



M



Machado
Meyer



M



LEI DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS: PLANO DE VIAGEM PARA GESTORES

JANEIRO DE 2019

CONTEÚDO

	pág.
Apresentação	3
1. Plano interno	5
1.1 Transversalidade	6
1.2 Custos	7
1.3 Navalha de Occam	8
1.4 <i>Accountability</i>	9
1.5 Há mais perguntas do que respostas	10
1.6 Conheça seu negócio	11
2. Plano externo	12
2.1 Comemorando um empate	13
2.2 Judiciário	14
2.3 Engajamento	15
2.4 Há mais perguntas do que respostas	16
Reflexão final	17
Nossos contatos	18

APRESENTAÇÃO

Com a temporada de adequação à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei nº 13.709/2018) aberta e reforçada pela criação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ou ANPD, por meio da MP nº 869/2018), gestores e organizações estão sendo bombardeados com análises de riscos, recomendações, soluções de mercado e uma infinidade de informações e discussões entrecruzadas que, ainda que relevantes, podem ser de pouca serventia ou até atrapalhá-los, caso não tenham o *mindset* e o plano de viagem adequados.

É lugar comum, mas expressão válida para nosso caso: a adequação à LGPD é uma jornada, não um destino.¹ Sendo assim, este artigo propõe um passo anterior às discussões de caráter mais técnico-jurídico para os gestores que precisam encarar a LGPD como um problema de ordem prática, real e imediata. O que vai sugerido a seguir é um plano de viagem inicial sobre como encarar a LGPD do ponto de vista das organizações.



O que temos hoje, a rigor, é o texto normativo relativo à disciplina de proteção de dados pessoais. Existe, no entanto, uma diferença importante entre texto normativo e norma jurídica.

A norma jurídica corresponde à interpretação sistemática do texto normativo em seu contexto, não se confundindo, portanto, com o primeiro.² Ela emerge do contexto institucional e cultural em que a proteção de dados pessoais no Brasil está inserida, assim como da interpretação e aplicação que os operadores do direito fazem do texto normativo em questão, sobretudo a ANPD e o Judiciário.

¹Parafraseando o provérbio em inglês "*Life is a journey not a destination*".

²Entre outros, ver Müller, F. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*.

3ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

Ainda existe boa dose de incerteza sobre como a LGPD de fato será operacionalizada no Brasil; então prudência parece ser a palavra de ordem para o caso. Ao mesmo tempo que aguardamos a constituição efetiva da ANPD, notícia recente dá conta de que o principal partido de apoio ao presidente da República, ao qual ele está filiado, teria ido à China em busca de tecnologia de reconhecimento facial a ser utilizada pelo poder público nas cidades para reforçar a segurança pública.³ Há sérios questionamentos sobre a (in)compatibilidade do modelo de reconhecimento facial aplicado na China com o regramento de um Estado democrático de direito, que priorize a defesa de direitos e garantias fundamentais, entre eles a privacidade e a proteção de dados pessoais.

Por tudo isso, os gestores, quando elaboram planos de ação para adequar a organização à LGPD, precisam manter a atenção voltada para ambos os ambientes de influência relevantes:

- o interno à organização, que leve em conta sua estratégia, estrutura, processos-chave, pessoas e habilidades.
- o externo, que diz respeito aos principais *stakeholders* que se relacionam com a organização, quais sejam: ANPD, outras agências governamentais, Judiciário, clientes, prestadores de serviço e competidores. Serão necessárias ações e um *mindset* adequado em ambos os contextos. O que proponho aqui, de maneira não exaustiva, é ter em mente certas considerações em relação a cada um dos planos, o interno e o externo, e pautar as ações de adequação e os aspectos técnicos por essas premissas.

