

Pequenas empresas, grandes problemas: A ANPD e a proposta de regulamentação da LGPD para os agentes de tratamento de pequeno porte.

Em 30 de agosto de 2021 a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) abriu consulta pública sobre norma de aplicação da Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 - Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) para microempresas e empresas de pequeno porte¹.

A consulta pública foi disponibilizada na plataforma “Participa + Brasil”² por 45 dias e recebeu mais de 1.200 contribuições, contando ainda com Audiência Pública³ com mais de 130 expositores cadastrados.

A minuta de resolução apresentada tem como objetivo regulamentar a aplicação da LGPD para microempresas e empresas de pequeno porte, bem como para iniciativas empresariais de caráter incremental ou disruptivo que se autodeclarem startups ou empresas de inovação, nos termos do art. 55-J, inciso XVIII da referida Lei.

A postura da Autoridade em submeter a proposta de regulamentação ao debate e escrutínio público é louvável e deve ser celebrada, na medida em que contribui para que o texto final seja o mais técnico, democrático e plural, levando em conta dos direitos, princípios, valores e interesses envolvidos.

Além disso, mostra-se acertada a postura de trazer orientações e procedimentos simplificados e diferenciados para determinados setores, o que, aliás, decorre de direta autorização legislativa inscrita no inciso XVIII⁴ do Art. 55-J da LGPD, gerando verdadeiro estímulo à inovação e ao desenvolvimento econômico no país.

No entanto, da leitura da minuta apresentada, identificamos alguns pontos que, em nosso entendimento, revelam-se potencialmente violadores dos próprios

¹ Disponível em <https://www.gov.br/anpd/pt-br/assuntos/noticias/anpd-abre-consulta-publica-e-inscricoes-para-audiencia-publica-sobre-norma-de-aplicacao-da-lgpd-para-microempresas-e-empresas-de-pequeno-porte> . Acesso em 23 set. 2021.

² “Assim sendo, a ANPD, seguindo o disposto no art. 55-J, § 2º da LGPD e no art. 6º, § 1º e no art. 51, inc. V e parágrafo único de seu Regimento Interno, bem como buscando uma participação social mais efetiva, entende que a consulta pública deste normativo é essencial para coletar contribuições da sociedade no que tange à aplicação da LGPD para microempresas e empresas de pequeno porte, bem como iniciativas empresariais de caráter incremental ou disruptivo que se autodeclarem startups ou empresas de inovação e pessoas físicas que tratam dados pessoais com fins econômicos.” Disponível em <https://www.gov.br/participamaisbrasil/minuta-de-resolucao-para-aplicacao-da-lgpd-para-microempresas-e-empresas-de-pequeno-porte-> . Acesso em 23 set. 2021.

³ A íntegra de todas as contribuições pode ser visualizada pela plataforma Youtube, na conta oficial da ANPD disponível em <https://www.youtube.com/channel/UCDqacQvXpk4VU9MEQvPTekg> . Acesso em 23 set. 2021.

⁴ Art. 55-J. Compete à ANPD: XVIII - editar normas, orientações e procedimentos simplificados e diferenciados, inclusive quanto aos prazos, para que microempresas e empresas de pequeno porte, bem como iniciativas empresariais de caráter incremental ou disruptivo que se autodeclarem startups ou empresas de inovação, possam adequar-se a esta Lei;

fundamentos da proteção de dados pessoais inscritos na LGPD (Art. 2º), aos direitos fundamentais (Art. 5º, X - CF) e à dignidade da pessoa humana, fundamento da República previsto no Art. 1º, III da Carta Política de 1988.

Pretendemos com o presente artigo trazer críticas aos Arts. 3º. *caput* e 13º, eis que diretamente relacionados pelo próprio texto. Consta desta forma na redação da proposta de regulamento através da análise da plataforma “Participa + Brasil”⁵:

*“Art. 3º. A dispensa e a flexibilização das obrigações previstas nesta resolução não são aplicáveis a agentes de tratamento de pequeno porte que **realizem tratamento de alto risco e em larga escala para os titulares**, ressalvada a hipótese prevista no art. 13, Parágrafo único”.*

*“Art. 13º. Os agentes de tratamento de **pequeno porte** não são obrigados a indicar o encarregado pelo tratamento de dados pessoais exigido no art. 41 da LGPD.*

Parágrafo único. O agente de tratamento de pequeno porte que não indicar um encarregado deve disponibilizar um canal de comunicação com o titular de dados.”

