de tratamento seja realizada no território nacional; II – a atividade de tratamento tenha por objetivo a oferta ou o fornecimento de bens ou serviços ou o tratamento de dados de indivíduos localizados no território nacional; III – os dados pessoais objeto do tratamento tenham sido coletados no território nacional. § 1º Consideram-se coletados no território nacional os dados pessoais cujo titular nele se encontre no momento da coleta. § 2º Excetua-se do disposto no inciso I deste artigo o tratamento de dados previsto no inciso IV do caput do art. 4º desta Lei.

Portanto, a aplicação da Lei Geral de Proteção de Dados é definida mediante qualquer operação de tratamento de dado, não se limitando a pessoas jurídicas apenas, ou qualquer limitação territorial, sendo análogo ao conceito proveniente da *General Data Protection*, ou seja, dados de nacionais é tratado nos moldes da Lei Geral de Proteção de Dados.

Neste sentido, Patrícia define que:

¹⁵ ¹⁵ PINHEIRO, Patrícia P. **PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS: COMENTÁRIOS À LEI N. 13.709/2018 (LGPD)**: Editora Saraiva, 2021.

“O art. 3º da LGPD objetiva delimitar a abrangência do tratamento de dados no que concerne à sua territorialidade, destacando que se considera a lei aplicável aos dados coletados dentro do território nacional ou cujo objeto de transação – oferta de bens e serviços – tenha ocorrido dentro do território nacional; a mesma lógica vale para os titulares dos dados coletados, assim como foi previsto pelo Marco Civil da Internet, em seu art. 11, §§ 1º e 2º”.

Não obstante, os dados pessoais tratados por pessoa natural para fins exclusivamente particulares e não econômicos; realizado para fins exclusivamente jornalísticos ou de pesquisa acadêmica; e tratados para fins de segurança pública, a *lato sensu*, não se aplica a presente lei, havendo apenas a exclusão dos dados acadêmicos, a qual aplica-se o artigo 7º e 11º da norma em comento.

Ou seja, há uma grande preocupação na limitação da utilização econômica dos dados, se distanciando do marco civil da internet, esta, por vez, sendo de caráter mais genérico, beirando o introdutório.

No artigo 5º da Lei Geral de Proteção de Dados, surge nomenclaturas necessárias para o entendimento da norma, tais como: dado pessoal, sendo as informações relativas a pessoa natural identificada ou identificável, semelhante a General Data Protection; dado pessoal sensível, definindo as informações a qual será tratado de modo diferente, sendo sobre 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; dado anonimizado que não possa ser identificado, considerando a utilização de meios técnicos razoáveis; banco de dados, ou seja, o conjunto estruturado, se destacando a possibilidade de haver suporte eletrônico ou físico; titular, a pessoa natural o “dono” das informações.

Ainda, neste mesmo dispositivo, se coloca em prática os agentes de tratamentos. O controlador é a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais; e operador é a personalidade a qual realiza o tratamento propriamente, podendo ambas as figuras se confundirem na mesma pessoa.

O encarregado, ou *Data Protection Officer*, também faz parte do grupo de agentes de tratamento, sendo a pessoa indicada pelo controlador e operador para atuar como canal de comunicação com os titulares dos dados e a Autoridade Nacional de Proteção de Dados,

portanto, atuando em nome dos agentes quando necessário, razão que se demonstra a sua importância no decorrer do tratamento dos dados.

O inciso “X” define tratamento como:

“(…) toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração”.

A partir do inciso “XI”, surge conceitos técnicos como a anonimização dos dados meio dos quais um dado perde a possibilidade de associação, direta ou indireta, ao titular; bloqueio, sendo a suspensão temporária da operação de tratamento, contudo há apenas a guarda, não prosseguindo ao descarte destas informações.

A eliminação ou descarte do dado é prevista no inciso “XIV”, se seguindo com a devida exclusão de dados armazenados em banco de dados.

Salienta o conceito de compartilhamento de dados, previsto no inciso “XVI”, sendo:

“(…) uso compartilhado de dados: comunicação, difusão, transferência internacional, interconexão de dados pessoais ou tratamento compartilhado de bancos de dados pessoais por órgãos e entidades públicos no cumprimento de suas competências legais, ou entre esses e entes privados, reciprocamente, com autorização específica, para uma ou mais modalidades de tratamento permitidas por esses entes públicos, ou entre entes privados”.

Patrícia aborda a definição dos conceitos, de maneira geral, como o fato de que:

“A especificação dos termos utilizados no contexto dos dados pessoais é particularmente importante e visa resolver os problemas de conceituação e até mesmo categorização que as informações coletadas sofriam. A partir da LGPD, passa a ficar claro e apontável o que é ou não dado pessoal, assim como todos os processos, as técnicas ou os procedimentos relativos ao tratamento de dados¹⁶”.

¹⁶ PINHEIRO, Patrícia P. **PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS: COMENTÁRIOS À LEI N. 13.709/2018 (LGPD)**: Editora Saraiva, 2021.

3.4. PRINCÍPIOS

Além de fundamentação pautado em uma série de princípios decorrentes de outros ordenamento, a Lei nº 13.709/18 apresenta princípios fundamentais para a manipulação dos dados pessoais, fornecendo maior segurança jurídica aos direitos do titular.

Neste sentido, Patrícia argumenta pela principiologia na formação da norma, retomando a analogia a *General Data Protection*:

“A regulamentação de proteção de dados pessoais é uma legislação principiológica, como já foi dito. Sendo assim, tanto na origem europeia como na versão nacional traz um rol de princípios que precisam ser atendidos. A melhor forma de analisar a lei é pela verificação da conformidade dos itens de controle, ou seja, se o controle não está presente, aplicado e implementado, logo o princípio não está atendido. Essa metodologia foi uma forma mais objetiva encontrada pelo regulador de se tratar uma regra que, apesar de se referir a direitos fundamentais, como a proteção da privacidade, necessita de uma aplicação procedimental dentro dos modelos de negócios das estruturas empresariais”.

Outrossim, para a referida autora, a:

“(…) legislação visa fortalecer a proteção da privacidade do titular dos dados, a liberdade de expressão, de informação, de opinião e de comunicação, a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem e o desenvolvimento econômico e tecnológico”.

Portanto, a Lei Geral de Proteção de Dados explicita certos princípios que devem nortear o método de tratamento, independente da forma escolhida. Assim, ressalta os seguintes princípios: a finalidade, adequação, necessidade, livre acesso, transparência, segurança, responsabilização e prestação de contas, tendo por maior a boa-fé objetiva¹⁷.

¹⁷ Para Judith Martins Costa, “(...) a expressão «boa-fé objetiva» não traduz um estado de fato (o «estar de boa-fé») que afasta a culpa ou gera determinadas pretensões aquisitivas (e.g., a aquisição da posse) ou salvaguarda posições jurídicas (como ao credor de boa-fé). Diferentemente, o sintagma, quando adjetivado como «objetiva» ou «obrigacional», aponta a um modelo ou instituto jurídico indicativo de (i) uma estrutura normativa dotada de prescricitividade; (ii) um cânone de interpretação dos contratos e (iii) um standard comportamental. Conquanto não se possa definir um conceito, os juristas chegam ao seu conteúdo pela análise de diferentes situações nas quais os Tribunais encontram a razão de decidir (ou uma delas) na violação a esse standard comportamental. Trata-se de uma listagem extremamente heterogênea de situações, sendo dificultoso recortar de modo preciso o que tais situações têm em comum. a que são atribuídas distintas funções, gerando, cada qual, especificação pela qual é imprescindível um exame casuístico – como primeira aproximação – e um approach funcional.

O artigo 6º da Lei Geral de Proteção de Dados é expresso em pauta os referidos princípios, como se observa em seu *caput*:

“Art. 6º As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios (...)”

Preliminarmente, o princípio da finalidade, definido no inciso I e II do referido artigo é claro em afirmar que o tratamento de dados possui uma finalidade legítima, não podendo, por tanto, ser tratado de maneira arbitrária, assim, limitando o tratamento ao ato praticado e finalizado. Subsidiariamente, o princípio da adequação constitui a consonância em razão a finalidade do tratamento.

Consequente, no inciso III do artigo 6º, se limita a utilização dos dados coletados apenas em razão a necessidade. Em outras palavras, os dados coletados são utilizando em vista proporcionalidade da necessidade, não sendo, portanto, permitido o tratamento de dados que ultrapasse seus fins, os quais serão descartados nas formas da lei.

Em comunhão a visão de proteção aos direitos do titular, se observa o livre acesso, qualidade dos dados e transparência. O primeiro objetiva o acesso do titular aos seus dados tratados, sendo de maneira gratuita e clara.

A qualidade dos dados, possui ponto focal na clareza por parte dos agentes de tratamento da forma de manipulação dos dados, visando criar uma relação jurídica segura para o titular, figura hipossuficiente nesta dinâmica. Por fim, o princípio da transparência surge complementando, visto que tem por objetivo o fácil acesso aos agentes, principalmente ao *Data Protection Officer*.

Ainda, o princípio da segurança e prevenção tem como foco a utilização técnica da forma de tratamento, exigindo a aplicação de formas responsáveis de tratamento, a qual evite os incidentes de vazamentos de dados.

