# XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

## DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

**ELOY PEREIRA LEMOS JUNIOR**

**JONATHAN CARDOSO RÉGIS**

**DIOGO DE ALMEIDA VIANA DOS SANTOS**

Copyright © 2022 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

**Diretoria – CONPEDI**
**Presidente** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
**Diretora Executiva** - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
**Vice-presidente Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
**Vice-presidente Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
**Vice-presidente Sudeste** - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

**Representante Discente:** Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

**Conselho Fiscal:**
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
**Secretarias**
**Relações Institucionais:**
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
**Comunicação:**
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
**Relações Internacionais para o Continente Americano:**
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
**Relações Internacionais para os demais Continentes:**
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
**Eventos:**
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

**Membro Nato** – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

D597

Direitos e garantias fundamentais II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Diogo De Almeida Viana Dos Santos; Eloy Pereira Lemos Junior; Jonathan Cardoso Régis.

– Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-624-6
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direitos. 3. Garantias fundamentais. XXIX Congresso Nacional do CONPEDI Balneário Camboriu - SC (3: 2022: Florianópolis, Brasil).

CDU: 34




Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

# XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

## DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

---

## Apresentação

Advindos de estudos aprovados para o XXIX Congresso Nacional do Conpedi Balneário Camboriú - SC, realizado entre os dias 07, 08 e 09 de dezembro de 2022, apresentamos à comunidade jurídica a presente obra voltada ao debate de temas contemporâneos, cujo encontro teve como tema principal "Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities".

Na coordenação das apresentações do Grupo de Trabalho "Direitos e Garantias Fundamentais II" pudemos testemunhar relevante espaço voltado à disseminação do conhecimento produzido por pesquisadores das mais diversas regiões do Brasil, vinculados aos Programas de Mestrado e Doutorado em Direito. Os estudos, que compõem esta obra, reafirmam a necessidade do compartilhamento das pesquisas direcionadas aos direitos e garantias fundamentais, como também se traduzem em consolidação dos esforços para o aprimoramento da área e da própria Justiça.

Nossas saudações aos autores e ao CONPEDI pelo importante espaço franqueado a reflexão de qualidade voltada ao contínuo aprimoramento da cultura jurídica nacional.

Diogo De Almeida Viana Dos Santos

Universidade Estadual do Maranhão - UFMA, e Universidade UNICEUMA

Eloy Pereira Lemos Junior

Universidade de Itaúna - MG

Jonathan Cardoso Régis

Universidade do Vale do Itajaí - Univali

# DADOS PESSOAIS, DIREITOS FUNDAMENTAIS E DISCURSO JURISDICIONAL: UM ESTUDO EXPLORATÓRIO DAS DECISÕES JUDICIAIS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO SOBRE PROTEÇÃO DE DADOS

## PERSONAL DATA, FUNDAMENTAL RIGHTS AND JURISDICTIONAL DISCOURSE: AN EXPLORATORY STUDY OF SÃO PAULO STATE COURT DECISIONS ABOUT DATA PROTECTION

**Marco Antonio Loschiavo Leme de Barros** [1]
**Bruno Breanza Munhoz Cipriano** [2]

**Resumo**

Este trabalho apresenta um mapeamento exploratório sobre a aplicação judicial da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais a partir do recorte institucional do Tribunal de Justiça de São Paulo, em decisões de primeira instância, tendo como termo inicial o início da vigência da legislação. O interesse é examinar os efeitos desta legislação no dia a dia das empresas, organizados por setores da atividade econômica via as decisões judiciais. Subjacente à discussão dos julgados apresentados, o estudo reforça que importante tarefa na adequação legal nas empresas é conciliar a exploração da atividade econômica com o respeito e cumprimento das obrigações impostas aos prestadores de serviços e bens em prol da proteção dos dados pessoais dos consumidores no país, o que reforça a discussão do reconhecimento da eficácia horizontal dos direitos fundamentais no contexto da Emenda Constitucional n. 115 /22. No final, considerando a amostra construída neste estudo, foi possível observar a recorrência de questões econômicas em juízo seja nos casos de indenização por danos morais baseados nos vazamentos de dados ou nas discussões sobre proteção ao crédito, que reforçam o cuidado de zelar os dados pessoais nas situações de transações e cobranças de débitos.

**Palavras-chave:** Proteção de dados pessoais, Empresas, Tribunal, Jurisprudência, Sociedade

**Abstract/Resumen/Résumé**

This paper presents an exploratory mapping of judicial application of the General Law for the Protection of Personal Data from the institutional framework of the Court of Justice of São Paulo, in decisions of first degree, having as initial term the beginning of the validity of the legislation. The interest is to examine the effects of this legislation on the companies, organized by sectors of economic activity via judicial decisions. Underlying the discussion of the judgments presented, the study reinforces that an important task in legal adaptation in companies is to reconcile the exploitation of economic activity with respect and compliance with the obligations imposed on service and goods providers in favor of the protection of

[1] Professor e pesquisador da Faculdade de Direito, da Universidade Presbiteriana Mackenzie, campus Alphaville /SP. É líder do Grupo de Pesquisa Direito & Regulação da Sociedade, cadastrado no diretório do CNPq.

[2] Pesquisador discente da Faculdade de Direito, da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

consumers' personal data in the country , which reinforces the discussion of the recognition of the horizontal effectiveness of fundamental rights in the context of Constitutional Amendment n. 115/22. Finally, considering the sample built in this study, it was possible to observe the recurrence of economic issues in court, whether in cases of compensation for moral damages based on data leaks or in discussions about credit protection, which reinforce the care to protect personal data. in situations of transactions and debt collections.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Protection of personal data, Companies, Court, Jurisprudence, Society

## 1. INTRODUÇÃO

Desde a publicação da Lei nº. 13.709/2018 - Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGDP), inúmeras dúvidas pairam sobre sua interpretação e aplicação. De um lado, por se tratar de uma legislação geral, cujo objetivo é estabelecer as balizas jurídicas para a proteção dos dados pessoais na sociedade, inúmeros setores econômicos dependem de uma regulação específica, de modo a compatibilizar o efetivo exercício da atividade econômica e a proteção legal dos dados.

