

EDITORIAL

Desafios da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD)

A Lei nº 13.709/2018, ou Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD, que entrou em vigor após longa tramitação legislativa, terá repercussão extraordinária em toda a sociedade. Com o estrondoso desenvolvimento eletrônico das relações humanas, amplia-se mais e mais o fornecimento de dados, cujo tratamento e circulação ameaçam a privacidade e a igualdade. Com isso, a alvissareira promulgação de lei específica a disciplinar a matéria tem o mérito de trazer a lume a urgência de impor cuidados ao tratamento dos dados pessoais. Além disso, traduz promissora política legislativa de equilíbrio entre a lógica da eficiência econômica e a preservação dos direitos fundamentais.

Tem-se afirmado que a proteção dos dados pessoais encerra aspecto fundamental de uma nova face da liberdade – a liberdade informática, na feliz expressão de Vittorio Frosini. Com isso, a privacidade não mais se limita ao *right to be let alone*, ou “direito de ser deixado em paz”, forjado no final do séc. XIX por Warren e Brandeis, refletindo, ao revés, conforme argutamente afirmou o professor Stefano Rodotà, o direito ao controle das próprias informações. Alude-se, em tal perspectiva, ao princípio da autodeterminação informativa. Abandona-se a perspectiva estática em favor da compreensão dinâmica da privacidade. Tais questões demandam a previsão de instrumentos específicos de proteção que se afastem da lógica patrimonialista do direito civil clássico.

Na experiência estrangeira, dois modelos, em linhas gerais, disputam o tratamento dos dados pessoais. No sistema norte-americano, a questão encontra disciplina difusa e casuística. As empresas se apropriam dos dados que lhes são fornecidos pelos particulares, deles podendo dispor com considerável liberdade. O modelo europeu, em contrapartida, regula de forma mais analítica a proteção dos dados pessoais, considerando-se, como matriz fundamental, que os sistemas de tratamento de dados não devem ser subservientes às imposições do mercado. Nessa esteira, diretivas europeias estabelecem o padrão mínimo de proteção à divulgação de dados, contendo regras acerca da privacidade e comunicações eletrônicas, além de princípios assimilados pela legislação interna dos países-membros.

Felizmente, o Brasil adotou o modelo europeu. A LGPD representa importantíssimo instrumento para a proteção da pessoa humana. Permite o controle dos dados pelos interessados, impõe deveres e responsabilidades aos agentes de

tratamento e proporciona segurança à circulação de informações. Ao privilegiar a prevenção de danos à pessoa humana e a segurança no tratamento de dados pessoais, busca-se antecipar os riscos de violação à privacidade, como também evitar tratamentos abusivos de informações e vazamentos de dados.

O primeiro instrumento legal de tutela é o *consentimento* para a revelação e coleta de qualquer dado pessoal, que importa, nos termos do art. 5º da LGPD, em “manifestação livre, informada e inequívoca além de necessariamente direcionada a uma finalidade determinada”. Trata-se de ferramenta de vanguarda na tutela do titular dos dados, nesse inquietante cenário tecnológico em que se verificaram, nos últimos tempos, a coleta maciça de dados pessoais, a mercantilização desses bens e a pouca transparência no tratamento de dados corriqueiramente levado a cabo por empresas públicas e privadas. O consentimento, por tudo isso, segundo exige a nova lei, deve ser interpretado restritivamente, não podendo a autorização concedida ser estendida para outros meios, períodos futuros, finalidades, pessoas ou contextos diversos do que foi rigorosamente informado ao titular.

Mostra-se de particular importância a restrição da informação transmitida à finalidade específica da coleta, de modo a fazer prevalecer o que se tem chamado de princípio da utilização não abusiva. Daqui a recomendação de eliminação das informações desnecessárias ou transformação em dados anônimos dessas informações, desde que não sejam mais necessárias.

Por outro lado, o consentimento deverá ser temporário, válido enquanto perdurar a finalidade que o anima, podendo ser revogado a qualquer momento por manifestação expressa do titular, mediante procedimento gratuito e facilitado. Tal possibilidade de revogação incondicional do consentimento decorre do aludido princípio da autodeterminação informativa. Se quem recebeu a autorização livre, inequívoca e informada do titular sofre prejuízo com a revogação, caberá ação de perdas e danos. Também em caso de abuso na revogação da autorização anteriormente concedida, caberá a devida reparação, que será analisada no caso concreto, sendo relevante, em tal análise, o princípio da boa-fé objetiva.