³ <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2019/01/16/bancada-do-psl-vai-a-china-para-importar-tecnicas-de-reconhecimento-facial.htm>



1

PLANO INTERNO

1.1 TRANSVERSALIDADE

A LGPD será aplicada de maneira transversal. Todos os negócios, ainda que em grau distinto, serão afetados pelas questões relativas à proteção de dados pessoais, até mesmo porque, do ponto de vista do desenvolvimento tecnológico e da inovação, questões como IoT (sigla em inglês para Internet das Coisas), inteligência artificial ou *machine learning* estão intimamente ligadas ao tratamento de dados, incluindo os de natureza pessoal.

A lei também adotou um princípio de neutralidade tecnológica, de maneira que, independentemente da metodologia utilizada no tratamento, o regramento será aplicável. Nesses termos, o primeiro trabalho da organização, em especial dos gestores de departamentos jurídicos e de

tecnologia da informação, é mostrar e convencer a diretoria executiva de que essa é uma questão estratégica do negócio, não um problema restrito a um ou dois departamentos, e que, portanto, ela deve ser encarada como um projeto multidisciplinar e estrutural.

Se não houver trabalho conjunto de TI, engenharia, departamento jurídico, RH, produto, *business development*, marketing etc., seu projeto de adequação invariavelmente falhará. Um bom começo é conscientizar todos os times e gestores, além de trabalhar na formação de uma equipe multidisciplinar, para, antes de tudo, avaliar o negócio em si e sua maturidade com relação ao tratamento de dados pessoais.

1.2 CUSTOS

O processo de adequação não será indolor. Mais que o custo financeiro de contratação de prestadores de serviços ou de aquisição de produtos para auxiliar no processo de adequação, há custos de transformação organizacional e cultural relevantes que são menos tangíveis, mas não menos significativos.

Como todo problema de negócio, há implicações em aspectos estratégicos, estruturais, procedimentais, operacionais e de pessoas. Essa abrangência será obviamente custosa. Os conceitos de *privacy by design* e *privacy by default* trazidos pela LGPD exigem que a adequação seja pensada não só no nível do próprio produto ou serviço, mas também do ponto de vista organizacional e procedimental.

Estrutura, processos, práticas, políticas e uma cultura pensada para favorecer a proteção de dados pessoais são demandas trazidas pela lei, inclusive para demonstrar o cumprimento das regras e a prestação de contas (*accountability*).

Não se pode menosprezar os custos financeiros e aqueles menos tangíveis que serão exigidos nesse processo, e o tempo de adequação é exíguo. Isso só ressalta o fato de que o trabalho integrado e multidisciplinar da organização é a maneira mais eficiente de abordar a adequação à LGPD. Quanto mais integrados os times trabalharem e quanto mais dividirem as responsabilidades pelas ações de adequação, menos custoso será o processo como um todo, e é inevitável que as empresas considerem esses custos em seus planejamentos estratégicos, financeiros e de objetivos de negócio.



1.3 NAVALHA DE OCCAM

Isso não quer dizer que o processo de adequação exigirá soluções mirabolantes e extremamente complexas. Não se deve expandir a complexidade e as premissas de um problema além da necessidade.

A melhor forma de resolvê-lo é buscar uma solução parcimoniosa, que inclua apenas o necessário. Esse princípio lógico e metodológico deve ser aplicado no seu planejamento de adequação.

Soluções mais simples são importantes para reduzir custos e também são as que melhor abordam os problemas, em especial quando se trabalha em negócios de escala e com processos interdependentes.

A indeterminação que hoje cerca a LGPD exige uma boa dose de pragmatismo. É preciso manter as coisas simples e evitar uma abordagem comum em situações como essas: criar dificuldades para se vender facilidades. Comece pelo básico, forme times multidisciplinares, invista em conhecer seu próprio modelo de negócio e o modo como o tratamento de dados pessoais se encaixa nele.

Entenda quais dados pessoais são processados e mapeie o ciclo desses dados dentro dos processos e da estrutura de sua organização.

A LGPD contém em seu art. 6º um ótimo teste de *compliance*. Verifique se o tratamento de dados pessoais de sua organização atende aos

princípios do artigo e identifique para quais deles a sua situação é melhor ou pior, crie prioridades a partir desse levantamento e trabalhe com um cronograma realista para abordá-las.