Do outro, diante das diferentes configurações negociais existentes hoje em dia, torna-se complexa a tarefa prática de adequação empresarial, bem como de combate aos prejuízos aos dados pessoais. Temas como a definição dos agentes do tratamento, o conhecimento das bases legais para o tratamento de dados e a implementação de estruturas de prevenção e controle de danos à legislação em questão se revelam etapas complexas.[1]

Apesar da eficácia de suas sanções administrativas ter se iniciado apenas em 1º de agosto de 2021, conforme consta do art. 65, I-A, da LGPD, com redação dada pela Lei n. 14.010/2020, a implementação efetiva de um processo de adequação robusto à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais revela-se uma problemática de grande parte das empresas brasileiras, sobretudo nos setores responsáveis por alto volume de tratamento de dados pessoais, como a concessão ao crédito, saúde, arquivologia, computação em nuvem, contabilidade, controle migratório, serviços notariais e registrais (PERES, 2021; HAWRYLISZYN; COELHO; BARJA, 2021; SCHWAITZER, 2020; FERNANDES, 2021; KRÜGER, 2021; REIMANN PATZ; COVATTI PIAIA, 2022; LAUREANO; BENFATTI, 2021), entre outros. Além de seu caráter recente, o custo e a complexidade envolvidos na implementação da LGPD sugerem um nível baixo de adequação ao diploma nas empresas brasileiras, o que justifica investigar qual o papel de certos atores sociais nesse processo.

Neste contexto outro ator importante no processo de intepretação e aplicação é o Poder Judiciário, sobretudo em relação ao processo decisório. Vale lembrar Tércio Sampaio Ferraz Junior ao indicar que o objetivo da interpretação jurídica é alcançar um sentido válido não somente para o texto normativo, mas para a própria comunicação normativa imanente ao

[1] Neste mesmo sentido "[e]m um mercado e contexto socioeconômico cada vez mais dinâmico, repleto de relações comerciais diversas e ramos de atuação com especificidades que empresas de outros setores muitas vezes desconhecem, não há como se adotar uma visão simplista do tema de definição de agentes de tratamento de dados pessoais. Uma análise contextual se faz necessária, para evitar, assim, erros conceituais que podem ter implicações negativas, tais quais inseguranças jurídicas, descumprimentos legais e, por fim, impactos ao que a proteção de dados pessoais visa resguardar, isto é, os direitos e liberdades fundamentais dos titulares de dados pessoais" (FACHINETTI; DALL'AGNESE, 2021, p. 84).

sistema jurídico (20150 Assim, a LGPD também carece de interpretação judicial, de modo a estabilizar o seu sentido no âmbito jurídico por meio das decisões, o que revela a necessidade de compreender melhor como os juízes e tribunais estão aplicando a referida legislação, levando em consideração todo o conjunto de elementos envolvidos no processo jurisdicional.

Este trabalho pretende apresentar um mapeamento preliminar sobre a aplicação judicial da LGPD. Para tanto, conforme será apresentado a seguir, a pesquisa apresenta estudo jurisprudencial a partir do recorte institucional do Tribunal de Justiça de São Paulo, em decisões de Primeira Instância, tendo como termo inicial o início da vigência da legislação e em temáticas sobre discussão sobre tratamento de dados pessoais como objeto da controvérsia.

Cabe destacar que os resultados apresentados são preliminares e fazem parte de uma pesquisa coletiva vinculada ao Observatório Data Protection & Business Brasil, conduzida na Faculdade de Direito, da Universidade Presbiteriana Mackenzie e cujo interesse é compreender os impactos sociais desta lei, propondo examinar os efeitos da LGPD no dia a dia das empresas, organizado por setores da atividade econômica, bem como observar o processo de construção e implementação da agenda regulatória da ANPD – estudos ainda escassos na literatura jurídica diante do ineditismo da legislação e da sua estrutura regulatória.

Este texto está dividido em quatro partes, além desta introdução. Na primeira parte é apresentado o problema do estudo jurisprudencial e a hipótese desenvolvida na pesquisa. Na sequência um marco teórico da pesquisa é apontado, indicando a importância de compreender o processo de adequação e implementação de legislações protetivas aos dados pessoais na sociedade, trata-se de referencial que reforça a importância do papel das autoridades zelar e aplicar as proteções legais em face dos dados pessoais, como é o caso dos juízes e tribunais, bem como ênfase à Emenda Constitucional 115/2022. Na terceira parte, a metodologia do levantamento jurisprudencial e os recortes aplicados para, então, realizar a sistematização e análise das decisões são apresentados. Na última etapa alguns resultados e interpretações são apontadas, indicando os desafios da aplicação da LGPD no Judiciário paulista.

## 2. PROBLEMA E HIPÓTESE DO ESTUDO JURISPRUDENCIAL

A pesquisa jurídica empírica revela-se como instrumento relevante para entender como o tecido social e a LGPD interagem, ora em relações de integração, ora em relações de tensão. Ao tentar detectar como o Estado insere a LGPD em seu discurso jurisdicional, esta pesquisa privilegia o *locus* racional em que isso ocorre: a decisão judicial.

A fim de intentar esboçar as facetas do poder decisório judicial, confrontado com a necessidade de aplicação de uma norma jurídica limítrofe entre o Direito e a Segurança da Informação, busca-se compreender o comportamento decisório existente na aplicação da LGPD. Além disso, tal manifestação é especialmente importante para adentrar na faceta jurisprudencial da adequação empresarial, já que a sua concretização depende do alinhamento de suas operações internas (como a coleta, tratamento e eliminação de dados pessoais) ao entendimento firmado pelos tribunais, seja para uma atuação consultiva, seja para a sua utilização em juízo. O segundo vetor analítico é a descrição das primeiras tendências jurisprudenciais, com destaque para a base legal que autoriza o tratamento de dados pessoais para a proteção ao crédito (art. 7º, X, LGPD), dispositivo mais citado na coleta de julgados da 1ª instância do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJ-SP).