O inciso “IX”, pautado nas mudanças sociais e na isonomia constitucional, demonstra a necessidade de não descriminalização. Portanto, independente de quem é o titular e suas respectivas características, seus dados devem ser utilizados e tratados de maneira semelhante a todos os demais. Este princípio é fundamental para o entendimento da formação do grupo de dados sensíveis.

Tanto é relevante a referida proteção que, nos termos do artigo 11º, da Lei Geral de Proteção de Dados, seu tratamento só é possível, em regra, por meio do consentimento do titular, havendo rol taxativo de hipóteses excludentes:

Art. 11. O tratamento de dados pessoais sensíveis somente poderá ocorrer nas seguintes hipóteses: I - quando o titular ou seu responsável legal consentir, de forma específica e destacada, para finalidades específicas; II - sem fornecimento de consentimento do titular, nas hipóteses em que for indispensável para: a) cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador; b) tratamento compartilhado de dados necessários à execução, pela administração pública, de políticas públicas previstas em leis ou regulamentos; c) realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais sensíveis; d) exercício regular de direitos, inclusive em contrato e em processo judicial, administrativo e arbitral, este último nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem); e) proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro; f) tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária; g) garantia da prevenção à fraude e à segurança do titular, nos processos de identificação e autenticação de cadastro em sistemas eletrônicos, resguardados os direitos mencionados no art. 9º desta Lei e exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais.

Patrícia, neste entendimento, conclui que:

“Os dados sensíveis merecem tratamento especial porque em algumas situações a sua utilização mostra-se indispensável, porém o cuidado, o respeito e a segurança com tais informações devem ser assegurados, haja vista que – seja por sua natureza, seja por suas características – a sua violação pode implicar riscos significativos em relação aos direitos e às liberdades fundamentais da pessoa¹⁸”.

Finalmente, surge o princípio o qual fundamenta o surgimento da Agência Nacional de Proteção de Dados Pessoais, sendo o órgão a qual vigia a correta aplicação da norma, e para qual os agentes surgem com o intuito de prestação de contas. Cumpre o controlador demonstrar para o órgão qual as medidas de segurança adotadas, caso contrário surge severas penalidades.

¹⁸ PINHEIRO, Patrícia P. **PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS: COMENTÁRIOS À LEI N. 13.709/2018 (LGPD)**: Editora Saraiva, 2021.

Em suma, a principiologia existente na legislação ora analisada consiste para nortear o tratamento e adequação dos agentes, sendo, nas formas exatas da norma em vista os incisos de I a X¹⁹, da seguinte maneira:

Finalidade	Realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades
Adequação	Compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento;
Necessidade	Limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados
Livre acesso	Garantia, aos titulares, de consulta facilitada e gratuita sobre a forma e a duração do tratamento, bem como sobre a integralidade de seus dados pessoais
Qualidade dos dados	Garantia, aos titulares, de exatidão, clareza, relevância e atualização dos dados, de acordo com a necessidade e para o cumprimento da finalidade de seu tratamento
Transparência	Garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial
Segurança	utilização de medidas 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 difusão
Prevenção	Adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais
Não discriminação	Impossibilidade de realização do tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos
Responsabilização e prestação de contas	Demonstração, pelo agente, da adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e, inclusive, da eficácia dessas medidas

¹⁹ Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018

3.5. HIPÓTESES DE TRATAMENTO

Não mais se tergiversa sobre a rigidez do tratamento de dados. Assim, o artigo 7º da Lei Geral de Proteção de Dados, por se tratar de uma lei infraconstitucional taxativa, define as hipóteses exclusivas para o tratamento de dados, sendo diferenciado para os dados sensíveis, nos termos do artigo 11º, da mesma lei.

O artigo 7º possui o seguinte texto normativo:

Art. 7º O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses: I - mediante o fornecimento de consentimento pelo titular; II - para o cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador; III - pela administração pública, para o tratamento e uso compartilhado de dados necessários à execução de políticas públicas previstas em leis e regulamentos ou respaldadas em contratos, convênios ou instrumentos congêneres, observadas as disposições do Capítulo IV desta Lei; 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 terceiros; VIII - para a tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária; IX - quando necessário para atender aos interesses legítimos do controlador ou de terceiros, exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais; ou X - para a proteção do crédito, inclusive quanto ao disposto na legislação pertinente.

Logo de início o legislador foi claro na hipótese mais comum para justificar o tratamento de dados, sendo o consentimento.

Para Teixeira e Guerreiro, o consentimento:

“(…) continua a ter certa preferência sobre os demais, pois geralmente facilita a obrigação do agente de tratamento em demonstrar que o tratamento foi feito dentro de uma hipótese legal, ante o princípio da accountability (prestação de contas). Insta ressaltar que o consentimento autoriza tão somente o agente que o obteve, não se estendendo a outras pessoas para quem possa compartilhar os dados,

devido, para esse caso, obter o consentimento específico do titular, a não ser que outra hipótese legal justifique o seu compartilhamento²⁰”.

Ou seja, fundado na livre manifestação da vontade, o consentimento é a hipótese mais clara, tendo em vista que o titular possui plena consciência da atuação dos agentes de tratamento e para qual finalidade seus dados foram coletados.

Para que seja possível a referida aplicação, o legislador apresenta o artigo 8º, a qual limita e ordena a possibilidade de realização do consentimento do titular, sendo: consentimento seja fornecido por escrito, deve se valer de cláusulas as quais destacam o instrumento que pautar a finalidade, esta última ainda que de maneira genérica; cabe o ônus da prova ao controlado da obtenção do consentimento; vedados vícios do consentimento ; consentimento pode ser revogado a qualquer tempo, prosseguindo com o devido descarte do dado; Possibilidade de retificação das informações, única e exclusivamente, pelo titular dos dados.

Não obstante, os autores anteriormente mencionados apontam que:

“(…), em algumas hipóteses, o próprio titular torna seus dados manifestamente públicos, o que significa que qualquer pessoa poderá ter acesso a eles, não se exigindo nesse caso o consentimento do titular para que o agente realize o tratamento, desde que haja critérios para tanto²¹”.

Assim, se demonstra as demais hipóteses previstas no artigo 7º da Lei Geral de Proteção de Dados. Neste sentido, o inciso “II” aponta a obrigação legal do controlador, podendo tratar o dado sem a expressa necessidade do consentimento do titular.

A exemplo, se destaca o empregador, ora figurado como controlador, a qual necessita as informações do empregado para o adimplemento de suas obrigações junto a seguridade social. Não obstante, agentes públicos podem atuar no tratamento de dados, sendo a hipótese do inciso “III”, contudo sua eficácia é limitada. Ou seja, para que seja possível, a finalidade

²⁰ TEIXEIRA, Tarcísio; GUERREIRO, Ruth M. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD): Comentada Artigo por Artigo**. Editora Saraiva, 2022.

²¹ TEIXEIRA, Tarcísio; GUERREIRO, Ruth M. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD): Comentada Artigo por Artigo**. Editora Saraiva, 2022.

deve ser pautada apenas para a concretização de políticas públicas, outrora previsto em Lei específica.

Do mesmo modo, pessoas jurídicas de direito privado, principalmente aquelas que possuem sua razão social fundada em estudos e pesquisas, podem tratar dados pessoais, porém limitadas a dados necessários a essa finalidade. Contudo, como se observa no inciso “V”, há a possibilidade de exploração econômica dos dados, visto a necessidade clara de seu uso para a execução de contratos.

O inciso “X” também prevê a utilização dos dados por entes privados e públicos, contudo focado na atuação creditícia, a qual surge com o dever de proteção de do crédito em função de norma específica que determine sua finalidade. Para Teixeira e Guerreiro, esta finalidade é caracterizada da seguinte maneira:

“A proteção ao crédito também autoriza o tratamento de dados, garantindo-se o crescimento da economia como um todo e a preservação da sociedade, precedendo o interesse individual do titular, que está inadimplente ou que é um mau pagador. Essa hipótese engloba ainda o tratamento de dados pessoais para compor o score do indivíduo e para a prevenção antifraude a ser adotada pelo agente de tratamento²²”.

Ainda, se destaca a utilização dos dados pessoais em contexto judicial, administrativo e arbitral. Como é sabido, em muito os processos se utilizam do CPF e CNPJ, domicílio e residência, bem como informações profissionais dos autores e réus, tudo para qualificar o indivíduo. Vale destacar que, a exemplo de vanguarda de tratamento de dados no contexto judicial, o Tribunal de Justiça de São Paulo, incrementou a possibilidade de inclusão de documento sigilos aos autos, contudo, há uma contradição em função do princípio da publicidade dos autos.

Por fim, em duplicidade, os incisos “VII” e “VIII” objetivam a integridade física do titular e sua saúde, relativizando a privacidade e intimidade em razão da prerrogativa dos profissionais de saúde, a qual deve possuir grande ética em sua atuação.

Fundamentando esse ponto, Teixeira e Guerreiro apontam que:

²² TEIXEIRA, Tarcísio; GUERREIRO, Ruth M. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD): Comentada Artigo por Artigo**. Editora Saraiva, 2022.