O primeiro ponto digno de atenção consiste na adoção de dois critérios em conjunto para que não haja a dispensa e a flexibilização das obrigações previstas na resolução, qual seja, que o agente de tratamento de dados pessoais realize tratamento 1) *de alto risco para os titulares* e 2) este tratamento ocorra em *larga escala*.

Ou seja, caso o agente de tratamento se valha de atividade de altíssimo risco aos titulares envolvidos, tal situação, por si só, não bastará para que o agente se beneficie de regras diferenciadas e simplificadas, como a indicação de um Encarregado pela Proteção de Dados Pessoais, manutenção de registro de suas operações de tratamento, Relatório de Impacto à Proteção de Dados Pessoais simplificado etc.

É curioso notar que, conforme Processo nº. 00261.000054/2021-37⁶, a primeira minuta preliminar elaborada pela ANPD adotava redação distinta para o Art.

⁵ Disponível em <https://www.gov.br/participamaisbrasil/minuta-de-resolucao-para-aplicacao-da-lgpd-para-microempresas-e-empresas-de-pequeno-porte->. Acesso em 23 set. 2021.

⁶ PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA - PR/ANPD/DIR/AS/ANPD - VOTO nº 13/2021/ANPD/AS/DIR/ANPD/PROTOCOLO/PR. INTERESSADO: Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD). DIRETOR ARTHUR PEREIRA SABBAT. 1. ASSUNTO 1.1. Regulamentação relativa à aplicação da Lei no 13.709, de 14 de agosto de 2018, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), para agentes de tratamento de pequeno porte. 2. EMENTA 2.1. VALIAÇÃO DA MINUTA DE RESOLUÇÃO QUE REGULAMENTA A APLICAÇÃO DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS (LGPD), PARA AGENTES DE TRATAMENTO DE PEQUENO PORTE. 2.1.1. Análise dos dispositivos da minuta apresentada e proposta de alteração ou supressão de alguns dispositivos; 2.1.2. Avaliação da Análise de Impacto Regulatório, elaborada nos termos do § 2º do Art. 55-J da LGPD e do Art. 62, §1º do Regimento Interno da ANPD; 2.1.3. Voto pela submissão da minuta de resolução, após sua aprovação pelo Conselho Diretor, à consulta pública pelo prazo de 30 (trinta) e realização de audiência pública, em atendimento ao comando extraído do Art. 62 do Regimento Interno da ANPD; 2.1.4. Votação por meio de circuito deliberativo, nos termos do § 1º do art. 40 do Regimento Interno da ANPD, observada a redução de prazo prevista no artigo 41, em seu § 1º.

3º, pois não contemplava a cumulação dos dois critérios (*alto risco e larga escala*), limitando-se a trazer exclusivamente o critério do risco, como se vê do texto que acabou modificado:

“Art. 3º Conforme orientação a ser divulgada pela ANPD, a dispensa e a flexibilização das obrigações previstas nesta resolução não são aplicáveis a agentes de tratamento de pequeno porte que realizem tratamento de alto risco para os titulares”⁷.

De acordo com a redação final do Art. 3º constante da proposta levada à contribuição pública, uma empresa que lide com banco de dados repleto de dados sensíveis de crianças portadoras de doenças raras poderá se valer das regras simplificadas, mesmo diante de uma atividade-fim com altíssimo potencial danoso e discriminatório para os titulares envolvidos.

Ora, é cediço que quando o agente se vê diante de dado sensível⁸ com alto potencial danoso e decide pela realização do tratamento, há uma verdadeira *“exigência de uma proteção especial”*⁹. Bruno Bioni defende ainda a necessidade de uma abordagem que não olhe necessariamente para o porte ou o tamanho do agente de tratamento de dados, mas para a atividade de tratamento de dados em si, exemplificando sua assertiva:

“empresa nascente de tecnologia, com apenas cinco colaboradores, que fornece uma solução de inteligência artificial para automatizar diagnósticos e prognósticos na área de oncologia. Para tanto, é necessário manipular um grande volume de dados sensíveis de pacientes de uma série