Parte-se da hipótese inicial de que a adequação empresarial à LGPD é um desafio recente no universo jurídico brasileiro, tendo a sua aplicação prática ainda não consolidada. Surge a necessidade de observação e análise das decisões que estão sendo construídas, com o intuito de examinar os critérios decisórios utilizados por elas. Isto se reflete nas pesquisas jurídicas empíricas em proteção de dados pessoais, cujo campo de investigação encontra-se em processo de amadurecimento no Brasil e no exterior, com contribuições relevantes a ser pontuadas, a exemplo da pesquisa *Industry Unbound*, de Ari Ezra Waldman (2021). As hipóteses da pesquisa são:

I. A prática empresarial de adequação simbólica à LGPD é absorvida pela atividade jurisdicional estatal, por meio da suavização de institutos jurídicos responsáveis pela promoção da privacidade de consumidores, o que acarreta uma proteção judicial simbólica dos dados pessoais;
II. O caráter recente e complexo da LGPD alimenta a sua aplicação jurisprudencial massificada, de modo a revelar sua subsidiariedade em relação ao direito do consumidor e o direito da proteção ao crédito; e
III. O comportamento decisório do Poder Judiciário na aplicação da LGPD confirma o destaque dado pela própria norma a certos setores sociais em suas bases legais, como ocorre com a proteção ao crédito (art. 7º, X), o que gera indiretamente uma supervalorização de certos agentes de tratamento em detrimento de outros, em evidente desproporcionalidade, incapaz de interagir com as peculiaridades setoriais das diferentes vertentes do sistema econômico.

## 3. MARCO TEÓRICO E EC N. 115/2022

Em investigação empírica com diversas fontes, como entrevistas e análise de documentos públicos e privados, Waldman, em consonância com o diagnóstico de Edelman, enfatiza que os tribunais, nos EUA, adotam o discurso de adequação simbólica empresarial em sua atividade jurisdicional, o que dificulta a proteção de dados pessoais pelo Poder Judiciário:

> The result can be a perverse practice of law: instead of looking for evidence of substantive progress or adherence to legal principles, courts end up deferring to the veneer of compliance that companies create (WALDMAN, 2021, p. 116).

Faz-se necessário um novo estudo do tema, com a aplicação em casos concretos e a interpretação de juízes na realidade judicial brasileira[2]. A pesquisa coleta diversos dados de decisões que envolvem a LGPD, e tenta traçar, por meio disso, as primeiras tendências interpretativas judiciais da proteção de dados pessoais no Brasil.

Em complemento, vale destacar que do ponto de vista dogmático, alguns desdobramentos imediatos admitidos na literatura (MENDES; DONEDA, 2018) a respeito do impacto da LGPD na sociedade são a obrigatoriedade e necessidade de proteger os dados das pessoas físicas e definir os contornos dos tratamentos de dados no ambiente negocial, devolvendo-lhes o controle sobre os mesmos e ao mesmo tempo proteger o empresário, seu patrimônio e sua reputação comercial. Todavia, considerando a dimensão da eficácia jurídica, a aplicação e a execução da legislação ainda estão longe de estarem esclarecidos e dependem do estudo de uma agenda regulatória que está em construção no país, bem como entender como ocorre a conformidade legal com as práticas empresariais.

Vale destacar que a própria dinâmica de uma economia digital reforça a necessidade de compreender a aplicação judicial da LGPD. No contexto da pandemia de COVID-19, o assunto é extremamente relevante diante do crescimento do e-commerce (comércio eletrônico) e dos benefícios do ambiente digital, que possibilitaram o avanço dos negócios no Brasil mesmo à luz das medidas de isolamento social (ALMEIDA et. al., 2020).

[2] Em sua obra, Waldman explicita, ainda, os problemas jurisprudenciais da aplicação de normas de privacidade nos EUA: “In civil litigation, courts have confused the choice to share information with friends or a handful of professional colleagues with the choice to share that information with the world. In constitutional litigation, too, many US federal courts still assume that functionally mandatory disclosures to information intermediaries, like internet service providers, wireless phone companies, and banks, among others, is the same as voluntarily consenting to a government Search” (WALDMAN, 2021, p. 234). Um estudo relevante para este trabalho é aquele feito por Edelman (2016). Outra contribuição importante é o estudo sobre proteção de dados, autodeterminação informativa e análise crítica de jurisprudência (COPETTI, 2015).

Segundo dados de consultorias especializadas, o e-commerce no Brasil obteve no primeiro semestre faturamento de aproximadamente 53 bilhões de reais, seguindo uma forte tendência de crescimento já observada em 2020 e atendendo mais de 43 milhões de consumidores brasileiros. As operações do e-commerce em grande medida dependem substancialmente do tratamento de dados pessoais dos seus consumidores, de modo a relevar o grande desafio de proteger e aplicar à LGPD nas relações de consumo on-line. Basta observar como plataformas digitais utilizam os dados dos usuários para lhes oferecer produtos mais direcionados e ajustados. No ambiente digital, por exemplo, o acesso aos dados é um importante insumo da atividade econômica, que possibilita o ingresso de novos concorrentes ou estimula a competição entre rivais já existentes (POSNER, WEYL, 2018; TIROLE, 2020). Um importante desafio concorrencial passa a ser o controle do acúmulo de dados pelas empresas vis-à-vis a efetivação da transferência de dados por meio do direito à portabilidade (art. 18, V, da LGPD) já que o controle de dados pode se revelar uma verdadeira barreira à entrada ou fator que comprometa a competição e o bem-estar do consumidor (COYLE et. al., 2019.), seja diante da limitação a poucos ofertantes (efeito lock in) ou dos altos custos de troca (switching costs) envolvidos (SCOTT MORTON et al., 2019, p. 96). Caso seus potenciais competidores não possam fazer ofertas que sejam tão atrativas quanto a da empresa incumbente, porque esses competidores não possuem a mesma informação, a incumbente com os dados estará numa posição dominante e poderá aumentar seus lucros às custas do consumidor – lembrando que os titulares dos dados possuem uma série de garantias que limitam a exploração da atividade econômica (FRAZÃO, 2019).