“(…) uma vez que também relativiza o princípio da privacidade e intimidade para a tutela da sua saúde. Em caso de profissionais da saúde, serviços de saúde ou mesmo de entidades sanitárias, os dados pessoais do titular poderão ser tratados se forem necessários à preservação da saúde do indivíduo ou mesmo da coletividade em procedimentos, como, por exemplo, quando os prestadores de serviço de um laboratório confirmam os dados do paciente antes de coletar seu sangue²³”.

Por tanto, o tratamento de dados é restrito as hipóteses do artigo 7º da Lei Geral de Proteção de Dados que, em regra, utiliza-se do cometimento, visto que este é o meio seguro para a coleta de dados. Contudo, para se reitera o foco para a presente análise da hipótese de execução contratual, como se verá mais para frente.

3.6. FIM DO TRATAMENTO.

Passado todos os procedimentos técnicos e legais do tratamento de dados e, auferido a finalidade, surge a obrigatoriedade do descarte dos dados. Patrícia contextualiza:

“O término do tratamento de dados deve seguir alguns requisitos básicos, dos quais se destacam a verificação do alcance da finalidade do processo, o término do prazo estipulado ao tratamento, a revogação do consentimento do titular e a determinação da autoridade nacional²⁴”.

Para a norma, se destaca o artigo 15, da Lei Geral de Proteção de Dados, sendo fundamentado para o descarte dos dados o fato de (i) atingido a finalidade, ou que os dados não sejam mais necessários; (ii) em que pese o tratamento se por tempo indeterminado, alguns casos concretos podem durar por tempo determinado, assim, atingido o período visado, ocorre o fim do tratamento; (iii) comunicar o titular para que ocorra a revogação do consentimento; e (iv) por determinação da Agência Nacional de Proteção de Dados Pessoais, visto possível violação.

Novamente, se verifica a segurança do consentimento, visto que para o prosseguimento do descarte de dados obtidos por este meio, só é possível após sua revogação.

²³ TEIXEIRA, Tarcísio; GUERREIRO, Ruth M. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD): Comentada Artigo por Artigo**. Editora Saraiva, 2022.

²⁴ PINHEIRO, Patrícia P. **PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS: COMENTÁRIOS À LEI N. 13.709/2018 (LGPD)**: Editora Saraiva, 2021.

Não obstante, o artigo 16, da Lei Geral de Proteção de Dados, prevê a guarda dos dados coletados, sendo, novamente, taxativo em seus termos:

Art. 16. Os dados pessoais serão eliminados após o término de seu tratamento, no âmbito e nos limites técnicos das atividades, autorizada a conservação para as seguintes finalidades: I - cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador; II - estudo por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais; III - transferência a terceiro, desde que respeitados os requisitos de tratamento de dados dispostos nesta Lei; ou IV - uso exclusivo do controlador, vedado seu acesso por terceiro, e desde que anonimizados os dados.

Assim, finalizado o tratamento, a não ser que seja coletado para obrigação legal, estudos, transferência de dados conforme previsto em lei, e usos exclusivos por controlador, os dados devem ser descartados nos limites do artigo 15, da Lei Geral de Proteção de Dados, bem como a utilização das melhores formas técnicas para, em primeiro, anonimizar os dados e, conseqüente, descartá-los do banco de dados do controlador.

4. OS CONTRATOS E OS CONTRATOS DE *NON DISCLOSURE AGREEMENT* (NDA)

4.1. SÍNTESE HISTÓRICA E A AUTONOMIA DA VONTADE.

Neste momento, preliminarmente a correlação entre o tratamento de dados e os contratos *Non Disclosure Agreement*, se faz necessário a observância do panorama geral da teoria contratualista. A pactuação das obrigações por meio de instrumento particular remota a tempos históricos, sendo uma das formas de direito mais antigas, a qual a humanidade utiliza.

Arnaldo Rizzardo introduz que:

“Desde o momento histórico do aparecimento do homem há indícios da existência do contrato, no sentido amplo, ou, pelo menos, do direito, em sua forma mais primitiva, segundo o vetusto princípio romano *ubi societatis, ibi jus*. Realmente, pela circunstância do agrupamento em tribos dos seres humanos já se presume a verificação de uma concordância em um determinado comportamento, acatando os componentes do grupo certas regras comuns de convivência. Antes do aparecimento da moeda, as relações comerciais se desenvolviam num sistema de

trocas dos mais variados produtos, envolvendo, sempre, apesar de tacitamente, deveres e direitos de cada lado das partes contratantes²⁵”.

Ou seja, as relações humanas, desde os momentos mais primitivos, apresentam formas de interações, tendo por maior enfoque as relações econômicas, sendo as regras definidas entre as partes o ponto fulcral da relação.

Outrossim, Arnaldo Rizzardo destaca o Egito antigo, o qual possuía formas, ainda que rudimentares de contratos, como maior expoente da modalidade desta sociedade, os contratos nupciais. Este instrumento, a época, para que sua validade seja caracterizada exigia registro público, da mesma forma, para o reconhecimento de paternidade, os antigos egípcios exigiam a formalidade registral.

Ainda, acerca das relações mercantis, criou-se e três requisitos ou atos para a pactuação, sendo à venda, o juramento e à tradição, teses amplamente inspiradas pelo direito moderno.

Na sociedade grega, que pese o direito não seja de grande foco neste contexto, surgem formas de relações jurídicas entres as Cidades-Estados, tendo como figuras principais Atenas e Esparta. Contudo, diferentemente da sociedade egípcia, seus fundamentos e práticas constituíam em formatos ritualísticos, dissonando quanto da formalidade exigida.

Nesta senda, em que pese a relevância das demais civilizações antigas, se salienta como maior expoente do direito Roma, a qual passou a influenciar com normativas avançadas, tais como *Lex Plaetori jus civile e o optimum jus civium romanorum*.

As relações contratuais romanas, nos moldes dos demais institutos do direito, se caracterizou de forma excepcional. Em vista da Tábula VI, deu-se origem as obrigações contratuais, criando a *cum nexum faciet mancipiumque uti lingua nuncupassit ita jus esto*. Arnaldo Rizzardo conceitua o vocábulo *nexum* como “(...) *um elo, uma cadeia, significando, também, contrato*”.

Nas normativas referidas, havia previsões de penalidades em caráter pecuniário, a fim de reparar danos em favor daqueles que o sofreu. Os romanos já possuíam a noção de

²⁵ RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 21st edição Grupo GEN. 2023.

preservação da isonomia, bem como uma espécie rudimentar da função social dos contratos, tão a qual as necessidades de seu tempo.

Mais para frente na linha cronológica, perfazendo os séculos XVII e XVIII, visto a evolução mercantil e, principalmente, com os iluministas e os jusnaturalistas, a autonomia da vontade humana é utilizada como fundamento norteador dos contratos, levando as relações a outro patamar. Os contratos, assim, além de criar obrigações, modulam e finalizam direitos, conforme entendido por Rousseau, tendo assim a supremacia contratual intitulado neste momento. Tanto é que, o artigo 1.134 do Código Civil francês prevê que as pactuações possuem força de lei entre os aderidos.

Os contratos modernos, por vez, fundamentados na visão iluminista das convenções e da vontade das partes, produzem efeitos para seus sub-rogados, influenciando até mesmo o direito administrativo, bem como as convenções de trabalho, como é o caso de direito coletivo, tutelado por princípios contratuais.

Vale destacar que a vontade definida em instrumento possui o mesmo valor para todas as partes, visando confirmar a isonomia contratual. Neste sentido Gerson Luiz Carlos Branco leciona:

“O direito, tendo como centro a propriedade e o contrato, transforma-se num corpo abstrato de normas, afirmando a igualdade, ao menos sob o ponto de vista jurídico, condição para que toda e qualquer declaração de vontade tenha o mesmo valor²⁶”.

Indo além, tal fundamentação encontra respaldo no conceito de “*Pacta Sunt Servanda*”, a qual possui poderes obrigacionais restrito no tangente ao cumprimento, visando a preservação da vontade. Regredindo a um instante, para os romanos, o descumprimento contratual era inexistente, sobretudo em função de intervenção de terceiros.

Outrossim, tal principiologia acrescenta a imutabilidade do objeto avençado, ficando as partes impossibilitadas de modificar, unilateralmente, o instrumento outrora firmado, em razão do nexos causal de que a norma particular definhada incorpora o ordenamento jurídico.

²⁶ BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Os Princípios Reguladores da Autonomia Privada: autonomia da vontade e boa-fé. Direito e Democracia – Revista do Centro de Ciências Jurídicas**, v. 1, n. 1, p. 95112. Canoas: Editora ULBRA, 2000.

Porém, como já defendido por Pontes de Miranda²⁷, a vontade privada não é absoluta, possuindo limites, os quais devem as partes trabalharem em torno.

Assim, se levado ao rigor unicamente do “*Pacta Sunt Servanda*”, a função estatal se torna mínima, visão que, para alguns juristas, se demonstra da melhor forma de obtenção da proteção aos interesses das partes.

