

COMO UM PEQUENO NEGÓCIO PODE SE ADEQUAR À LGPD E AO MESMO TEMPO GARANTIR A COMPETITIVIDADE E A INOVAÇÃO?



*Diego Ramos Cardoso de Almeida,
Flávio Henrique Unes Pereira e Rafael da Silva Alvim*

INTRODUÇÃO

Dentre os diversos aspectos da Lei n. 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD) que reclamam regulamentação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), de sorte a melhor definir contornos, requisitos, obrigações a serem cumpridas pelos agentes de tratamento, destaca-se a previsão do art. 55-J, XVIII, que, em breve síntese, atribui à ANPD o dever de editar “normas, orientações e procedimentos simplificados e diferenciados” para que os chamados Agentes de Tratamento de Pequeno Porte¹ (ATPPs) possam se adequar à Lei.

De fato, em janeiro de 2021, a ANPD tornou pública a sua agenda regulatória para o biênio 2021-2022 (por meio da Portaria n. 11/2021), incluindo na Fase 1 (isto é, no grupo de iniciativas da agenda regulatória com início do processo regulatório previsto para até 1 ano) a edição de Resolução para disciplinar a aplicação da LGPD para os ATPPs. Até a data de publicação do presente estudo, encontra-se em curso o prazo para envio de contribuições para consulta pública sobre a minuta da norma a ser editada pela Autoridade².

Com relação à audiência pública a respeito do assunto, os números sobre a participação social evidenciam a importância superlativa do tema em debate para a sociedade civil: de acordo com a ANPD, durante as 13 horas e 40 minutos de transmissão, houve 3.800 espectadores únicos e 94 manifestações orais. Considerado esse contexto, o escopo do presente trabalho é o de apresentar algumas propostas para o regime simplificado de aplicação da LGPD para os ATPPs, todas voltadas à conformação de um ambiente que viabilize a competitividade e a inovação³, sob a ótica do tratamento de dados pessoais, aos Agentes de Pequeno Porte.

NORMAS E PROCEDIMENTOS SIMPLIFICADOS DE APLICAÇÃO DA LGPD PARA AGENTES DE TRATAMENTO DE PEQUENO PORTE: PROPOSTAS RUMO AO FOMENTO DA COMPETITIVIDADE E DA INOVAÇÃO

- ✓ EXCEÇÃO AO REGIME SIMPLIFICADO: VINCULAÇÃO ENTRE LARGA ESCALA DE TRATAMENTO DE DADOS E ALTO RISCO

No campo das medidas de flexibilização previstas pela minuta de Resolução publicada pela Autoridade Nacional, um dos aspectos que, logo de início, chama a atenção, é a disciplina da exceção: isso é, a proposta da ANPD indicou quais, dentre os ATPPs, não poderiam se valer das dispensas e das flexibilizações de obrigações previstas pela norma. Referiu-se, nesse sentido, aos agentes “que realizem tratamento de alto risco e em larga escala (...)”.

Vale destacar que, de acordo com a minuta, tratamento de alto risco é aquele que envolva, em síntese, (i) dados sensíveis ou de grupos vulneráveis; (ii) vigilância ou controle de zonas acessíveis ao público; (iii) uso de tecnologias emergentes, que possam ocasionar danos materiais ou morais aos titulares (como discriminação e fraudes financeiras); ou (iv) tratamento automatizado de dados pessoais que afete os interesses dos titulares (como formação de perfil pessoal ou de consumo). Por outro lado, o tratamento de larga escala é o que atinja um número significativo de titulares, considerado o volume de dados envolvidos, além da duração, frequência e extensão geográfica do tratamento.

Portanto, um primeiro ponto de atenção, crucial para que sejam definidos os *players* que não poderão se valer do regime diferenciado e tratar dados sob regras simplificadas – e, em alguns casos, ser dispensados do cumprimento de obrigações previstas na LGPD – reside no risco da *cumulação* de requisitos (tratamento de alto risco e em larga escala). Nesse contexto, identificar com precisão as exceções ao tratamento diferenciado é não apenas um aspecto fundamental da preservação da competitividade entre os Agentes de Tratamento, mas, sobretudo, medida decisiva para a proteção de direitos dos titulares de dados pessoais.