A questão é saber como conciliar a exploração da atividade econômica com o respeito e cumprimento das obrigações impostas aos prestadores de serviços e bens em prol da proteção dos dados pessoais dos consumidores (MENDES, 2014). Trata-se de um desafio global (WU, 2016) já que as operações nos mercados digitais revelam as condutas de agentes econômicos transnacionais e interessados em extrair e processar grande volume de dados pessoais (behavioural surplus) ao mesmo tempo em que tais modelos de negócios dependem de avançadas capacidades analíticas tecnológicas e análises preditivas (eg. machine learning), impactando sobremaneira as preferências e desejos dos consumidores (ZUBOFF, 2019). A simples troca de determinados serviços on-line por informações valiosas dos usuários e consumidores revela uma nova fase do capitalismo contemporâneo, que merece atenção e regulação por parte das autoridades mundiais. Tais trocas confirmam a possibilidade de antecipação e planejamento econômico, bem como de eliminação de potencial competição. Como já apontado, nos últimos anos prevalece importante debate, inclusive no Brasil, sobre

como promover o controle antitruste via a atualização de novas metodologias capazes de realizar o estudo dos mercados a partir da questão das aquisições centradas em dados (BAGNOLI, 2016; FIDELIS, 2017). Diante deste contexto é evidente a urgência de compreender como os juízes e tribunais estão aplicada à legislação e coibindo os problemas relativos aos abusos dos dados pessoais.

Por fim, cabe destacar que a discussão desta pesquisa também se insere num amplo contexto sobre a proteção de um direito fundamental. Vale dizer, promulgada apenas em 2022, a Emenda Constitucional n. 115 alterou o rol do art. 5º, com o objetivo de inserir a proteção de dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais da Constituição Federal. Um dos vetores mais delicados de tal inserção é a horizontalidade de sua eficácia. Conforme explicita Sarmento em obra pioneira no país, a eficácia horizontal associa-se à capacidade de um direito fundamental produzir efeitos entre particulares, seja em comunidades religiosas, complexos empresariais ou núcleos familiares, de sorte que seu ponto central reside na compatibilização de vetores de opressão privados opostos (SARMENTO, 2010, p. 210). Cabe observar que esta espécie de análise ainda carece de maturidade teórica, o que justifica a necessidade de melhor desenvolvimento dogmático sobre a problemática. Além disso, a sua aplicação nos direitos fundamentais em espécie, cujas peculiaridades distintas ensejam a pesquisa de condições contextuais e variáveis complexas, poderia constituir até mesmo um novo campo de pesquisa na agenda de investigação empírica em Direito, com a contribuição de outras áreas do conhecimento, como a Sociologia Econômica, com o intuito de amadurecer a pesquisa sociojurídica no país (VILLAS BÔAS FILHO, 2018).

Nesta direção, o subcampo do debate acadêmico sobre a eficácia horizontal do direito fundamental à proteção de dados pessoais afigura-se uma das vertentes mais férteis de estudo em um contexto de consolidação do processo de hiperdigitalização da vida social e econômica. A expansão massiva da coleta e do tratamento de dados pessoais acarreta a relevância do desenho de contornos constitucionais mais definidos deste direito fundamental, seja na esfera analítica do tensionamento dogmático ou na faceta empírica do desvelamento das consequências sociais da jurisdição constitucional (LIMA, 2008).

A própria carga jurídica do direito fundamental à proteção de dados pessoais altera sobremaneira a complexidade do debate. A constitucionalização também representa a emanação de um tema crucial para a sociedade, ao nível de registrá-lo, por escrito, no documento basilar responsável pela estabilização política da comunidade (BERCOVICI, 2004). Em nítida expressão do princípio da supremacia da Constituição, pode-se afirmar que, dentre outras consequências, a irradiação da proteção de dados por todo o sistema normativo, a

existência de um comando explícito de concretização máxima possível deste direito fundamental e a produção de efeitos em relações jurídicas particulares devem ser consideradas no processo de interpretação de institutos infraconstitucionais, a começar pelos da própria Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) e os do Código de Defesa do Consumidor (CDC).

Harmonizadas com os valores constitucionais da ordem econômica, com destaque para a livre concorrência (art. 170, IV, CF/88), as normas de proteção de dados pessoais podem auxiliar no processo paulatino de construção de segurança jurídica para a operação desta espécie de atividade econômica, de modo que a própria inserção do tema na ordem constitucional sinaliza a preocupação da sociedade brasileira com a utilização ilícita de dados de cidadãos. Além disso, vale refletir os efeitos sociais da constitucionalização do dever de adequação nas empresas, a partir da investigação empírica acerca da autoridade do discurso constitucional no âmago das relações entre particulares (GARDBAUM, 2003).

Por outro lado, ao analisar a interpretação do Poder Judiciário, é possível aferir se o comportamento decisório presente nas sentenças considera a necessidade de incremento da eficácia de normas de privacidade e de dados pessoais entre os mais diversos setores da vida privada, dentre eles a própria atividade negocial dessas empresas, de modo que se consiga construir um vetor de análise situado entre a capacidade de penetração do direito fundamental à proteção de dados pessoais entre particulares e a habilidade do poder decisório judicial em proteger efetivamente os titulares.

Finalmente, tem-se que a pesquisa jurisprudencial é um mecanismo adequado para complexificar todos esses vetores de análise, de sorte que a análise do material coletado revele como a dinâmica normativa – constitucional e infraconstitucional – interage com a multiplicidade de cenários inerentes à densificação de estruturas empresariais, cujas ações e dissociações afetam diretamente a efetividade de direitos associados à proteção de dados pessoais no país.