Para Lourival Vilanova:

“As leis normativas, no domínio econômico do desenvolvimento, deveriam ser as mínimas possíveis para não perturbar o livre jogo das leis naturais. A teoria do progresso é uma teoria do desenvolvimento com o mínimo de politicidade. Em vez do Estado polícia (Polizeistaat), o Estado vigia (État gendarme): reduzido aos cuidados dos serviços da comunidade, ao mister de fazer leis dentro dos limites constitucionais protetores das liberdades e ao encargo de dizer o direito aplicável ao caso controvertido. O juiz do Estado liberal faz a exegese do direito, sempre tendo em vista o postulado da liberdade, contendo o Estado nos limites traçados. [...] A proteção dos direitos no Estado liberal democrático, é função jurisdicional que se faz dentro da lei (no sentido amplo) e na qual a discricionariedade judicial tende em favor do indivíduo²⁸”.

Em contrapartida, Friedrich Kessler, expoente do período de 1943, advém:

“(...) a liberdade contratual permite que as empresas legislem através de contratos e, o que é até mais importante, legislem de uma forma autoritária sem que para tanto tenham que usar uma aparência autoritária. Os contratos de adesão, em particular, podem, pois, se tornar instrumentos eficazes nas mãos de senhores feudais todo poderosos da indústria e do comércio, permitindo-lhes impor sua própria nova ordem feudal e subjugando um grande número de vassallos²⁹”.

A teoria contratualista moderna, por força do Estado de Direito, fomenta a visão apresentada por Kessler, sendo o tão debatido dirigismo contratual. Em razão do fenômeno intervencionista público privado, outros poderes federativos começaram a interferir nas relações privadas, pautados em função de um clamor popular no que concerne a regulação

²⁷ PONTES, de Miranda. **Tratado de Direito Privado**. Tomo XXXVIII, Rio de Janeiro: Ed. Borsoi, 1962, p.39

²⁸ VILANOVA, Lourival. **Escritos Jurídicos e Filosóficos**. V. 2. São Paulo: Axis Mvndi/Ibet, 2003.

²⁹ FRIEDRICH Kessler apud MARQUES, Claudia Lima in **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**, 6. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2011, p 12.

da abusividade contratual. Factualmente, se ressalta a aplicação do referido instituto pelo SJT:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. REVISÃO CONTRATUAL. POSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO DO ATO JURÍDICO PERFEITO. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. PRINCÍPIO DO PACTA SUNT SERVANDA. MITIGAÇÃO. TABELA PRICE. LEGALIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. A matéria do art. 6º, § 1º, da LICC, possui índole constitucional, motivo pelo qual é vedada sua análise em sede de recurso especial. Precedentes. 2. É permitida a revisão das cláusulas contratuais pactuadas, diante do fato de que o princípio do pacta sunt servanda vem sofrendo mitigações, mormente ante os princípios da boa-fé objetiva, da função social dos contratos e do dirigismo contratual. 3. Já tendo sido reconhecida pelo Tribunal de origem a legalidade da utilização do sistema Price, não há que se falar em interesse de agir quanto a este ponto. 4. Agravo regimental a que se nega provimento³⁰.

Portanto, a afirmação de que o Estado não possui qualquer poder sobre as normas criadas mediante a vontade se mostra falaciosa no contexto econômico predatório, sendo a máquina pública, principalmente o poder judiciário, garantidoras da igualdade material entre as partes, garantindo a isonomia nas relações a qual possuem hipossuficientes em seu polo. Neste sentido, a atuação estatal se mostrou relevante para a proteção integral dos consumidores e, na mesma toada, ainda que posterior ao advento do Código de Defesa do Consumidor, os titulares dos dados coletados por empresas as quais visam a obtenção de lucro com este ato.

4.2. FORMAÇÃO E PRINCÍPIOS DOS CONTRATOS

Introduzido o nexa histórico dos instrumentos particulares, bem como a grande relevância do intervencionismo estatal na vontade privada, sendo fato modificador e limitador, neste momento, vale destacar a principiologia e a formação dos contratos.

Além da principiologia e os fatos geradores dos contratos, a doutrina, de uma forma ampla, entende pela necessidade de visar a sua forma. Carlos Ferreira de Almeida, entende que todos os contratos possuem uma forma, vez que se trata de uma declaração. Para o autor,

³⁰ STJ - AgRg no AREsp: 649895 MS 2015/0005732-3, Relator: Ministro RAUL ARAÚJO, Data de Julgamento: 05/05/2015, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 25/05/2015.

a qual parafraseia Jhering, uma declaração sem forma, se assemelha a uma navalha sem corte.

Ou seja, qualquer declaração, por mais simples que seja, possui uma forma de expressar, para o direito, essa exigência se encontra em duas questões problemáticas, sendo, qual forma os contratos deveriam seguir e, que forma de fato tem um contrato.

O primeiro faz correlação ao entendimento deontico do tema em tela, sendo fator fundamental para o entendimento das formas legais. Carlos Ferreira de Almeida apresenta que:

“(...) forma legal (isto é, a forma mínima exigível por lei como requisito de validade – cfr. artigos 36o, 220o e 221o), forma convencional (isto é, a forma mínima acordada previamente pelas partes, geralmente em contrato-quadro, para que o contrato seja eficaz – cfr. artigo 223o, no 1) e forma voluntária (ocorrência ou efetiva, isto é, a forma efetivamente adotada pelas partes, que geralmente apenas é referida no discurso jurídico quando seja de nível superior ao mínimo legal ou convencional – cfr. artigo 222o). Estes conceitos operativos pressupõem uma certa hierarquia formal, composta por vários níveis ou escalões formais que se podem assim enunciar por ordem do “menos formal” para o mais formal.³¹”

Portanto, se pode verificar diversos tipos de forma contratual, dependendo de seu objeto e, conseguinte previsão legal. Neste sentido, os contratos possuem a faculdade de serem dotados de liberdade formal, não havendo a exigibilidade de qualquer forma, semelhante ao que ocorre com os instrumentos firmados de maneira oral. Por outro lado, a primeira exigência comprobatória do negócio jurídico é a forma escrita, em complemento, a solenidade contribui para a devida execução do instrumento, tendo por vez a intervenção de um oficial público, atestando os efeitos jurídicos definidos pelas partes. Para Carlos Ferreira de Almeida³², os “Contratos formais” é assim, em princípio, qualquer contrato com forma solene ou escrita *ad substantiam*, independentemente de tal forma ser exigida por lei ou por convenção, ou de ter sido livremente adotada pelas partes.

³¹ ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Contratos I: Conceitos, Fontes, Formação: Grupo Almedina** (Portugal), 2022.

³² ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Contratos I: Conceitos, Fontes, Formação: Grupo Almedina** (Portugal), 2022

Ainda, o referido doutrinador entende que as razões determinantes que tornam os contratos formais, são concertantes dos interesses das partes, em outras palavras, a formalidade é uma necessidade para o fornecimento de maior proteção jurídica dos envolvidos.

No que tange os princípios, se destaca as lições de Orlando Gomes, a qual afirma que os contratos repousam em quatro princípios, sendo autonomia da vontade; o do consensualismo; o da força obrigatória; o da boa-fé. leciona que:

“(…) os três primeiros podem ser chamados tradicionais. A boa-fé, por sua vez, embora já estivesse presente no Código Comercial de 1850, assumiu na doutrina contemporânea sentido e funções inteiramente novos, desempenhando papel de destaque no Código Civil de 2002. Ao lado dela, pode-se acrescentar dois outros princípios norteadores do regime contratual na nova codificação, o princípio do equilíbrio econômico do contrato e o princípio da função social do contrato. Afirma-se, assim, que atualmente há três princípios clássicos (autonomia da vontade, consensualismo e força obrigatória, aos quais se pode reconduzir o princípio da relatividade dos efeitos contratuais) e três novos princípios contratuais (boa-fé, equilíbrio econômico e função social)³³.

Conforme já explicitado anteriormente, os contratos são, basilarmente, pautados na vontade das partes, razão que, do contrário, pode gerar a nulidade do instrumento.

Consequente, acerca do princípio definido como consensualismos, Orlando Gomes define como:

“O consentimento – solo consensu – forma os contratos, o que não significa sejam todos simplesmente consensuais, alguns tendo sua validade condicionada à realização de solenidades estabelecidas na lei e outros só se perfazendo se determinada exigência for cumprida. Tais são, respectivamente, os contratos solenes e os contratos reais. As exceções não infirmam, porém, a regra, segundo a qual a simples operação intelectual do concurso de vontades pode gerar o contrato³⁴”.

Ou seja, novamente retornando a discussão da forma do instrumento que, em alguns poucos casos, são exigidas formalidades para que seus efeitos sejam percebidos no mundo

³³ GOMES, Orlando. **Contratos**. Grupo GEN, 2022

³⁴ GOMES, Orlando. **Contratos**. Grupo GEN, 2022

jurídico. Ainda, os princípios da força obrigatória dos contratos são vistos pela doutrina com grande valia, a qual entende que os instrumentos possuem força legal entres seus pactuantes.

Orlando Gomes, ao deslumbrar o tema em comentário, entende a referida principiologia como:

“O princípio da força obrigatória consubstancia-se na regra de que o contrato é lei entre as partes. Celebrado que seja, com observância de todos pressupostos e requisitos necessários à sua validade, deve ser executado pelas partes como se suas cláusulas fossem preceitos legais imperativos. O contrato obriga os contratantes, sejam quais forem as circunstâncias em que tenha de ser cumprido. Estipulado validamente seu conteúdo, vale dizer, definidos os direitos e obrigações de cada parte, as respectivas cláusulas têm, para os contratantes, força obrigatória. Diz-se que é intangível, para significar-se a irretratabilidade do acordo de vontades. Nenhuma consideração de equidade justificaria a revogação unilateral do contrato ou a alteração de suas cláusulas, que somente se permitem mediante novo concurso de vontades. O contrato importa restrição voluntária da liberdade; cria vínculo do qual nenhuma das partes pode desligar-se sob o fundamento de que a execução a arruinará ou de que não o teria estabelecido se houvesse previsto a alteração radical das circunstâncias³⁵”.