Sob outro enfoque, a LGPD, em seu art. 14, dispõe de forma específica acerca do tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes, abrangendo o consentimento. O tratamento, nesses casos, deverá levar em conta especialmente as normas protetivas estabelecidas na Constituição Federal, no Estatuto da Criança e do Adolescente e na Convenção sobre os Direitos da Criança. Incide aqui, de modo particular, o princípio do melhor interesse da criança.

No caso das crianças, menores de até doze anos incompletos, quando a base legal for o consentimento, o tratamento dos dados pessoais deverá contar com o consentimento específico e em destaque por parte de ao menos um dos pais ou pelo responsável legal. O consentimento deverá ser livre, informado e direcionado ao tratamento de dados pessoais para finalidade determinada. Assim, o

consentimento que não atenda ao requisito legal ou tenha sido manifestado pela própria criança não poderá ser admitido.

De outra parte, ao não mencionar expressamente o adolescente, menores entre doze e dezoito anos de idade, o dispositivo abriu margem a diferentes interpretações. Ao que parece, o legislador pretendeu reconhecer a validade do consentimento manifestado pelo adolescente nessas hipóteses, o que se mostra compatível com a realidade da utilização da internet e das mídias sociais, com ampla aceitação social. No caso de adolescentes entre 12 e 16 anos, dá-se instigante questão: embora incapaz, a sua manifestação de vontade mostra-se, a um só tempo, indispensável para o tratamento dos seus dados (não é possível ao titular da autoridade parental, por exemplo, por ele se manifestar) e suficiente, dispensando-se a participação do seu representante legal.

Aspecto particularmente polêmico na tutela de dados pessoais refere-se à noção de dados sensíveis. Trata-se de informações, nos termos da LGPD, relativas à origem étnica, à convicção religiosa ou política, à filiação partidária ou sindical, à orientação religiosa ou sexual, a indicadores genéticos, biométricos ou psicofísicos, entre outros. O tratamento de dados pessoais sensíveis submete-se a restrições e a cuidados específicos. É importante sublinhar, contudo, que dados que parecem inofensivos ou meramente estatísticos, uma vez transferidos, cruzados ou organizados, podem resultar em informações de caráter sensível sobre a pessoa, com riscos de violação à privacidade e à igualdade, propiciando discriminação informativa.

Há casos, por exemplo, registrados nos Estados Unidos, de negativa de concessão de crédito para pessoas em razão do bairro onde moram ou em razão de seus prenomes, estatisticamente, serem os mais recorrentes em determinadas comunidades. Assim, o simples domicílio ou o prenome, em certo contexto, torna-se dado sensível para fins de tutela da igualdade. Nessa direção, a previsão legal de dados sensíveis não deve ser considerada taxativa, somente sendo possível caracterizar certa informação pessoal como dado sensível tendo-se em conta o tratamento a ser efetuado, seu contexto e a finalidade a que se destina.

Discussão que se encontra na ordem do dia diz respeito à natureza da responsabilidade civil na LGPD, que regula, em apenas 4 artigos, do art. 42 ao art. 45, o dever de reparar dos agentes de tratamento de dados pessoais, seja o controlador e o operador, seja o encarregado pelo tratamento dos dados indicado pelo controlador. Nos termos do art. 5º, controlador é a pessoa a quem compete as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais. Já o operador é pessoa que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador, devendo realizar o tratamento segundo instruções do controlador (art. 39).