⁷ Conforme trecho do voto do relator, aprovado pela diretoria da ANPD: “4.16. Aqui se propõem três alterações. a primeira, retirar o trecho “Conforme orientação a ser divulgada pela ANPD”, tendo em vista já constar essa previsão no § 4º do art. 3º. 4.17. A segunda, consiste em acrescentar algo que parece, pela abordagem no decorrer da norma, um segundo critério, além do tratamento de alto risco, e cumulativo a esse, capaz de excluir, da dispensa e da flexibilização previstas na norma, os agentes de pequeno porte; trata-se do tratamento de dados em larga escala. 4.18. A terceira reside em acrescentar, ao final do artigo, o trecho “ressalvada a hipótese prevista no art. 13, Parágrafo único”. Justifica-se o acréscimo uma vez que, como a redação original do art. 3º especifica que a norma não se aplica aos agentes que realizem tratamento de alto risco e o art. 13 da mesma resolução trata de uma dispensa que vale inclusive para os que realizam esse tipo de tratamento, julga-se que o trecho em adição torna a ideia mais clara. 4.19. Desse modo, propõe-se a seguinte redação para o mencionado artigo: “Art. 3º A dispensa e a flexibilização das obrigações previstas nesta resolução não são aplicáveis a agentes de tratamento de pequeno porte que realizem tratamento de alto risco e em larga escala para os titulares, ressalvada a hipótese prevista no art. 13, Parágrafo único”.”

⁸ Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se: I - dado pessoal: informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável; II - dado pessoal sensível: dado pessoal 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;

⁹ “No que toca aos dados sensíveis, reafirma-se a exigência de uma proteção especial alicerçada no princípio da dignidade da pessoa humana, cuja fundamentalidade ainda radica e sustenta a própria ideia contemporânea de democracia e o atual molde de Estado de Direito”. RUARO, Regina Linden; SARLET, Gabrielle Bezerra Sales. O DIREITO FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO DE DADOS SENSÍVEIS NO SISTEMA NORMATIVO BRASILEIRO: UMA ANÁLISE ACERCA DAS HIPÓTESES DE TRATAMENTO E DA OBRIGATORIEDADE DO CONSENTIMENTO LIVRE, ESCLARECIDO E INFORMADO SOB O ENFOQUE DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS (LGPD) – LEI 13.709/2018. In MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo, SARLET, Ingo Wolfgang. RODRIGUES JR, Otavio Luiz; BIONI, Bruno. Tratado de proteção de dados pessoais. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

de hospitais e laboratórios. Tal atividade de tratamento de dados é mais arriscada do que aquela praticada por uma grande rede de supermercados, com mais de quinhentos colaboradores, que não tem sequer um programa de fidelidade dos seus consumidores.”¹⁰

Nota-se ainda que a própria Autoridade reconhece que, quando diante de dados sensíveis, o agente de tratamento se depara com *“regras mais rigorosas para o seu tratamento”*, conforme disposto no Guia Orientativo sobre Segurança da Informação para Agentes de Tratamento de Pequeno Porte¹¹ de outubro de 2021.

O segundo ponto da minuta a ser criticado está no Art. 13 da minuta, quando assevera estarem os agentes de tratamento de pequeno porte desobrigados a indicar o encarregado pelo tratamento de dados pessoais¹². Os agentes de tratamento de pequeno porte são definidos pela minuta como *“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”*, conforme Art. 2º, IV.

Em primeira análise, peca a regulamentação proposta pela criação de um espectro de abrangência excessivamente alargado e vago daquilo que poderá se entender como *“pequeno porte”*. Por exemplo, de acordo com a Lei Complementar 182 de 1º de junho de 2021, as *startups*, organizações empresariais ou societárias, nascentes ou em operação recente, com receita bruta de até R\$16.000.000,00 (dezesesseis milhões de reais), estarão dispensados da indicação do encarregado, contanto que não tratem dados pessoais com *alto risco e em larga escala*.

No cenário proposto pela regulamentação proposta pela ANPD, uma organização empresarial *“recente”* com faturamento mensal de R\$1.000.000,00 (um milhão de reais), valendo-se de atividade de tratamento de altíssimo risco (como dados sensíveis de crianças), desde que não o faça em *“larga escala”*, estará dispensada, dentre outros, do apontamento do Encarregado, cuja função, destaca-se, a prerrogativa de *“garantir a conformidade de uma organização, pública ou privada, à LGPD”*, conforme consta do Guia Orientativo para Definições dos Agentes de Tratamento de

¹⁰ BIONI, Bruno; DIAS, Daniel. Responsabilidade civil na proteção de dados pessoais: construindo pontes entre a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e o Código de Defesa do Consumidor. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 9, n. 3, 2020. Disponível em: <<http://civilistica.com/responsabilidade-civil-na-protecao-de-dados-pessoais/>>. Acesso em 04 outubro de 2021.

¹¹ Guia Orientativo sobre Segurança da Informação para Agentes de Tratamento de Pequeno Porte -Outubro/2021. Disponível em: [guia-vf.pdf \(www.gov.br\)](http://guia-vf.pdf(www.gov.br)) . Acesso em 05 outubro de 2021.