## 4. METODOLOGIA

A pesquisa e a seleção das sentenças, obtidas a partir dos mecanismos eletrônicos de busca, disponíveis no sítio eletrônico do TJ-SP[3], efetuaram-se a partir de quatro recortes, listados a seguir:

[3] Utilizou-se o mecanismo eletrônico de pesquisa de jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do?f=1).

(i) *Recorte institucional*: optou-se por realizar um levantamento das primeiras movimentações interpretativas da Lei Geral pela primeira instância do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJ-SP), em razão de seu enorme contingente populacional[4], o que contribui para um grande volume de tratamento de dados pessoais e, portanto, da maior possibilidade de recorrer ao Poder Judiciário para dirimir conflitos;

(ii) *Recorte temporal*: malgrado o surgimento da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) em 2018, sua eficácia jurídica, com exceção da parte relativa às sanções administrativas, iniciou-se em 18 de setembro de 2020, momento a partir do qual os juízes e tribunais começaram a aplicá-la. Por este motivo, as amostras coletadas constituem-se de julgados proferidos entre 01/09/2020 e 06/06/2022;

(iii) *Recorte processual*: em decorrência do objetivo de investigar os aspectos materiais da proteção de dados pessoais, inerentemente associados ao mérito dos julgados, optou-se por estudar sentenças; e

(iv) *Recorte temático*: já que o cerne do trabalho é o manuseio jurisprudencial dos institutos da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) em relação à adequação empresarial, a análise principal recairá sob casos dessa natureza, não obstante a presença de observações sobre o conteúdo e a precisão da amostra obtida, cuja composição será explicitada a seguir.

A partir desta delimitação, a busca de jurisprudência consistiu-se em palavras-chave que pudessem demonstrar a existência de construções referentes à adequação empresarial e empresas. No sítio eletrônico do TJ-SP, na aba buscador de jurisprudência, foram coletadas 216 decisões de primeira instância, a partir dos termos “LGPD” E “empresa”, no dia 06 de junho de 2022.

Na sequência foi construída uma métrica de análise com os seguintes campos:

(i) *Número do processo, link de acesso, data de acesso – para facilitar a localização e identificação dos casos;*

[4] Em 2021, a população estimada do Estado de São Paulo era de 46.649.132 de habitantes (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **População do Estado de São Paulo**. Disponível em: https://cidades.ibge.gov.br/brasil/sp/panorama. Acesso em: 23 set. 2022.)

(ii) *Classe, data de distribuição, data de julgamento, data de publicação – para conseguirmos um briefing do tempo para resposta dos processos;*

(iii) *Julgador/relator – para identificar possíveis padrões e perfis relacionados às autoridades;*

(iv) *Partes – identificação dos litigantes;*

(v) *Assunto da controvérsia – identificação do que estava sendo discutido;*

(vi) *Decisão – (in)deferiu liminar; (im)procedente; parcialmente procedente; não conheceu a causa;*

(vii) *Bloco Fundamentos – Contém colunas identificando: (a) fundamentos para decisão; (b) referência à LGPD (identificação de dispositivos); (c) citação de outros casos; (d) quais são as fontes utilizadas (legislação; doutrina; jurisprudência);*

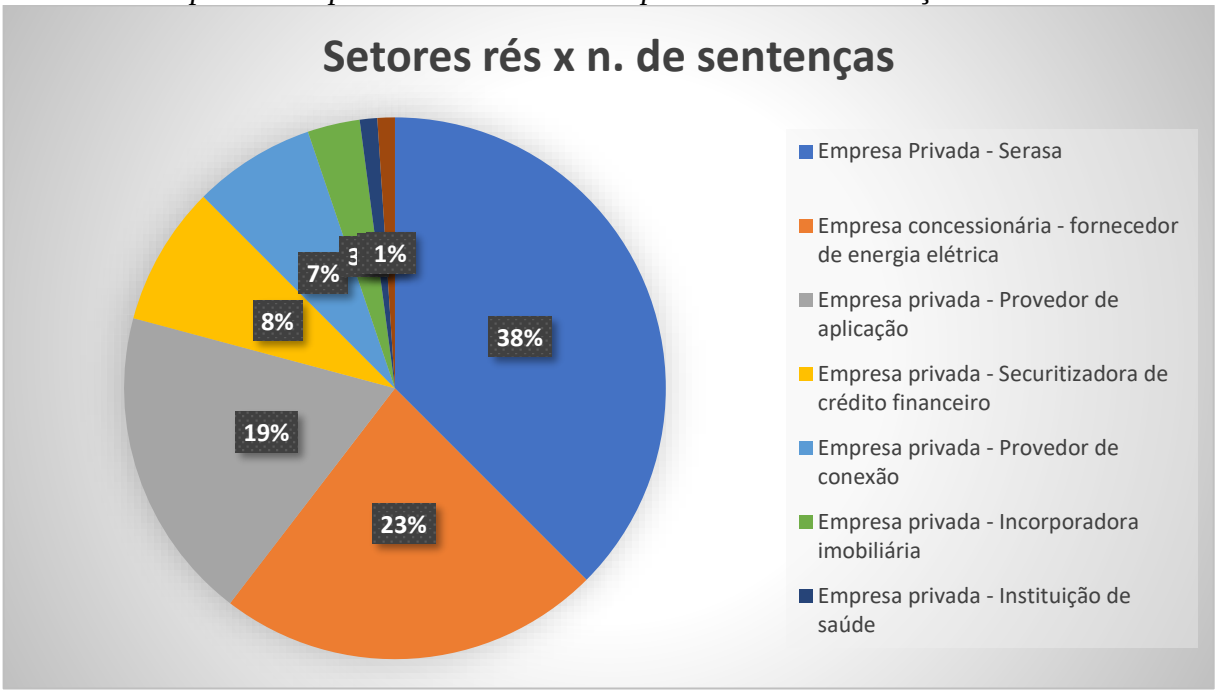
(viii) *Observações – pontos controversos a serem superados em grupo.*

Os processos foram analisados e a tabela foi preenchida. Por meio dessa tabela que se apresentam os resultados a seguir.