A LGPD adotou responsabilidade subjetiva, nos termos do art. 43, II, segundo o qual “Os agentes de tratamento só não serão responsabilizados quando provarem: [...] II - que, embora tenham realizado o tratamento de dados pessoais que lhes é atribuído, não houve violação à legislação de proteção de dados”. A rigor, a estrutura da LGPD confirma esse entendimento, por se encontrar pautada, toda ela, na fixação de deveres, incluindo um capítulo dedicado à “segurança e boas práticas”, cujo descumprimento deflagra o dever de reparar. O legislador estabeleceu verdadeiro *standard* de conduta que deve ser seguido pelos agentes de tratamento de dados para evitar incidentes de segurança, dedicando-se na Seção II à conduta dos agentes, assim como ao cumprimento de programas, políticas internas, procedimentos, mecanismos de supervisão (internos e externos), padrões técnicos etc. Assim, apesar de a LGPD não ser explícita em relação à natureza da responsabilidade dos agentes de tratamento de dados, como é o Código de Defesa do Consumidor ao adotar a responsabilidade objetiva, a interpretação sistemática da LGPD demonstra que o regime adotado por este diploma foi mesmo o da responsabilidade subjetiva.

Em tal perspectiva, o único dispositivo da LGPD que remetia para a responsabilidade objetiva foi retirado no trâmite legislativo, o que é um dado significativo para a interpretação da lei. Diferentemente desse primeiro texto legislativo, todas as versões subsequentes do projeto de lei, até a versão finalmente sancionada da LGPD, passaram a não mais mencionar, como regra geral, o regime de solidariedade ou de responsabilidade objetiva pelos danos decorrentes do tratamento de dados pessoais. A referência expressa à responsabilidade objetiva foi completamente eliminada do texto legal. Paralelamente a isso, ainda no período de tramitação do projeto, o *caput* do art. 42 da LGPD sofreu alteração importante: a expressão “em violação à legislação de proteção de dados pessoais” foi acrescentada, o que também evidencia a opção do legislador pela responsabilidade subjetiva. Os agentes de tratamento não responderão em toda e qualquer situação em que causarem danos a terceiros, mas apenas quando isso ocorrer em violação à legislação de proteção de dados pessoais, ou seja, quando a sua conduta não se adequar ao *standard* estabelecido pelo próprio legislador.

Ao propósito, a adoção da responsabilidade subjetiva, que tem o mérito de separar a boa prática do comportamento antijurídico, de modo algum arrefece a proteção às vítimas. Em primeiro lugar, porque, em caso de dano, há inequívoca presunção de culpa dos agentes econômicos, os quais, segundo a linguagem do acima transcrito art. 43, II, “só não serão responsabilizados quando provarem” a inexistência de violação legal. Além disso, o juiz poderá “inverter o ônus da prova a favor do titular dos dados quando for verossímil a alegação; houver hipossuficiência para a produção de prova ou quando a sua produção se revelar excessivamente onerosa”.

De outra parte, o art. 45 remete ao Código de Defesa do Consumidor, e, portanto, ao regime da responsabilidade objetiva, sempre que for caracterizada relação de consumo. Nos termos do art. 45, “As hipóteses de violação do direito do titular no âmbito das relações de consumo permanecem sujeitas às regras de responsabilidade previstas na legislação pertinente”. O dispositivo, por um lado, confirma a incontornável incidência do Código de Defesa do Consumidor, com todos os seus mecanismos protetivos, a favor do titular de dados, seja no que tange ao afastamento de cláusulas abusivas, seja na proteção contra vícios dos produtos e serviços, seja em relação à proteção processual. Por outro lado, corrobora a adoção pela LGPD da responsabilidade subjetiva nas relações paritárias, já que estabeleceu expressamente a deflagração da responsabilidade objetiva nas relações de consumo. O preceito, que não se justificaria se toda a lei fosse submetida ao mesmo regime de responsabilidade, retira a importância que se pretendeu atribuir ao debate acerca da natureza da responsabilidade, já que assegura ampla proteção ao consumidor, a confirmar a atenção diferenciada e coerente do legislador para o cenário de vulnerabilidade e assimetria informativa.

Como se observa, enorme é a repercussão da LGPD no dia a dia das relações sociais, consagrando direitos aos titulares e deveres e responsabilidades aos agentes de tratamento. Afinal, o desenvolvimento seguro da sociedade tecnológica, cujas fronteiras se mostram ainda desconhecidas, depende visceralmente do assessoramento da autodeterminação informativa e da consolidação de mecanismos de controle dos dados pessoais. A sociedade como um todo deve se adaptar a essa verdadeira mudança cultural, cabendo à doutrina, ao Judiciário e à Autoridade Nacional de Proteção de Dados harmonizarem a interpretação e aplicação da lei.

Gustavo Tepedino