¹² LGPD: Art. 41. O controlador deverá indicar encarregado pelo tratamento de dados pessoais. § 1º A identidade e as informações de contato do encarregado deverão ser divulgadas publicamente, de forma clara e objetiva, preferencialmente no sítio eletrônico do controlador. § 2º As atividades do encarregado consistem em: I - aceitar reclamações e comunicações dos titulares, prestar esclarecimentos e adotar providências; II - receber comunicações da autoridade nacional e adotar providências; III - orientar os funcionários e os contratados da entidade a respeito das práticas a serem tomadas em relação à proteção de dados pessoais; e IV - executar as demais atribuições determinadas pelo controlador ou estabelecidas em normas complementares.

Dados Pessoais e do Encarregado¹³ editado pela própria Autoridade em maio do corrente ano! Conforme alerta Danilo Doneda, *“determinadas modalidades de tratamento de dados pessoais necessitam de uma proteção no seu mais alto grau, que não pode ser conferida exclusivamente a uma decisão individual.”*¹⁴

Lamentavelmente, será tarefa elementar dos agentes de tratamento de dados decidirem por uma *“adaptação”* à brasileira, com o objetivo de *“enquadrar”* sua classificação como agentes de *“pequeno porte”*, conforme definido no Art. 2º , IV, driblando a obrigação prevista no Art. 41 da LGPD¹⁵.

Fica evidente que não houve um necessário debate sobre as regras de dispensa de indicação de encarregado. Em que pese ser fundamental a dispensa para algumas atividades que não justifiquem a nomeação de *DPO*, a regulamentação deve ser fruto de profunda reflexão, debate e ponderação, posto que os direitos fundamentais dos titulares de dados estão no cerne da questão, não se admitindo, conforme ensina Ana Frazão, que sejamos seduzidos por discurso traiçoeiro do determinismo tecnológico¹⁶.

Frise-se ainda que a Agenda Regulatória da Autoridade Nacional de Proteção de Dados para o biênio 2021-2022¹⁷ prevê que a futura resolução sobre normas complementares sobre a definição e as atribuições do encarregado, inclusive hipóteses de dispensa da necessidade de sua indicação, conforme a natureza e o porte da entidade ou o volume de operações de tratamento de dados, só irá ocorrer em 2022, inexistindo qualquer debate maduro neste sentido até o momento.

O açodamento da Autoridade, talvez sem intenção, em prever, neste momento, regras de dispensa de indicação de encarregado inverteu as fases de sua agenda regulatória, quando sequer se iniciou o debate das normas complementares sobre a definição e as atribuições do encarregado.

¹³ ANPD. Guia Orientativo para Definições dos Agentes de Tratamento de Dados Pessoais e do Encarregado - Maio/2021. Disponível em: https://www.gov.br/governodigital/pt-br/seguranca-e-protecao-de-dados/outros-documentos-externos/anpd_guia_agentes_de_tratamento.pdf . Acesso em 23 set. 2021. Ainda sobre o papel e funções do Encarregado: GOMES. Rodrigo Dias de Pinho. Encarregado pelo tratamento de dados pessoais na LGPD - Algumas conclusões acerca da atuação do encarregado, função que ganhará extrema relevância a partir de agosto de 2020. Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/encarregado-pelo-tratamento-de-dados-pessoais-na-lgpd-02102019> . Acesso em 23 set. 2021.

¹⁴ Doneda, Danilo. A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental. Espaço Jurídico. Joaçaba, v. 12, n. 2, p. 91-108, jul./dez. 2011.

¹⁵ LGPD: Art. 41. O controlador deverá indicar encarregado pelo tratamento de dados pessoais.

¹⁶ *“O grande desafio da sociedade tecnológica e da informação é encontrar soluções que estimulem a inovação, sem se deixar seduzir pelo discurso traiçoeiro do determinismo tecnológico, que muitas vezes apenas mascara o determinismo econômico.”* FRAZÃO, Ana. Prefácio. FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; COSTA, Henrique Araújo; CARVALHO, Angelo Gamba Prata de (Coord.). Tecnologia jurídica e direito digital: I Congresso Internacional de Direito e Tecnologia - 2017. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 22.

¹⁷ Disponível em <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-11-de-27-de-janeiro-de-2021-301143313> . Acesso em 23 set. 2021.