## 5. RESULTADOS PARCIAIS

Este trabalho possui escopo exploratório, de modo que almeja capturar uma fotografia da aplicação da LGPD por membros do Poder Judiciário, sem a pretensão de universalizar as conclusões obtidas a partir da análise da amostra, cujo alcance não é suficiente para generalizar padrões, mas, antes disso, auxiliar na construção de hipóteses e sugerir novas investigações, por meio da coleta e da análise de amostras numericamente mais robustas. Analisou-se os julgados coletados na 1ª instância do TJ-SP. Destacam-se os seguintes resultados parciais:

**Gráfico 1.** *Empresas rés por setor de atividade e por número de sentenças*




Fonte: elaborado pelos autores.

No total, das 216 sentenças coletadas, 98 mencionaram algum dispositivo da LGPD. Nesse grupo, constatou-se que em todos os casos houve pessoas físicas no polo ativo e pessoas jurídicas fornecedores de serviços e bens no polo passivo, dado o qual demonstra a existência de uma imensa maioria de processos associados a relações consumeristas. Além disso, esse dado revela uma dinâmica importante da LGPD no combate e proteção das relações econômicas, sobretudo em face dos fornecedores de serviços que realizam tratamento de dados para a sua inserção e operação no mercado.

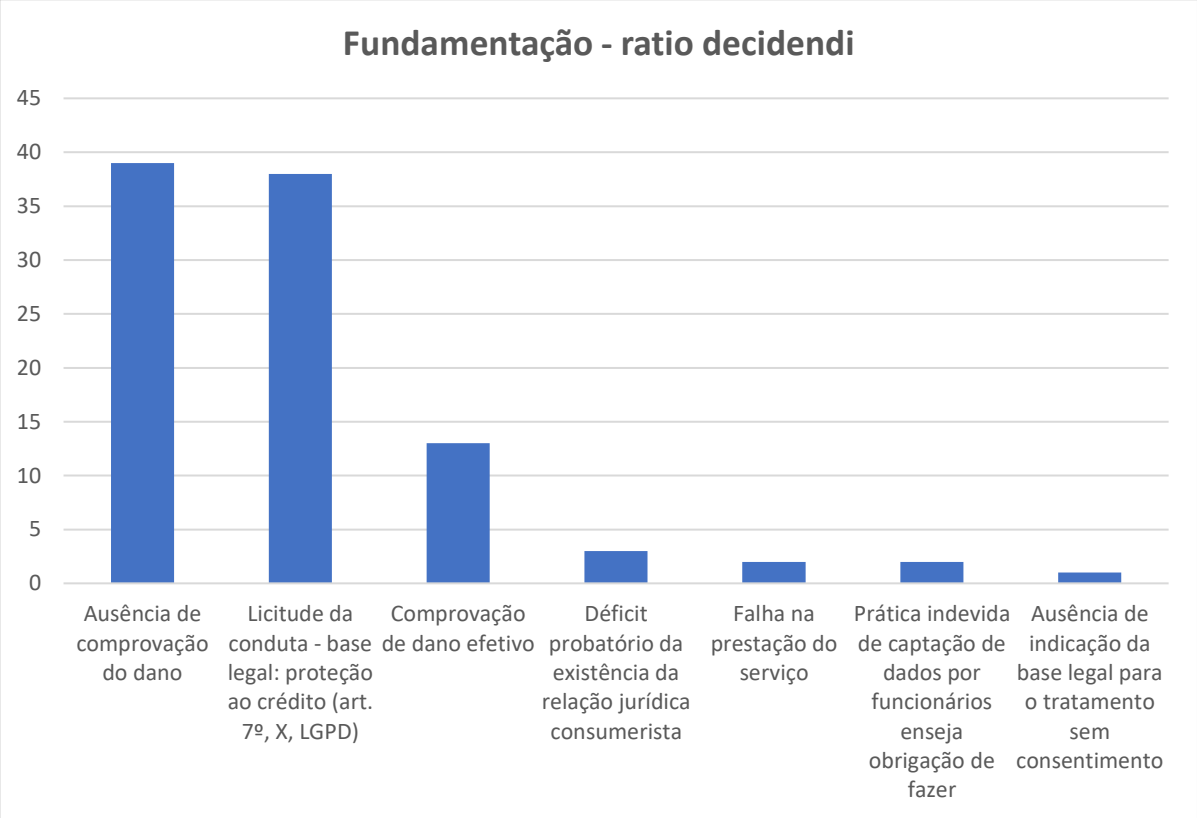
Na categoria predominante (Empresa privada – Serasa), as controvérsias orbitaram em torno da problemática da utilização de dados no contexto da proteção ao crédito, seja em relação à (i) judicialização inadequada de tratamento operado de forma lícita (art. 7º, X, LGPD), à (ii) ocorrência de vazamento de dados de consumidores e inexistência de dano efetivo ou até mesmo em relação a (iii) casos em que não houve material probatório suficiente para comprovar eventual vazamento de dados. Este cenário se confirmou na categoria Empresa privada – Securitizadora de crédito financeiro.

No primeiro cenário (i), evidente a judicialização de arquivos de crédito (sistemas de credit scoring) oferecidos por inúmeras empresas. No segundo (ii), o mero vazamento desses dados presentes em arquivos de crédito e a inexistência de dano efetivo ao titular impediram o

reconhecimento de danos morais[5]. No terceiro (iii), comum a falta de conhecimentos oriundos da Segurança da Informação para a devida compreensão de como identificar um vazamento real, em vez de um banco de dados comumente público.

Dentro da amostra obtida, apenas 14 casos identificados se preocuparam em motivar diretamente a decisão a partir da LGPD, a qual pode representar um desafio para interpretação judicial, sobretudo quando conjugado com outras legislações que igualmente se propõe a proteger os dados pessoais no âmbito das relações econômicas, como nas relações de consumo e no âmbito virtual – referências ao Código de Defesa do Consumidor e ao Marco Civil da Internet.