Cabe recordar que o volume do tratamento é um dos critérios que compõem a aferição do alto risco e não um fator externo ao próprio risco. A propósito, há atividades de tratamento de dados que, mesmo executadas em pequena dimensão, podem gerar altíssimo risco a direitos e liberdades dos titulares. A propósito, na metodologia ISO 31000 e COSO 2017, o risco é calculado pela relação entre impacto e probabilidade de sua ocorrência. Isto é: danos à privacidade do titular são mais prováveis e mais impactantes quando o tratamento seja realizado em larga escala, mas isso não é pré-requisito para o risco. É possível, como afirmamos, haver tratamento em baixo volume que seja de alto risco, como, por exemplo, o que envolva dados de exames médicos ou dados relativos a segredos e intimidades do titular.

✓ O CARÁTER PRECIPUAMENTE EDUCATIVO DO REGIME SIMPLIFICADO DE APLICAÇÃO DA LGPD A AGENTES DE PEQUENO PORTE

Outro aspecto importante – aliás, revelado em diversos dispositivos da minuta de Resolução proposta pela ANPD⁴ – do regime diferenciado de aplicação da LGPD para os ATPPs é seu caráter eminentemente educativo.

É dizer: considerado o âmbito nacional de aplicação da LGPD e a vasta heterogeneidade de modelos de negócio que implicam o tratamento de dados pessoais, os quais se espalham por todo o território brasileiro, naturalmente os esforços da Autoridade devem se direcionar – nesse momento – mais à sensibilização e à conscientização (ou seja, ao aculturamento) dos ATPPs do que à intensificação de sua atividade fiscalizatória, com a consequente ação punitiva.

Confira-se, a propósito, o que lecionam Paula Marques Rodrigues e Alessandra Borelli Vieira⁵ sobre o tema:

Como se sabe, o Brasil é um país que não tem incutida em sua cultura a proteção à privacidade, o que torna mais dificultoso o processo de conscientização, daí a importância da própria Autoridade Nacional de Proteção de Dados ter entre suas competências o papel de, inclusive, promover na população o conhecimento das normas e das políticas públicas sobre proteção de dados pessoais e das medidas de segurança.

Entretanto, é de boa técnica regulatória que o texto normativo contemple uma cláusula geral, como, por exemplo, a previsão de que um dos fundamentos do regime de aplicação diferenciada da LGPD para ATPPs é a presunção de boa-fé dos Agentes de Pequeno Porte⁶ e, mais do que disso, o caráter precipuamente educativo da regulamentação.

Diversos dispositivos da proposta de regulamentação apresentada pela ANPD fazem menção à expedição de guias orientativos pela Autoridade; entretanto, como se sabe, o caráter educativo do tratamento diferenciado não se limita à edição de guias, manuais e orientações: vai além, justificando – por exemplo – o oferecimento de prazo para que sejam sanadas eventuais irregularidades apuradas em ação de fiscalização (após o qual serão, naturalmente, adotadas medidas capazes de interferir de modo mais grave na esfera de direitos do ATPP).

Ainda nesse particular, cabe ressaltar que, em determinados negócios nos quais o Agente de Pequeno Porte executa diversas tarefas próprias de sua operação comercial, não é factível presumir que ele terá o tempo e a dedicação necessários para acompanhar os guias e manuais emitidos pela ANPD, e nem que terá um corpo jurídico dedicado a fazê-lo. Portanto, o learning by doing, por meio de ações nas quais ele tenha possibilidade de sanar as irregularidades, é um método mais eficiente para se atingir aderência à LGPD.

Vale destacar, a propósito, que adequação à LGPD não é, de modo geral, um processo simples ou fácil. Na lição de Patricia Peck Pinheiro⁷,

Atender aos requisitos da LGPD exige adequação dos processos de governança corporativa, com implementação de um programa mais consistente de compliance digital, o que demanda investimento, atualização de ferramentas de segurança de dados, revisão documental, melhoria de procedimentos e fluxos internos e externos de dados pessoais, com aplicação de mecanismos de controle e trilhas de auditoria e, acima de tudo, mudança de cultura.