Que pese a aplicação dos princípios clássicos aos contratos, vele salientar que, atualmente, se acrescenta mais três fundamentos fulcrais para a aplicação dos instrumentos na sociedade, sendo a boa-fé, o equilíbrio econômico e a função social dos contratos.

A boa-fé se entende como a interpretação do contrato, distanciando, assim, da estrutura do instrumento. É a partir da boa-fé que apresenta o equilíbrio das partes dos contratos e suas obrigações e ônus do negócio jurídico. Segundo Orlando Gomes:

“(…) boa-fé empresta-se ainda outro significado. Para traduzir o interesse social de segurança das relações jurídicas, diz-se, como está expresso no Código Civil alemão, que as partes devem agir com lealdade e confiança recíprocas. Numa palavra, devem proceder com boa-fé. Indo mais adiante, aventa-se a ideia de que entre o credor e o devedor é necessária a colaboração, um ajudando o outro na execução do contrato. A tanto, evidentemente, não se pode chegar, dada a

³⁵ GOMES, Orlando. **Contratos**. Grupo GEN, 2022

contraposição de interesses, mas é certo que a conduta, tanto de um como de outro, subordina-se a regras que visam a impedir dificulte uma parte a ação da outra³⁶.

Outrossim, o próprio legislador prevê a aplicação da boa-fé nos contratos, sendo fonte de geração de obrigação neste âmbito, conforme destacado no artigo 422, do Código Civil:

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

Vale destacar que a boa-fé possui função coercitiva, sendo parâmetro para controle da abusividade contratual, bem como para o exercício e posicionamentos jurídicos. Em outras palavras, esta função se destaca como um limitador de direitos, porém, mitigando os abusos inerentes as cláusulas leoninas. Tanto é que, nos termos do artigo 187, do Código Civil, o legislador aplica tal limitação:

Art. 187. 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.

Em comunicação ao princípio da boa-fé, a função social dos contratos sedimenta a preocupação do legislador, assim, inovando, o artigo 421, do Código Civil, define:

Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato. Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual.

A elaboração dos instrumentos, devem ponderar não apenas os interesses individuais, mas como também os interesses sociais, sendo vetado que sua norma, em primeiro momento, transija a sociedade como um todo e, caso seja possível, o instrumento deverá favorecer o social. Neste sentido, Orlando Gomes entende que a três possibilidades a qual se leva a ineficácia superveniente do contrato, sendo:

“(…) com a ofensa a interesses coletivos (meio ambiente, concorrência etc.), deve-se arrolar a lesão à dignidade da pessoa humana e a impossibilidade de obtenção do fim último visado pelo contrato³⁷”.

³⁶ GOMES, Orlando. **Contratos**. Grupo GEN, 2022

³⁷ GOMES, Orlando. **Contratos**. Grupo GEN, 2022

Pelo exposto, os contratos, portanto, são declarações formais, pautados em principiologias que visam a proteção das partes, e no que tange a aplicação em razão a sociedade em forma geral, surgindo princípios como a boa-fé e a função social do instrumento. Ou seja, vale destacar o distanciamento do entendimento de que os contratos são imutáveis em face ao social.

4.3. OS CONTRATOS DE *NON DISCLOSURE AGREEMENT*

Os contratos de confidencialidades, em suma, são instrumentos acessórios ao principal, os quais visam fornecer proteção futura a possíveis desavenças. Esta modalidade é em muito localizada nas transações de fusões empresariais, tendo em vista o alto risco de as informações fornecidas serem utilizadas de maneira divergente daquilo que foi idealizado no início entre as partes.

Renato Blum, ao analisar o tema em comento, pontua que:

"Em síntese, o NDA tem por objetivo a não divulgação a terceiros, sem autorização das partes, de informações relevantes sobre a empresa-alvo, com relação a operações comerciais, financeiras, estruturais, além de dados de fornecedores estratégicos, produtos, serviços, clientes, segredos industriais, entre outros. O NDA pode ser adotado também para evitar que a operação societária chegue ao conhecimento do mercado enquanto não concretizada³⁸."

Ou seja, fundado na faculdade privada, as partes compactuam as informações e dados que serão tratados de forma sigilosa ou não, assim, evitando possíveis litigâncias judiciais as quais geram desabonos as empresas partes.

Nesta seara, cumpre esclarecer que, nos termos do artigo 2º, da Instrução normativa CVM 358/2002, ainda que revogada, conceitua informação sendo qualquer dado relevante na tomada de decisão por acionista controlador, deliberação em assembleia ou órgãos de administração, bem como ato ou fato político-administrativo.

Outrossim, o instrumento em comento possui a preocupação acerca das informações consideradas confidenciais. Partindo do pressuposto da divulgação de dados relevantes ou não, mas que ainda prejudique o divulgador, se aplica a impossibilidade de demonstração

³⁸ BLUM, Renato; VAINZOF, Rony; MORAES, Henrique. **O Papel do Dpo em Fusões e Aquisições** In: BLUM, Renato; VAINZOF, Rony; MORAES, Henrique. **Data Protection Officer (Encarregado)**.

em maneira ampla, podendo variar o tempo de restrição desta vedação, contudo, em nada garante a possibilidade factual da correta manutenção da confidencialidade.

Ainda assim, em razão do “*pacta sunt servanti*”, os termos, contratos e cláusulas de *Non Disclosure Agreement* se mostram ferramentas para suscitar maior segurança jurídica, tendo em vista que a parte receptora possui certas obrigações inerentes, tais como, manter o absoluto sigilo das informações cedidas; favorecer uma guarda segura das informações, bem como proporcionar a limitação do acesso aos dados; expressa vedação no que tange ao debate das informações junto a terceiros ou no mesmo ambiente; ainda, não utilizar das informações disponibilizadas para capitalizar novos consumidores de seus produtos; e, por fim, pautado na boa-fé e em políticas de *compliance*, informar possíveis utilizações indevidas das informações .

Ana Piergallini salienta a importância do instrumento em epígrafe, sendo:

"Por esse motivo vemos a importância da elaboração um bom NDA, termo inglês para “Non Disclosure Agreement” (acordo de não divulgação, em tradução livre), que estabeleça a promessa de sigilo legalmente vinculativa sobre os aspectos essenciais do projeto em desenvolvimento, que são no instrumento definidos como confidenciais.³⁹ "

Portanto, não se tergiversa da necessidade de introdução e utilização deste instituto para gerar maior proteção as informações. Ainda, vale mencionar que a confidencialidade pode abranger maiores proteções, sendo corretamente aplicadas em âmbito distinto das relações empresariais, tendo em vista a interação horizontal e vertical das empresas em face de seu mercado relevante, em outras palavras, a atuação mercantil na modernidade, proporciona o compartilhamento de dados empresariais e de caráter pessoais, principalmente de seus clientes.

5. TRATAMENTO E COMPARTILHAMENTO DE DADOS E OS CONTRATOS DE *NON DISCLOSURE AGREEMENT*

5.1. TRATAMENTO DE DADOS E OS CONTRATOS

³⁹ PIERGALLINI, Ana; NASCIMENTO, Camila. **1 - Jogos eletrônicos e e-sports – uma abordagem sob a perspectiva da propriedade intelectual e da regulamentação da prática esportiva** In: PINHEIRO, Patrícia; CRESPO, Marcelo. **Digital sob curadoria de Patrícia Peck e Marcelo Crespo**. São Paulo (SP):Editora Revista dos Tribunais. 2021

Observado até então a importância de tratamento de dados pessoais, se pode concluir que a proteção de dados está intrinsicamente ligada aos contratos de maneira geral, ou seja, todos os instrumentos que gerem a captação de dados pessoais necessitam se adaptar à nova normativa e contexto moderno, principalmente a pessoa jurídica a qual é parte deste instrumento.

Adianne Lima, ao pensar o tema em comento, corrobora a presente tese, lecionando:

“A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais está demasiadamente ligada aos contratos, isso porque todas as pessoas físicas ou jurídicas, que possuam contratos ligados às cláusulas de proteção de dados pessoais de uma das partes, precisarão alterá-los conforme a LGPD, por exemplo, nos contratos de trabalho, nos contratos entre fornecedores e todos os outros contratos que envolvam tratamento de dados pessoais⁴⁰”.

Para a referida autora, o objeto do instrumento é o fator essencial para o tratamento. A título de exemplo, a mesma se refere as relações comerciais de fornecimento, imaginando a hipótese de fornecedor de *software*, a qual tem parceria comercial com uma empresa de telecomunicação, não resta dúvida que este fornecedor, para a boa execução do instrumento, terá acesso a dados dos usuários da parte parceira.