O art. 6º da LGPD será invariavelmente um termômetro preciso de seu nível de *compliance* e de risco. O prazo de adequação não é longo e, diante das questões em aberto, é improvável antecipar agora todas as medidas necessárias.

Siga a conhecida matriz de priorização de encarar primeiro o importante, ainda que em detrimento do urgente. Evite se perder em altas complexidades e discussões teóricas agora. A LGPD veio para ficar, mas nem todas as questões a ela relacionadas serão resolvidas no prazo de adequação.

1.4 ACCOUNTABILITY

Responsabilização e prestação de contas são um princípio norteador, porque exigem que você não só atenda aos demais princípios da LGPD como também seja capaz de demonstrar o cumprimento deles.

Uma pergunta-chave na adequação diz respeito a como a organização será capaz de demonstrar o cumprimento da lei. Quais políticas, processos, documentos e outras evidências relevantes demonstram a adequação.

É importante lembrar que a responsabilização e a aplicação de sanções serão mitigadas pelo princípio de *accountability*. Presumindo que sua organização terá algum problema com dados pessoais nos próximos anos (e devemos considerar com boa dose de certeza que isso é uma questão de quando e não de se), a preocupação com esse princípio pode fazer toda a diferença na imposição de sanções administrativas e nas discussões de responsabilidade civil no futuro.

Além disso, a prestação de contas é um importante fator de proteção da reputação de sua organização e ajudará em questões não restritas ao plano jurídico.



1.5 HÁ MAIS PERGUNTAS QUE RESPOSTAS

O Brasil não tem uma cultura difundida de proteção de dados pessoais. O nível de preocupação do brasileiro médio com o que é feito dos seus dados pessoais é baixo.

A LGPD é um texto novo, inspirado em um normativo europeu (o GDPR) que resulta de um processo de depuração ao longo de décadas. A legislação brasileira é mais geral e aberta que o GDPR, e, portanto, tem um potencial maior de indeterminação e de integração normativa. Não temos uma jurisprudência consolidada sobre esse tema, nossos operadores do direito ainda tateiam questões de privacidade e proteção de dados, e a ANPD não foi sequer formada.

Calma! Isso não é um chamado ao desespero, mas à prudência. Há debates estruturais pelos quais vamos ter que passar. Mesmo sendo um bom texto, a LGPD não está imune a problemas, aliás como qualquer texto legal. Há evidentemente escolhas e *tradeoffs*, mas há também imprecisões, dubiedades e potencialmente antinomias.

Por exemplo, há espaço no texto para interpretar as regras de responsabilidade civil de maneiras diversas (Objetiva ou subjetiva? Como se dá a solidariedade entre agentes de tratamento?) que terão óbvias consequências para os negócios, dependendo do caminho interpretativo e de integração adotado. Não pressuponha que os especialistas saibam mais sobre um assunto tão novo no país. Não há respostas definitivas por ora.

1.6 CONHEÇA O SEU NEGÓCIO

Antes de conhecer a LGPD é importante ter o diagnóstico do negócio. Embora todos sejam de alguma forma impactados pela lei, o nível de impacto pode ser muito diferente em cada caso.

Assim, comece por entender qual a relação entre tratamento de dados pessoais e o seu modelo de negócio: se na direção estratégica do seu negócio o tratamento de dados é central, se essas competências precisam estar dentro de casa ou se podem ser terceirizadas, se o investimento num grau de adequação mais rápido e mais robusto pode ser um diferencial competitivo fundamental ou não.

Para alguns, é possível que a adequação seja um custo a ser absorvido (o que precisa ser feito da maneira mais eficiente possível). Para outros, porém, a adequação pode ser a diferença estratégica entre o sucesso ou o desaparecimento.

Há organizações em que o tratamento de dados pessoais está no centro do modelo de negócio, outras poderão encará-lo como um item muito importante, mas não fundamental.

A determinação dessas situações não passa apenas por uma avaliação jurídica ou de segurança da informação, passa antes por um diagnóstico de negócio. E isso só pode ser feito em parceria com as diferentes unidades da sua organização.