Outro aspecto relevante da previsão de uma cláusula geral que contemple a atuação preferencialmente educativa da Autoridade Nacional reside em que normas dessa natureza têm o condão de orientar o olhar do intérprete da norma (notadamente a própria Autoridade, mas o Poder Judiciário) na tomada de decisões a respeito de situações contenciosas envolvendo ATPPs.

✓ A ATUAÇÃO SANCIONADORA DA ANPD COM RELAÇÃO AOS AGENTES DE PEQUENO PORTE

Embora o regulamento próprio sobre sanções administrativas cominadas a infrações da LGPD (e, também, sobre metodologias de cálculo para apuração do valor-base das sanções de multa), previsto pelo art. 53 da Lei Geral de Proteção de Dados, conste da já mencionada agenda regulatória da ANPD (tendo sido também incluído na Fase 1), seria oportuno haver, desde logo, na disciplina do regime diferenciado para os ATPPs, normas a respeito do regime sancionador envolvendo tais Agentes.

Muito mais do que o conteúdo da multa ou da dosimetria, estar-se-ia propondo, desse modo, quais os procedimentos a serem seguidos pela ANPD no bojo de processos administrativos sancionadores, de modo que fossem seriamente consideradas as nítidas diferenças existentes entre os Agentes de Tratamento de Pequeno Porte – tais como, por exemplo, um microempreendedor individual – e os agentes de tratamento sujeitos ao regime geral da LGPD.

Imagem: AdobeStock.com

É importante estabelecer uma etapa prévia, que decorre do caráter precipuamente educativo do regime simplificado. Isso é: identificada alguma irregularidade, o ATPP deve primeiro ser provocado para que a regularize, e, somente constatada a sua inércia, estaria a Autoridade habilitada a seguir com a imposição de advertência e de sanções subsequentes (mais graves).



Outro aspecto importante é prever, na linha do que estabelece o art. 26 da própria Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB)⁸, a possibilidade de celebração de termo de compromisso com os eventuais infratores: desse modo, ao invés de se recorrer à sanção, as irregularidades poderiam ser corrigidas a partir da celebração de um termo, o que iria, seguramente, favorecer a segurança jurídica e o viés pedagógico.

Portanto, ainda que a agenda regulatória da ANPD contenha previsão de tratar especificamente de sanções, é oportuno que haja, desde logo, um tratamento relativo aos pequenos empreendedores nesse regime simplificado.

CONCLUSÃO

Como se sabe, são fundamentos da própria disciplina da proteção de dados pessoais o desenvolvimento econômico e tecnológico, a inovação, a livre iniciativa e a livre concorrência (art. 2º, V e VI, da LGPD). Estabelecer um regime de aplicação da Lei Geral de Proteção de Dados para Agentes de Tratamento de Pequeno Porte, contemplando, nos termos da Lei, normas, orientações e procedimentos simplificados, envolve analisar prospectivamente os impactos que a nova regulação pode causar no ambiente econômico, de sorte a garantir que o regramento da proteção de dados pessoais no Brasil viabilize o livre desenvolvimento da atividade econômica, a competitividade, e, evidentemente, a proteção efetiva dos direitos dos titulares de dados pessoais. Esses são elementos que, longe de serem contrapostos⁹, devem ser otimizados na maior medida possível pela regulação do tema.

O presente trabalho buscou trazer algumas propostas a respeito de como deve se dar o regime diferenciado de aplicação da LGPD para os ATPPs, lançando luzes sobre alguns aspectos relevantes desse tratamento específico – decorrente, aliás, da própria Constituição Federal¹⁰ –, com a sugestão do que, em nosso ponto de vista, se revela o melhor caminho a ser trilhado pela regulamentação da ANPD. O enfoque central é a preocupação com a conformação de um ambiente de negócios, de inovação e de competição eficiente.