Assim, se destaca a necessidade de aplicação do princípio da função social do contrato, tendo em vista que as empresas se submetem ao tratamento de dados pessoais de terceiros. Em outras palavras, que pese o interesse privado, é possível que a relação atinja personalidades de direito fora da relação jurídica, neste caso, se coloca em tela a possibilidade de incidentes de vazamentos, bem como a indevida utilização do dado cedido.

Adianne Lima conceitua esta necessidade pois:

“(…) em um contrato de prestação de serviços, o objeto do contrato ou as atividades necessárias para se atingir seu objetivo envolvam o tratamento ou o contato com dados de terceiros titulares não participantes da relação jurídica contratual, e, assim, ao ter potencial de impacto sobre terceiros, verifica-se que, quanto à proteção de dados, a função social do contrato restará cumprida se observada a LGPD⁴¹”.

⁴⁰ LIMA, Adianne; SAMANIEGO, Daniela; BARONOSVKY, Thainá. **LGPD para contratos: adequando contratos e documentos à Lei Geral de Proteção de Dados**. Editora Saraiva, 2021

⁴¹ LIMA, Adianne; SAMANIEGO, Daniela; BARONOSVKY, Thainá. **LGPD para contratos: adequando contratos e documentos à Lei Geral de Proteção de Dados**. Editora Saraiva, 2021

Ainda, a mesma autora exemplifica o risco em questão, ao pensar a possibilidade de uma empresa “A” a qual auferir lucro com serviços em certa plataforma, e a empresa “B”, que por vez tem por atividade a manutenção da plataforma eletrônica, tendo a empresa “A” contratado os serviços fornecidos pela empresa “B”. Caso ocorra o vazamento dos dados fornecidos, haverá grande repercussão social, em vista de possíveis estelionatários utilizarem as informações cedidas nesta relação.

Nesta seara, se deve destacar a incidência da responsabilidade cível das partes, tanto objetiva, como subjetiva. A responsabilidade objetiva, em suma, consiste na presunção de culpa, independente da necessidade probatória. Por vez, a responsabilidade subjetiva conceitua a dependência de prova no que tange o quanto ofendido.

Os tribunais aplicam da seguinte forma:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - FORNECEDOR DE SERVIÇOS - RESPONSABILIDADE OBJETIVA - FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - DANOS MORAIS - VALOR - ARBITRAMENTO - PARÂMETROS. 1. A responsabilidade do fornecedor de serviços é objetiva (artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor), razão pela qual, independentemente da existência de culpa, cabe a ele reparar os danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação de serviços. 2. O valor da indenização por dano moral deve ser fixado examinando-se as peculiaridades de cada caso e, em especial, a gravidade da lesão, a intensidade da culpa do agente, a condição socioeconômica das partes e a participação de cada um nos fatos que originaram o dano a ser ressarcido, de tal forma que assegure ao ofendido satisfação adequada ao seu sofrimento, sem o seu enriquecimento imotivado, e cause no agente impacto suficiente para evitar novo e igual atentado⁴².

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - RESPONSABILIDADE CIVIL - ERRO MÉDICO - RESPONSABILIDADE SUBJETIVA - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. Para que surja o dever de indenizar, necessário se faz a presença de três requisitos, quais sejam: ato ilícito, dano, e nexo de causalidade. Discutida a responsabilidade civil por erro médico supostamente ocorrido na condução de procedimento de diagnóstico, é aplicável ao médico o regime de responsabilidade subjetiva. Não restando demonstrado o ato ilícito praticado pelo

⁴² TJ-MG - AC: 10000190412692002 MG, Relator: Maurílio Gabriel, Data de Julgamento: 27/01/2022, Câmaras Cíveis / 15ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 03/02/2022

profissional, nos termos narrados na inicial, afastada está a responsabilidade civil⁴³.

A Lei Geral de Proteção de Dados, aborda a responsabilidade de seus agentes, contudo, o legislador é omissivo no que tange a correta teoria a ser aplicada. O artigo 42, da Lei Geral de Proteção de Dados conceitua o entendimento da responsabilidade solidária dos agentes, neste caso, das partes, gerando possíveis indenizações no âmbito civil, como se vê:

Art. 42. O controlador ou o operador que, em razão do exercício de atividade de tratamento de dados pessoais, causar a outrem dano patrimonial, moral, individual ou coletivo, em violação à legislação de proteção de dados pessoais, é obrigado a repará-lo. § 1º A fim de assegurar a efetiva indenização ao titular dos dados: I – o operador responde solidariamente pelos danos causados pelo tratamento quando descumprir as obrigações da legislação de proteção de dados ou quando não tiver seguido as instruções lícitas do controlador, hipótese em que o operador equiparase ao controlador, salvo nos casos de exclusão previstos no art. 43 desta Lei; II – os controladores que estiverem diretamente envolvidos no tratamento do qual decorreram danos ao titular dos dados respondem solidariamente, salvo nos casos de exclusão previstos no art. 43 desta Lei. § 2º O juiz, no processo civil, poderá inverter o ônus da prova a favor do titular dos dados quando, a seu juízo, for verossímil a alegação, houver hipossuficiência para fins de produção de prova ou quando a produção de prova pelo titular resultar-lhe excessivamente onerosa. § 3º As ações de reparação por danos coletivos que tenham por objeto a responsabilização nos termos do caput deste artigo podem ser exercidas coletivamente em juízo, observado o disposto na legislação pertinente. § 4º Aquele que reparar o dano ao titular tem direito de regresso contra os demais responsáveis, na medida de sua participação no evento danoso.

Por outro lado, há uma limitação da referida responsabilidade de forma taxativa, sendo apenas nos casos a qual as partes não fazem parte do tratamento de dados, ou que seja comprovado a culpa exclusiva de terceiros, entendimento pacificado no artigo 43, da Lei Geral de Proteção de Dados:

Art. 43. Os agentes de tratamento só não serão responsabilizados quando provarem: I – que não realizaram o tratamento de dados pessoais que lhes é atribuído; II – que, embora tenham realizado o tratamento de dados pessoais que

⁴³ TJ-MG - AC: 10000210868758001 MG, Relator: Antônio Bispo, Data de Julgamento: 23/07/2021, Câmaras Cíveis / 15ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 30/07/2021

lhes é atribuído, não houve violação à legislação de proteção de dados; ou que o dano é decorrente de culpa exclusiva do titular dos dados ou de terceiros.

Em vista dessa responsabilidade, não se tergiversa acerca da necessidade de implementar cláusulas de tratamento e compartilhamento de dados.

5.2. CLÁUSULAS CONTRATUAIS DE TRATAMENTO E COMPARTILHAMENTO DE DADOS NOS CONTRATOS DE NDA

Os contratos, como peça fundamental das relações humanas, principalmente as mercantis, em vista da responsabilidade aplicada entre as partes e, a função social do instrumento, ora se leva em consideração a aplicação da proteção dos dados pessoais, principalmente em face de compartilhamento.

A própria normativa prevê a possibilidade do controlador e operador formarem regras de boas práticas e boa governança, bem como definir a aplicação da sistemática de tratamento dos dados outra compartilhado, conforme exposto no artigo 50, da Lei Geral de Proteção de Dados:

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.

Contudo, preliminarmente a pactuação do instrumento, vale salientar a necessidade de as partes promoverem o engajamento dentro de seu ambiente de atuação, ou seja, além do *DPO*, cabe a sociedade estar engajada com o prosseguimento do tratamento e, até onde pode o dado em questão ser utilizado, porém, tendo em vista as diferenças hierárquicas da empresa, limitando o acesso e a responsabilidade do colaborador.

Thamilla Talarico, apresenta a tese de que o devido engajamento deve ocorrer a partir dos maiores cargos, como presidente e gestores:

"(...) faz-se mister que tais temas sejam incentivados pela Presidência, Diretoria e toda Alta Administração de qualquer organização. Daí se falar tanto em uma

implementação *top-down*, ou seja, de cima para baixo, e que seja capaz de integrar na própria missão e visão de uma organização os valores da privacidade e proteção de dados pessoais. É pelo exemplo que se gera engajamento. Portanto, quanto mais próximos e presentes os membros da Alta Administração estiverem do projeto de adequação, mais claro é o recado que passam aos colaboradores de que o tema é de extrema relevância e que deve ser observado por absolutamente todos⁴⁴. "

Consequente, já no âmbito contratual, se observa a necessidade de incorporar cláusulas gerais entre as partes. Neste sentido, se toma as lições dos autores conjuntos Adrienne Lima, Daniela Samaniego e Thainá Baronosvky, a qual dispõem de normativas inerentes⁴⁵ ao instituto ora analisado.

As referidas autoras apontam, de início, a preocupação com a clareza da cláusula aplicada, demonstrando a obrigatoriedade das partes em atuar em vista da correta aplicação da normativa, principalmente no que tange a segurança dos dados enquanto confidenciais. Ainda, vale salientar a relevância da incrementação de cláusulas a qual fazem referência da vedação de compartilhamento, transferência ou negociação, sem da devia autorização ou consentimento do titular.

Outro item de grande relevância em determinações contratuais de tratamento de dado, tangência o sigilo das informações cedidas, bem como a limitação das responsabilidades dos agentes de tratamento, tanto o controlador e o operador, garantindo maior segurança jurídica para os envolvidos.