**Gráfico 2.** *Fundamentos jurídicos mais frequentes, a partir do número de decisões em que a LGPD foi citada (98 sentenças)*




Fonte: elaborado pelos autores.

Em pedidos de indenização por danos morais baseados na LGPD, mostrou-se comum a ausência de comprovação de dano pela parte autora da relação processual, de sorte que este fundamento central foi o mais utilizado. Ainda que a LGPD tenha sido mobilizada para fundamentar os pedidos, a mera citação da norma não foi suficiente para influenciar o livre

[5] Pode-se afirmar, portanto, que o mero vazamento não é elemento suficiente para a caracterização de dano moral. Não houve reconhecimento de dano presumido (*in re ipsa*).

convencimento dos juízes, sendo essencial a comprovação de dano efetivo. Observa-se a recorrência da ausência de comprovação de dano, o que afastou qualquer tipo de condenação no julgamento.

Todavia, outros casos chamaram atenção sobre a discussão da motivação da base legal que autorizaria o tratamento de dados, sobretudo no que diz respeito à proteção ao crédito. Tal dispositivo reforça o cuidado de proteger os dados pessoais nas situações de transações e cobras de débitos. Neste sentido, prevalece toda uma sistemática de proteção, seja via o exercício regular de direitos em processo de cobranças judiciais ou na construção de bancos de dados de pagadores. Esta informação é corroborada pelo gráfico 1, que também reforça a existência de um vetor estatístico relevante de judicialização do tratamento de dados pessoais com o objetivo de aumentar a proteção ao crédito.

Na sequência, destacam-se casos envolvendo vazamentos de dados não cobertos por sigilo, o que se releva tormentoso na discussão da indenização. Prevalece uma divergência em relação a mera exposição de dados vis-à-vis comprovação de efetivo dano sofrido pelos autores. No art. 42 da LGPD, há a regra explícita: o agente que, em razão do exercício de atividade de tratamento de dados pessoais, causar dano a outrem, é obrigado a repará-lo. Este é o argumento normativo principal para a filiação majoritária dos juízes à segunda corrente doutrinária.

Destaca-se o fundamento do processo 1025226-41.2020.8.26.0405. A sentença negou o direito à indenização por danos morais à autora que não comprovou o efetivo dano diante da exposição dos dados. Segundo a autoridade, "observa-se que a parte autora informa genericamente que sofreu abalos psicológicos pelo vazamento de seus dados, não havendo, todavia, demonstração alguma de que, após a invasão, tais dados foram utilizados de forma indevida, o que poderia lhe acarretar transtornos. Nenhuma fraude foi praticada em seu desfavor. Não demonstrou que eventuais e-mails indesejados e ligações de empresas tenham relação com o vazamento de dados, até porque, muito comum recebê-los sem o referido vazamento".

Houve casos em que a comprovação de dano efetivo motivou a incidência de condenação por danos morais, de sorte que a parte obteve o êxito fático em suportar o ônus probatório. Entretanto, constatou-se certa dificuldade em provar a existência de relações jurídicas consumeristas.

Registrou-se condenação de obrigação de fazer em razão de captação ilícita de dados por funcionários, os quais os utilizavam para realizar atividades profissionais paralelas. Em um caso, a empresa não foi capaz de citar em juízo a base legal de seu tratamento, o que revela a necessidade de setores de privacidade de agentes econômicos dessa natureza apontarem, no

cotidiano de suas atividades de tratamento de dados pessoais, a base legal correta que autoriza tal operação.

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo e a proteção dos dados pessoais exige em grande medida observar como as autoridades estão aplicando a legislação protetiva. Neste caso, observou-se, de forma exploratória, que no Judiciário paulista, na primeira instância, na amostra construída, a preponderância da discussão da LGDP acontece em controvérsias consumeristas, envolvendo litígios individuais entre consumidor pessoa física e empresas fornecedores de serviços e bens.

Constatou-se que a própria LGPD não é recorrentemente mobilizada como argumento principal para a decisão considerando a própria existência de outras legislações já consagradas na sociedade, como o próprio CDC ou Marco Civil da Internet. Diante da novidade e complexidade dos dispositivos da LGPD, considerando o ônus argumentativo, tal legislação exige uma maior compreensão por parte das autoridades judiciárias para aplicarem a contento.

Em relação às temáticas mobilizadas no Judiciário, destaca-se o debate da proteção do crédito, o que revela uma preocupação da violação de dados nas transações e cobranças de dados, além da discussão sobre a existência de danos morais nos casos de vazamento de dados, o que exige ponderar sobre os efetivos danos provocados na sociedade.

A existência de arquivos de crédito, próprios do sistema de credit scoring, revela a junção de dados pessoais de consumidores, com o objetivo de aumentar as informações disponíveis aos credores em seus processos de análise de crédito. Vale observar que esta atividade é protegida pela LGPD, em seu art. 7º, inciso X. Todavia, é possível que essa atividade seja operada sem levar em conta as disposições constantes das normas de proteção de dados pessoais, a partir da ocorrência, por exemplo, de vazamentos e de danos efetivos aos titulares, como a divulgação ampla de dados falsos sobre o perfil de pagador, renda mensal, patrimônio pessoal, histórico de consumo, entre outros insumos relevantes para a atividade de proteção ao crédito. Por outro lado, no âmbito reduzido da amostra coletada, não se verificou a existência estatística relevante de vazamentos e de dados a titulares. Restou evidente a mobilização insuficiente da LGPD por pessoas físicas, majoritariamente contra pessoas jurídicas de direito privado.

Nessa esteira, a aplicação judicial da LGPD revelou-se superficial, sem a devida compreensão acerca do manuseio dogmático de seus institutos. Além de ser norma extremamente recente, com eficácia jurídica igualmente inédita no ordenamento, deve-se ter

em mente a sua complexidade, na medida em que se qualifica por forte carga de interdisciplinaridade. A discussão sobre a proteção de dados pessoais, antes de ser unicamente jurídica, é preocupação própria de áreas do conhecimento como a Tecnologia da Informação e a Segurança Cibernética, o que dificulta o seu manuseio por operadores situados nos limites da capacidade operativa do sistema jurídico, cujas dificuldades, em nítida expressão luhmanniana de déficit cognitivo, impedem a superação de uma lente analítica estritamente jurídico-formal. Ao a aplicação jurisprudencial de uma norma de tal natureza, evidencia-se a dificuldade em operar conceitos estranhos à própria ciência jurídica.