Definir, com precisão, que circunstâncias justificam a exceção à aplicação do regime diferenciado, evidenciar o caráter precipuamente orientador e pedagógico da ANPD ao endereçar possíveis infrações à legislação de proteção de dados e, mais do que isso, prever regras também diferenciadas a respeito do processo administrativo sancionador envolvendo Agentes de Tratamento de Pequeno Porte são providências imprescindíveis à consecução da eficiência no ecossistema da proteção de dados, aliando segurança jurídica, proteção dos direitos dos titulares, e, bem assim, a inovação e a competitividade dos pequenos negócios.



Diego Ramos Cardoso de Almeida

Encarregado de Proteção de Dados Pessoais do SEBRAE NA, Especialista em Cibersegurança e Governança de TI, DPO - Data Protection Officer certificado pelo instituto EXIN e Engenheiro de computação.



Flávio Henrique Unes Pereira

Doutor e Mestre pela UFMG. Presidente da Comissão Especial de Proteção de Dados da OAB-Federal. Sócio de Silveira e Unes Advogados.



Rafael da Silva Alvim

Especialista em Direito Administrativo pelo IDP. Membro da Comissão de Proteção de Dados da OAB/DF. Sócio de Silveira e Unes Advogados.



NOTAS E REFERÊNCIAS

- 1** De acordo com a proposta de Resolução da ANPD, inserem-se no conceito de ATPP “microempresas, empresas de pequeno porte, startups e pessoas jurídicas sem fins lucrativos, que tratam dados pessoais, e pessoas naturais e entes despersonalizados que realizam tratamento de dados pessoais, assumindo obrigações típicas de controlador ou de operador”.
- 2** Cabe ressaltar que, apenas dois dias depois da publicação de sua agenda regulatória, ainda em janeiro de 2021, a ANPD iniciou a tomada de subsídios sobre a regulamentação do tema da aplicação da LGPD para os ATPPs.
- 3** É interessante, no ponto, destacar breve trecho da Nota Técnica n. 1/2021/CGN/ANPD: “(...) em função do disposto no art. 55-J, XVIII, reconhece-se, aqui, que reduzir a carga regulatória e estimular a inovação são fatores fundamentais para o desenvolvimento das microempresas e empresas de pequeno porte e, conseqüentemente, o desenvolvimento do país. Nesse sentido, destacam-se dois princípios que norteiam a Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019 (Lei de Liberdade Econômica): a liberdade como garantia no exercício de atividades econômicas e a intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas.”
- 4** Mencione-se, por exemplo, os arts. 3º, § 4º (guias e orientações que auxiliem os ATPPs a avaliar se realizam tratamento com alto risco e em larga escala); 14, parágrafo único (guita orientativo sobre segurança de informação para ATPPs); e 17 (guias orientativos da aplicação da LGPD para ATPPs) da minuta publicada pela Autoridade Nacional.
- 5** In Educação como um dos pilares para a conformidade. In OPICE BLUM, Renato (org.). Proteção de dados: desafios e soluções na adequação à lei. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 15.
- 6** Disposição semelhante consta da Lei n. 13.874/2019 (conhecida como Lei de Liberdade Econômica), cujo art. 2º, II, dispõe que um de seus princípios é “a boa-fé do particular perante o poder público”.
- 7** PINHEIRO, Patrícia Peck. Proteção de dados pessoais: comentários à Lei n. 13.709/2018. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.
- 8** “Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial.”

- 9** “Tal visão é alimentada por argumentos de que a regulação jurídica é desnecessária, pois os usuários já receberiam contrapartidas adequadas pelos seus dados, ou mesmo prejudicial à economia, partindo da premissa de que haveria um verdadeiro trade-off entre inovação e privacidade, de forma que a violação desta última seria o preço a pagar ou o mal necessário para o progresso tecnológico e os novos serviços que daí decorrem. Já se observa, nesse tipo de argumentação, forte viés utilitarista, a partir do qual se sustenta a possibilidade de que, em nome da inovação, seja possível o sacrifício de direitos fundamentais elementares.” (FRAZÃO, Ana. Objetivos e alcance da Lei Geral de Proteção de Dados. In FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato (coords.). Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no direito brasileiro. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 110
- 10** “Art. 179. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.”