Nesta toada, se demonstra os direitos do titular, contudo, na relação de tratamento e compartilhamento de dados com terceiros os quais não fazem parte direta do instrumento, a melhor forma de se proteger é mediante a adesão de termos de uso, bem como o controlador possuir políticas de proteção claras e de fácil acesso ao titular, onde suas informações e contatos estarão disponíveis, principalmente em acerca das hipóteses de tratamento a ser aplicada.

⁴⁴ TALARICO, Thamilla. **3. Plano de Implementação para A Conformidade à Lgpd – Parte I** In: MALDONADO, Viviane. **Manual do Dpo - Data Protection Officer**. São Paulo (SP): Editora Revista dos Tribunais. 2021..

⁴⁵ LIMA, Adrienne; SAMANIEGO, Daniela; BARONOSVKY, Thainá. **LGPD para contratos: adequando contratos e documentos à Lei Geral de Proteção de Dados**. [Digite o Local da Editora]: Editora Saraiva, 2021.

Por fim, cabe as partes contratantes, ora como agentes de tratamento e, na hipótese de qualquer incidente de vazamento de dados, se deve comunicar o ocorrido, de maneira transparente e eficaz.

Tanto é que, para a Corregedoria-Geral do Foro Extrajudicial de Santa Catarina, em seu Provimento n. 24/2020 TJSC, reconheceu a aplicação e responsabilidade dos agentes de tratamento, em conjunto com o poder público, como se vê no artigo 3º do referido provimento:

Art. 3º. Diante das especificidades do Sistema Eletrônico de Execução Unificado – SEEU, o juiz responsável pela inspeção judicial anual examinará, obrigatoriamente, os processos e expedientes que se enquadrem nas hipóteses abaixo descritas: I. com prioridade de tramitação estabelecida em lei, pelo Conselho Nacional de Justiça, Corregedoria Nacional de Justiça, Tribunal de Justiça ou Corregedoria Geral de Justiça; II. com pedido de urgência pendente de apreciação; III. com benefícios vencidos e a vencer, indicados pelo Sistema Eletrônico de Execução Unificado – SEEU; IV. no aguardo de devolução de Carta Precatória e de resposta de ofícios; V. aptos a serem encaminhados ao Tribunal de Justiça; VI. paralisados há mais de 100 (cem) dias no gabinete; VII. com juntadas não analisadas há mais de 10 (dez) dias; VIII. com inconsistências apontadas nas estatísticas do Sistema Eletrônico de Execução Unificado – SEEU; IX. com pendência de somatório de pena.

Para as referidas autoras anteriores, é destacado a aplicação de cláusulas penais em razão de descumprimento, tendo em vista que:

“(…) uma cláusula contratual é, geralmente, fortalecida por meio de previsão de multas, razão pela qual entendemos ser recomendável arbitrar um valor para os casos de seu descumprimento e, portanto, acrescentamos a necessidade de se manter expressa, nos contratos, a competente Cláusula Penal⁴⁶”.

Assim, vale referir o compartilhamento dos dados tratados, razão de se aplicar os contratos de não divulgação como ferramenta eficaz para a preservação da segurança. O

⁴⁶ LIMA, Adriane; SAMANIEGO, Daniela; BARONOSVKY, Thainá. **LGPD para contratos: adequando contratos e documentos à Lei Geral de Proteção de Dados**. [Digite o Local da Editora]: Editora Saraiva, 2021.

artigo 27, da Lei Geral de Proteção de Dados, é claro na possibilidade de compartilhamento de dados, contudo, mediante a expressa autorização do titular, como se observa:

Art. 27. A comunicação ou o uso compartilhado de dados pessoais de pessoa jurídica de direito público a pessoa de direito privado será informada à autoridade nacional e dependerá de consentimento do titular, exceto: I - nas hipóteses de dispensa de consentimento previstas nesta Lei; II - nos casos de uso compartilhado de dados, em que será dada publicidade nos termos do inciso I do caput do art. 23 desta Lei; ou III - nas exceções constantes do § 1º do art. 26 desta Lei. Parágrafo único. A informação à autoridade nacional de que trata o caput deste artigo será objeto de regulamentação.

O compartilhamento de dados de pessoais físicas, da mesma forma, só é possível em caso de necessidade de compartilhamento, então somente, do consentimento do titular, conforme previsto no artigo 7º, §5ª, da Lei Geral de Proteção de Dados:

Art. 7º O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses: § 5º O controlador que obteve o consentimento referido no inciso I do caput deste artigo que necessitar comunicar ou compartilhar dados pessoais com outros controladores deverá obter consentimento específico do titular para esse fim, ressalvadas as hipóteses de dispensa do consentimento previstas nesta Lei.

Ora, vale mencionar que, em suma maioria, o consentimento já é a hipótese basilar para o seguimento da contratação do serviço, por exemplo, um *software* a qual possui termos e condições de uso, o consentimento para o compartilhamento de dados já está previsto neste contexto.

Portanto, resta comprovado a fragilidade do titular, principalmente acerca do compartilhamento com terceiros os quais não possuem controle. Assim, se retoma a prática da boa governança das partes as quais irão atuar no tratamento para executar o contrato, pactuando, acessoriamente, cláusulas de *NDA* a qual prevê cláusula penal, sancionando a parte infratora em caráter civil, sem prejuízo das previsões administrativas.

Ainda, pode o agente de tratamento que, em razão de má deliberação da outra parte, ajuíza ação de regresso, visando reembolsar o quanto lesado, monetariamente, tendo em vista a responsabilidade solidaria das partes, conforme determina a Lei Geral de Proteção de Dados.

5.3. TÉRMINO DO CONTRATO DE CONFIDENCIALIDADE E COMPARTILHAMENTO.

O contrato de confidencialidade, por caráter, possui a previsão de determinação do fim da confidencialidade, assim gerando o término jurídico das relações. Para que seja ferramenta eficaz no compartilhamento de dado, deve o termo de confidencialidade estar atendo ao fim do tratamento entre as partes, bem como a obrigatoriedade de guarda do documento ou informação, independente do término do contrato principal.

A própria normativa prevê que o término do tratamento de dados pessoais é findado no momento a qual sua finalidade é atingida, portanto, em razão do término do instrumento principal, o contrato de *NDA* perde seu objeto, sendo termo inicial para atestar o término do tratamento dos dados objeto do segundo contrato.

A normativa prevê a necessidade de aplicação da correta eliminação dos dados fornecidos, assim, vale salientar a importância de definição da metodologia de descarte no instrumento em comento, evitando que seja utilizado qualquer modo frágil e imperito nesta atuação.

Para tanto, as partes necessitam possuir regras e modos de aplicação de *compliance*, vez que o entendimento desta modalidade de governança visa introduzir regras de gestão e mitigação de risco. Em outras palavras, as cláusulas de tratamento de dados nos contratos em comento possuem a função de planejamento, se valendo de hipóteses as quais podem ocorrer, neste sentido, André Carvalho entende que:

“O planejamento, por sua vez, estabelece, ou deveria estabelecer, objetivos mensuráveis, com prazos e ações bem definidos. É neste momento que exsurge a necessidade de tomar conhecimento das variáveis que possam afetar o planejamento, a fim de antecipar os possíveis obstáculos definidos como riscos. O sucesso do planejamento, portanto, reside justamente na necessidade de se conhecer os riscos por antecipação, para então estabelecer as estratégias que orientarão a gestão do negócio⁴⁷”.

⁴⁷ CARVALHO, André C.; BERTOCCELLI, Rodrigo de P.; ALVIM, Tiago C.; AL, et. **Manual de Compliance**. Grupo GEN, 2021.

Considerando a devida governança das partes, no momento da pactuação do instrumento em tela, se deve valer do plano de contingência compartilhado, nas palavras de André Carvalho, se tratando de compliance digital, expondo este instituto:

“Compliance Digital é, portanto, uma derivação que surge com muita naturalidade. Se há uma série de leis e normas que constituem matéria de estudo do Direito Digital, nada mais natural do que as isolar e estudar as formas e métodos de conformidade necessárias. Essa conduta toma especial relevo nos casos em que os aspectos éticos e comportamentais associados às leis de “fundo digital” sejam acentuados. (...) Em matéria de compliance, há preferências, ou melhor, é mandatório estabelecer prioridades. Da mesma forma que não existe sistema de segurança perfeito ou inexpugnável, a conformidade plena é inatingível. Escolher as prioridades de destinação de cuidados e utilização de recursos é fundamental nos dois casos. Poderíamos ter escolhido abordar cada um dos setores do compliance digital (e.g. segurança da informação, teletrabalho, investigações internas e provas eletrônicas, leis específicas a exemplo do Marco Civil da Internet, entre tantos outros). Preferimos, no entanto, dar prioridade àquele que desponta como o mais relevante, e sobre o qual a discussão acerca do papel de programas de compliance é, certamente, a mais rica: a privacidade e proteção de dados pessoais⁴⁸”.

Ora, se ressalta a devida metodologia a ser aplicada para findar os riscos derivados do tratamento, principalmente no descarte dos dados. Assim, deve haver cláusulas com as definições e observações de cada hipótese, a título de exemplo, caso houver o compartilhamento físico, os documentos cedidos devem ser triturados e descartados de maneira que a informação contida se torne ilegível.