Se mantida da forma proposta, a redação proposta pelo Art. 13º e do Art. 3º, a porteira para a violação da privacidade e desproteção dos dados pessoais estará escancarada no País. O orçamento dos agentes de “pequeno porte”, por certo, será redirecionar os investimentos em adequação, boas práticas e conformidade à LGPD, para estratégias contábeis e fiscais, com o objetivo de promover uma “adequação” às hipóteses elásticas e escorregadias de enquadramento como “*agente de tratamento de pequeno porte*.”

Feitas as considerações acima, não resta outra conclusão, a nosso ver, senão pela alteração do *caput* do Art. 3º da redação proposta, de forma que passe a constar o texto: “*a dispensa e a flexibilização das obrigações previstas nesta resolução não são aplicáveis a agentes de tratamento de pequeno porte que realizem tratamento de alto risco ou em larga escala para os titulares*”, sob pena de inobservância tábua axiológica constitucional¹⁸, cujo norte interpretativo se funda na dignidade da pessoa humana.

Destacamos a “*Contribuição à Consulta Pública sobre a Norma de aplicação da LGPD para microempresas e empresas de pequeno porte*” publicada¹⁹ pela Associação de Pesquisa Data Privacy Brasil advogando que “*o critério de larga escala não deve ser considerado um critério cumulativo ao alto risco*” e ainda sugerindo à ANPD ser “*fundamental que, além do porte econômico do agente de tratamento de dados, seja observada também a variável do risco da atividade de tratamento, de forma não cumulativa com o critério de larga escala*”.

Deve ainda o Art. 13º ser excluído da resolução, até que se concluem os debates públicos acerca do item 8 da Agenda Regulatória da Autoridade Nacional de Proteção de Dados para o biênio 2021-2022, que resultará em futura resolução sobre normas complementares sobre a definição e as atribuições do encarregado, inclusive hipóteses de dispensa da necessidade de sua indicação.

A nosso sentir, mantido como está o texto dos Arts. 3º e 13º da norma de aplicação da Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 - Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) para microempresas e empresas de pequeno porte implicará em criação de um verdadeiro microsistema, em “*manifesto desrespeito ao princípio da legalidade constitucional*”²⁰ e aos fundamentos da proteção de dados pessoais inscritos na LGPD,

¹⁸ “cada regra deve ser interpretada e aplicada em conjunto com a totalidade do ordenamento, refletindo a integralidade das normas em vigor. A norma do caso concreto é definida pelas circunstâncias fáticas nas quais incide, sendo extraída do complexo de textos normativos em que se constitui o ordenamento. O objeto da interpretação são as disposições infraconstitucionais integradas visceralmente às normas constitucionais, sendo certo que cada decisão abrange a totalidade do ordenamento, complexo e unitário. Cada decisão judicial, nessa perspectiva, é um ordenamento singular extraído da mesma tábua axiológica”. TEPEDINO, Gustavo. Liberdades, tecnologia e teoria da interpretação. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 419, p. 82-83, 2014.

¹⁹ Disponível em https://dataprivacy.com.br/wp-content/uploads/2021/10/dpbr_contribuicao_pme_anpd.pdf?utm_campaign=newsletter - 13102021 . Acesso em 13 outubro de 2021.

²⁰ “Daí decorre a urgente obra de controle de validade dos conceitos jurídicos tradicionais, especialmente os do direito civil, à luz da consideração metodológica que entende que toda norma do ordenamento deve ser interpretada

violando a necessária unidade do ordenamento jurídico e contribuindo ainda mais para a reconhecida “*baixa maturidade e cultura de proteção de dados dos agentes*”²¹ do Brasil.

Constitui missão da ANPD zelar pela proteção dos dados pessoais, nos termos do inciso I do Art. 55-J, e acreditamos fielmente que a Autoridade Brasileira cumprirá este *múnus* de maneira exemplar, como tem demonstrado desde sua criação.

conforme os princípios da Constituição Federal. Desse modo, a normativa fundamental passa a ser a justificação direta de cada norma ordinária que com aquela deve se harmonizar. Negar tal atitude hermenêutica significaria admitir um ordenamento assistemático, inorgânico e fragmentado, no qual cada núcleo legislativo responderia a tecido axiológico próprio, desprovido da unidade normativa, traduzindo-se em manifesto desrespeito ao princípio da legalidade constitucional”. MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coord.). Doutrinas essenciais: obrigações e contratos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 267.

²¹ Disponível em <https://www.gov.br/participamaibrasil/minuta-de-resolucao-para-aplicacao-da-lgpd-para-microempresas-e-empresas-de-pequeno-porte->. Acesso em 23 set. 2021.