Tenha em mente ainda que uma lei como essa terá claros impactos competitivos, favorece quem larga na frente e tem mais estrutura de capital. Pensar em sua posição competitiva também é fundamental.



2

PLANO EXTERNO

2.1 COMEMORANDO UM EMPATE

Há alguma celebração compreensível pela criação da ANPD. Sem ela, a LGPD estaria fadada à desordem ou à inaplicabilidade.

Mas é preciso ter consciência de que estamos celebrando um empate. A ANPD não tem independência substantiva, e a autonomia técnica declarada no texto é muito duvidosa sem orçamento.

Sabemos que a efetividade da administração pública já é desafiadora quando se tem orçamento provisionado. Sem autonomia orçamentária e sem o desenho mais detalhado de sua estrutura (a estrutura regimental da ANPD depende de ato do presidente da República), é preciso ter muito otimismo para acreditar que o órgão estará apto a desempenhar funções de regulação, fiscalização e consultivas a contento. Falta definir também quem serão os membros do conselho diretor e que perfil eles terão.

A ANPD tem muito trabalho pela frente, o tempo de adequação das organizações é curto e um diálogo entre os atores já deveria ter sido iniciado para dar bom andamento ao processo de adequação à lei.

O órgão é um *stakeholder* que merece atenção e com o qual as organizações devem se engajar, pois os próximos capítulos sobre a sua estruturação serão fundamentais para esclarecer vários pontos no processo de adequação.

De boa notícia, temos que a MP 869/2018 deu à ANPD a centralidade necessária para interpretar as questões relativas à proteção de dados pessoais. Em paralelo ao dever de se articular com outros órgãos governamentais, ficou claro que a ANPD é o órgão central de interpretação da LGPD, detém a atribuição da regulação e implementação da lei (poder normativo) e é quem exclusivamente aplica as sanções administrativas previstas na lei.

2.2 JUDICIÁRIO

Em consonância com nossa ordem constitucional, caberá ao Judiciário solucionar as demandas trazidas por titulares de dados pessoais. E como resultado da separação de poderes, o Judiciário não está vinculado institucionalmente a qualquer interpretação dada pela ANPD. Não surpreenderá se o Judiciário tomar decisões divergentes da ANPD em alguns casos.⁴

O tema da proteção de dados pessoais é novo e complexo, e seria importante cobrar dos órgãos responsáveis pela administração do Judiciário um aparato de preparação para os juízes que em breve passarão a julgar casos relacionados. Vale notar que o grau de incompreensão não é apenas do juiz singular em primeiro grau.

Recente proposta do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) encaminhada ao Congresso Nacional sugere como método para ajudar

a combater a criminalidade organizada (finalidade da maior urgência) a quebra de criptografia ou *backdoors*, a manutenção de sede ou representação das empresas provedoras de soluções de mensageria no Brasil e pena de banimento dos serviços em caso de não atendimento.

Não menos preocupantes são os precedentes anteriores de bloqueio de aplicativos, como os casos envolvendo o WhatsApp. Propostas desse tipo, além de desprovidas de efetividade técnica (uma vez que criminosos podem se valer de vários prestadores de mensageria com criptografia de ponta a ponta), enfraquecem a proteção de dados e a segurança da informação e terminam por prejudicar a imensa maioria de pessoas que utilizam esses serviços para finalidades lícitas.

São medidas que trazem insegurança jurídica e afastam investimentos no Brasil em consequência da natural e justificável desconfiança de possíveis posicionamentos heterodoxos das autoridades locais. São evidências de que o Judiciário ainda tem um bom caminho a percorrer no modo de encarar questões dessa ordem.

Além de cobrar do Judiciário melhor preparação sobre o tema, inclusive em campos que não o meramente jurídico, será necessário engajamento e muito trabalho de esclarecimento sobre a proteção de dados pessoais no contexto dos litígios. Esse trabalho precisa ser pensado, planejado e estruturado desde já.