Do mesmo modo, os dados digitais necessitam da anonimização total de suas informações, seguindo critérios técnicos rígidos, bem como definido o agente responsável pelo seguimento deste descarte. Pelo quanto apresentado, se faz lógico que o *DPO* ou o Controlador, ora atuante como cedente, segue com o término do tratamento, exclusivamente.

Contudo, tendo em vista as complexas relações comerciais, muitas das vezes se torna impossível a devolução de todos os dados coletados, assim, novamente, pautada na

⁴⁸ CARVALHO, André C.; BERTOCCELLI, Rodrigo de P.; ALVIM, Tiago C.; AL, et. **Manual de Compliance**. Grupo GEN, 2021.

responsabilidade solidaria das partes, cláusulas penais se tornam a maneira eficaz de fornecer a segurança almejada.

Por estas razões, cumpre o contrato de *NDA* apresentar definições de seguimento de descarte do dado coletado, podendo variar nos limites técnicos e legais. Outrossim, a hipótese que se melhor acolhe é o momento a qual a finalidade do dado foi atingida, não sendo mais viável seu tratamento.

6. CONCLUSÃO

A privacidade se tornou um tema importante a ser debatida na modernidade, principalmente em razão ao advento da internet e o encurtamento das relações humanas. Assim, se reitera o fato de possíveis violações ao referido direito fundamental, principalmente com os autos índices de vazamento de dados.

Nesta toada, o legislador pátrio define que o devido tratamento de dados pessoais são direitos fundamentais, tanto sendo incluídos na Constituição Federal da República do Brasil.

Ainda, em vista das normas infraconstitucionais, seguindo uma tendencia internacional, o Brasil introduziu a Lei Geral de Proteção de Dados, norma de suma relevância para que pessoas físicas ou jurídicas atuem economicamente com o uso dos dados pessoais de terceiro.

Não obstante, há certa necessidade ética para que tal atuação seja findada no respeito aos limites dos direitos de terceiros, ou seja, ainda que possível seja atuar economicamente com dados pessoais, estes devem seguir critérios rígidos de tratamento, tanto pautado na boa governança, como nas medidas técnicas a serem adotadas nas operações.

Assim, cabe a figura em questão, definir políticas de proteção de dados, fornecer treinamento e engajamento de seus colaboradores e, sem prejuízo, apresentar planos de contingência em casos de vazamento de dados. Estas definições, ainda que de maneira individual, são necessárias para o conseguinte compartilhamento com terceiros, vez que muitas formas de atuação em mercado implicam em verificação de dados pessoais de titularidade alheios ao serviço praticado, contudo, sua hipótese de serem-no cumpre na devida execução de contrato.

Por se tratar de contrato, há de ponderar a função social do instrumento, vez que o compartilhamento em comento pode gerar danos irreversíveis ao titular, assim, cada contratante possui responsabilidade civil subjetiva e objetiva nesta negociação. Logo, medidas de prevenção, ou a aplicação de *compliance*, surgem como elemento formador, vez que, a existência de negociação e definições claras, com o uso de cláusulas específicas se tornam medida de mitigação de risco.

Para tanto, objetivando a maior segurança jurídica, por possuir as características basilares da proteção de dados e informações, tais como a limitação do uso pelo revelado e vedações que negam o compartilhamento das informações cedidas, os contratos de *NDA*, ainda que acessórios, são ferramentas de suma importância, utilizando de planos de tratamento compartilhado, a qual define, a depender do objeto do contrato principal, o controlador e operador; o tempo de guarda do dado, tendo como principal hipótese a finalidade atingida, gerando o término do tratamento; e, por fim, caso ocorra o descumprimento, a definição de cláusulas penais, tendo por princípio a responsabilidade solidária das partes quanto a possíveis indenizações ao titular ou em caso de sanções administrativas por parte da Agência Nacional de Proteção de Dados Pessoais.

7. REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. ANPD e LGPD: Desafios e perspectivas. 1ª ed. São Paulo: Grupo Almedina, 2021.

LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados. 1ª ed. São Paulo: Grupo Almedina, 2020.

BLUM, Rita Peixoto F. O Direito à Privacidade e a Proteção dos Dados do Consumidor. 2ª ed. São Paulo: Grupo Almedina, 2022.

SILVA, Louise S. H. Thomaz da; **SOUTO**, Fernanda R.; **OLIVEIRA**, Karoline F.; et al. Direito Digital. 1ª ed. São Paulo: Grupo A, 2021.

BARBIERI, Carlos. Governança de dados. 1ª ed. São Paulo: Editora Alta Books, 2020.

FILHO, Eduardo T. A Lei Geral de Proteção de Dados Brasileira. 2ª ed. São Paulo: Grupo Almedina, 2021.

FILHO, Eduardo T. A Lei Geral de Proteção de Dados Brasileira - Análise Setorial (Volume I e II). 2ª ed. São Paulo: Grupo Almedina, 2021.

LIMA, Ana Paula Moraes Canto de. LGPD Aplicada. 1ª ed. São Paulo: Grupo GEN, 2021.

TEIXEIRA, Tarcisio. Direito Digital e Processo Eletrônico. 6ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2022.

LIMA, Adrienne; **SAMANIEGO**, Daniela; **BARONOSVKY**, Thainá. LGPD para contratos: adequando contratos e documentos à Lei Geral de Proteção de Dados. 4ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2021.

DONIZETTI, Elpidio. Curso de Direito Civil. 25ª ed. São Paulo: Grupo GEN, 2021. E-book.

NADER, Paulo. Curso de Direito Civil - Vol. 3 - Contratos, 9ª edição. São Paulo: Grupo GEN, 2018.

DINIZ, Gustavo S. Curso de Direito Comercial. São Paulo: Grupo GEN, 2022.

MARTINS, Fran. Curso de Direito Comercial - Contratos e Obrigações Comerciais - Vol. 3, 19ª edição. São Paulo: Grupo GEN, 2019.

PINHO, Anna. 1.2.4. Breve contextualização econômica In: **PINHO**, Anna. Uma análise do dumping nas relações de comércio internacionalista. São Paulo (SP): Editora Revista dos Tribunais. 2023.

NERY JR., Nelson; **NERY**, Rosa Maria de Andrade. Código Civil Comentado. 6ª ed. rev., ampl. e atual. até 28.3.2008. São Paulo: RT, 2008. p. 213.

SALEME, Edson R. Direito constitucional: Editora Manole, 2022.

BASTOS, Celso Ribeiro; **MARTINS**, Ives Gandra. Comentários à Constituição do Brasil. vol. 2, São Paulo: Saraiva, 1989

BITTAR, Carlos Alberto. Os direitos da personalidade. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001

PINHEIRO, Patrícia P. PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS: COMENTÁRIOS À LEI N. 13.709/2018 (LGPD): Editora Saraiva, 2021

TEIXEIRA, Tarcísio; **GUERREIRO**, Ruth M. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD): Comentada Artigo por Artigo. Editora Saraiva, 2022.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Os Princípios Reguladores da Autonomia Privada: autonomia da vontade e boa-fé. Direito e Democracia – Revista do Centro de Ciências Jurídicas, v. 1, n. 1, p. 95112. Canoas: Editora ULBRA, 2000.

VILANOVA, Lourival. Escritos Jurídicos e Filosóficos. V. 2. São Paulo: Axis Mvndi/Ibet, 2003

PONTES, de Miranda. Tratado de Direito Privado. Tomo XXXVIII, Rio de Janeiro: Ed. Borsoi, 1962, p.39

FRIEDRICH, Kessler apud **MARQUES**, Cláudia Lima in Contratos no Código de Defesa do Consumidor, 6. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2011.

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. Contratos I: Conceitos, Fontes, Formação: Grupo Almedina (Portugal), 2022.

GOMES, Orlando. Contratos. Grupo GEN, 2022.

BLUM, Renato; **VAINZOF**, Rony; **MORAES**, Henrique. O Papel do Dpo em Fusões e Aquisições In: **BLUM**, Renato; **VAINZOF**, Rony; **MORAES**, Henrique. Data Protection Officer (Encarregado).

PIERGALLINI, Ana; **NASCIMENTO**, Camila. 1 - Jogos eletrônicos e e-sports – uma abordagem sob a perspectiva da propriedade intelectual e da regulamentação da prática esportiva In: **PINHEIRO**, Patrícia; **CRESPO**, Marcelo. Digital sob curadoria de Patrícia Peck e Marcelo Crespo. São Paulo (SP): Editora Revista dos Tribunais. 2021.

LIMA, Adrienne; **SAMANIEGO**, Daniela; **BARONOSVKY**, Thainá. LGPD para contratos: adequando contratos e documentos à Lei Geral de Proteção de Dados. Editora Saraiva, 2021

TALARICO, Thamilla. 3. Plano de Implementação para A Conformidade à Lgpd – Parte I In: **MALDONADO**, Viviane. Manual do Dpo - Data Protection Officer. São Paulo (SP): Editora Revista dos Tribunais. 2021..

LIMA, Adrienne; **SAMANIEGO**, Daniela; **BARONOSVKY**, Thainá. LGPD para contratos: adequando contratos e documentos à Lei Geral de Proteção de Dados.

CARVALHO, André C.; **BERTOCCELLI**, Rodrigo de P.; **ALVIM**, Tiago C.; **AL**, et. Manual de Compliance.