No final, a LGPD promove importante mudança geracional nas condutas econômicas, considerando a importância na defesa dos dados pessoais. Entretanto, esta mudança apenas ocorrerá na medida em que a legislação for internalizada nas práticas das empresas.

## 7. REFERÊNCIAS


ALMEIDA, B. A. et al. Preservação da privacidade no enfrentamento da COVID-19: Dados pessoais e a pandemia global. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 25, p. 1, 2020.

BAGNOLI, Vicente. The Big Data Revelant Market. **Concorrenza & Mercato**, v.23, 2016.

BERCOVICI, Gilberto. Constituição e Política: uma relação difícil. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, São Paulo, n. 61, p. 5-24, 2004.

COPETTI; Rafael. Autodeterminação informativa e proteção de dados: uma análise crítica da jurisprudência brasileira. **Revista de Direito, Governança e Novas Tecnologias**, Minas Gerais, v. 1, n. 2, p. 28-48, Jul/Dez. 2015.

COYLE, D. et. al. Unlocking Digital Competition. **Report of the Digital Competition Expert Panel**: Reino Unido 2019. Disponível em < https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/785547/unlocking_digital_competition_furman_review_web.pdf >.

EDELMAN, Lauren. **Working Law**: Courts, Corporations, and Symbolic Civil Rights. Chicago, IL: University of Chicago Press, 2016.

FANCHINETTI, Aline; DALL'AGNESE, Luisa Abreu. A complexidade da definição dos agentes de tratamento no setor de serviços. In SOMBRA, Thiago Luís; CASTELLANO, Ana Carolina (org.) **Proteção de Dados e Experiências Setoriais**. São Paulo: Jota, 2021, p. 73-85

FERNANDES, Márcio Aurélio de Souza et al. Impactos da Lei de Proteção de Dados (LGPD) brasileira no uso da Computação em Nuvem. **Revista Ibérica de Sistemas e Tecnologias de Informação**, Portugal, v. 42, p. 374–385, 2021.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica**. Atlas: São Paulo, Data. 2015.

FIDELIS, A. Data-driven mergers: a call for further integration of dynamics effects into competition, **Revista de Defesa da Concorrência,** v.5, n.2, 2017.

FRAZÃO, Ana. Direitos básicos dos titulares de dados pessoais. **Revista do Advogado**, v.144, 2019, p. 33–46**.**

GARDBAUM, Stephen. The "Horizontal Effect" of Constitutional Rights. **Michigan Law Review**, Michigan, v. 102, n. 3, p. 387-459, 2003.

HAWRYLISZYN, Larissa Oliveira; COELHO, Natalia Gavioli Souza Campos; BARJA, Paulo Roxo. Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD): o desafio de sua implementação para a saúde. **Revista Univap**, [s. l.], v. 27, n. 54, 2021.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **População do Estado de São Paulo**. Disponível em: https://cidades.ibge.gov.br/brasil/sp/panorama. Acesso em: 23 set. 2022.

KRÜGER, Cristiane et al. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais: uma análise dos determinantes junto aos profissionais de Contabilidade. **Revista Catarinense de Ciência Contábil**, [s.l], v. 20, e3220, p. 1-19, 2021.

LAUREANO, Júlio Cesar; BENFATTI, Fabio Fernandes Neves. A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e os impactos nos serviços notariais e registrais brasileiros: uma análise a partir da proteção de valores e princípios constitucionais. **Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais**, [s.l], v. 7, n. 2, p. 88-106, Jul/Dez. 2021.

LIMA, Francisco Gérson Marques de. A sociologia constitucional como instrumento investigativo de desvelo das maquiagens da jurisdição constitucional. **Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC**, Ceará, v. 1, p. 51-68, 2008.

MENDES, Laura Schertel**. Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor**. Saraiva: São Paulo, 2014.

MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo. Reflexões iniciais sobre a nova Lei Geral de Proteção de Dados. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 120, 2018, p. 469-483.

PERES, Marilia de Moraes; SIMÃO FILHO, Adalberto. Credit scoring e a proteção de dados pessoais. **Direito e Desenvolvimento**, Paraíba, v. 12, n. 1, p. 49-63, 29 jul. 2021.

POSNER, E., WEYL, G. **Radical Markets**: Uprooting Capitalism and Democracy for a Just Society, Princeton University Press, 2018.

REIMANN PATZ, Stéfani; COVATTI PIAIA, Thami. Vigilância, perfilamento e tratamento de dados pessoais no contexto do controle migratório. **Revista Direito Público**, [S. l.], v. 18, n. 100, 2022.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

SCHWAITZER, Lenora de Beaurepaire da Silva. LGPD e acervos históricos: impactos e perspectivas. **Archeion Online**, Paraíba, n. 2, p. 36-51, out./dez. 2020.

SCOTT MORTON, F. et al. **Committee for the Study of Digital Platforms Market Structure and Antitrust Subcommittee**. Report: Estados Unidos, 2019.

TIROLE, Jean. **Economia do bem comum**. Editora Jorge Zahar: Rio de Janeiro, 2020.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. O desenvolvimento dos estudos sociojurídicos: da cacofonia à construção de um campo de pesquisa interdisciplinar. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 113, p. 251-292, jan./dez. 2018.

WALDMAN, Ari Ezra. **Industry Unbound**: the inside story of privacy, data, and corporate power. Cambridge: Cambridge University Press, 2021.

WU, Tim. **The Attention Merchants**: The Epic Scramble To Get Inside Our Heads. London: Atlantic Books, 2016.

ZUBOFF, Shoshana. **The Age of Surveillance Capitalism**: The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power. New York. Public Affairs, 2019.