⁴A declaração de invalidade do Safe-Harbor entre EUA e União Europeia em face da Comissão de Proteção de Dados da Irlanda é um ótimo exemplo

2.3 ENGAJAMENTO

As discussões sobre uma legislação de proteção de dados pessoais remontam pelo menos a 2010, quando o Ministério da Justiça lançou a primeira consulta pública para o anteprojeto de lei. Em um processo com muitas idas e vindas, percalços e fatos relevantes,⁵ a baixa participação relativa do setor empresarial marcou as discussões.

Durante quase nove anos de tramitação, boa parte do setor privado se manteve presa à ideia equivocada de que a proteção de dados pessoais afetava somente o segmento de tecnologia e, portanto, não seria uma preocupação central. Outros apostaram na possível criação de exceções para o seu respectivo setor. Essa falta de visão e participação foi relevante para definir os caminhos que a opção legislativa tomou, inclusive a de seguir o modelo de proteção de dados europeu em detrimento de outras possíveis alternativas (que a rigor nunca foram discutidas no país).

⁵Para mais informações, ler artigo de Bruno Bioni sobre o tema: "De 2010 a 2018: a discussão brasileira sobre uma lei geral de proteção de dados".

<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/agenda-da-privacidade-e-da-protecao-de-dados/de-2010-a-2018-a-discussao-brasileira-sobre-uma-lei-geral-de-protecao-de-dados-02072018>

Apenas no último ano de tramitação – momento em que boa parte das propostas já estava consolidada – é que essa ausência foi parcialmente mitigada. Esse é um erro que não pode ser cometido novamente. É fundamental que as organizações não se preocupem somente com aspectos internos. Os setores empresariais precisam se articular, desenvolver uma preocupação com o ecossistema e influenciar governos, agências governamentais e muito especialmente a ANPD e o Judiciário, para que a implementação e a regulação da LGPD se deem em termos racionais e possam, de fato, maximizar os dois objetivos externados no texto:

- a proteção de direitos e liberdades fundamentais, em especial os conexos à privacidade, autodeterminação e liberdade de expressão.
- e o desenvolvimento social e econômico, o qual depende de livre iniciativa, livre concorrência, incentivo à inovação, segurança jurídica e previsibilidade.

2.4 HÁ MAIS PERGUNTAS QUE RESPOSTAS

As perguntas que estão em aberto para sua organização também estão postas para seus principais *stakeholders*. Em alguns casos, elas podem ser semelhantes, em outros não, mas seus competidores, seus prestadores de serviço, seus clientes corporativos, o Judiciário, o Executivo e as várias agências governamentais que de alguma forma se relacionam com o tema, todos estão em fase de aprendizado.

Obviamente, eles encaram o tema da proteção de dados pessoais e as discussões sobre adequação segundo perspectivas, objetivos e valores próprios. Essa fase é decisiva, pois estabelecerá a moldura e o contexto da lei. A partir dela é que transitaremos do texto normativo para a norma jurídica e, nesse sentido, o resultado do que será efetivamente a LGPD está em aberto e depende da interação de todos esses *players*.

Os gestores precisam ter em mente que o processo de construção da lei não acabou e que o engajamento externo é tão importante quanto o planejamento interno da adequação.

REFLEXÃO FINAL

Embora não esgotem o tema, as considerações feitas neste texto podem ajudar os gestores a ter um quadro de ação mais organizado para enfrentar os diferentes aspectos da adequação sem esquecer o que importa. Afinal, o cumprimento da lei não é um fim em si mesmo, mas um exercício necessário para assegurar a consecução dos objetivos do seu negócio, algo que sua organização não deve perder de vista nesse processo.



NOSSOS CONTATOS

DIEGO DE LIMA
GUALDA
SÓCIO
dlgualda@machadomeyer.com.br
+55 11 3150-7774

PORTAL INTELIGÊNCIA JURÍDICA

Nossa visão para as questões que impactam os seus negócios.
Acesse nosso conteúdo: www.machadomeyer.com.br/inteligenciajuridica

