

Resolução da ANPD - aplicação da LGPD para startups e pequenas empresas

CONSULTA PÚBLICA ANPD: TOMADA DE SUBSÍDIOS

ASSUNTO: Tomada de subsídios para regulamentação da 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.



Instituto EthicAI

ETHICS IN ARTIFICIAL INTELLIGENCE

Paola Cantarini

Willis S. Guerra Filho

Zilda A. Gonçalves de Sousa

Marcio Pugliesi

Jhésica Baccari

Artigo 3º, parágrafo 1º, I e II

Embora a própria normativa preveja duas situações em que tais dispensas e flexibilizações não poderão ocorrer, consoante caput do artigo 3º: I) quando o tratamento de dados for considerado de alto risco para os titulares, (parágrafo 1º), e II) quando o tratamento for considerado de larga escala (parágrafo 2º), há algumas falhas legislativas, senão vejamos.

O tratamento de **dados pessoais sensíveis (parágrafo 1º, I)** é considerado como sendo de alto risco, contudo, o critério adotado pela LGPD no tocante à definição em

uma lista taxativa dos dados pessoais sensíveis, não seria a melhor interpretação, como adiante será demonstrado.

Por exemplo, embora a imagem de uma pessoa não se enquadre tecnicamente no conceito de dado pessoal sensível, como sendo um dado biométrico, segundo parte da doutrina, seguindo-se, inclusive, o entendimento consolidado de acordo com o GDPR, trata-se de uma interpretação literal e gramatical. Segundo o GDPR (RGPD, art.º 9.º n.º 1), o reconhecimento facial é caracterizado como produtor de “dados biométricos”, os quais estão entre as “categorias especiais de dados” (dados sensíveis), isto é, os “dados pessoais resultantes de um tratamento técnico específico relativo às características físicas, fisiológicas ou comportamentais de uma pessoa singular [natural] que permitam ou confirmem a identificação única dessa pessoa singular [natural], nomeadamente imagens faciais ou dados dactiloscópicos” (art.º 4.º 14), indo além da videovigilância / videomonitoramento. Ou seja, o tratamento de fotografias, a princípio, não deverá ser considerado sistematicamente um tratamento de categoria especial de dados pessoais, uma vez que são apenas abrangidas pela definição de dados biométricos quando forem processadas por meios técnicos específicos que permitam a identificação inequívoca ou a autenticação de uma pessoa singular através de algoritmos de IA.

Contudo, o conceito de dados pessoais sensíveis abarca outras hipóteses não previstas no texto da lei, considerando-se o potencial lesivo do tratamento de tal dado em questão, interpretando-se o artigo 5, inc. II da LGPD como não trazendo um rol taxativo, mas exemplificativo. O caso concreto deverá ser analisado, pois poderá ocorrer que diante de um dado pessoal ordinário seja possível auferir-se um dado pessoal sensível como no caso de uma fotografia que deixe clara a opção religiosa da pessoa, ou dados sobre sua origem racial ou étnica. Este entendimento se coaduna com a proteção adequada dos direitos fundamentais envolvidos (MULHOLLAND, Caitlin. Dados pessoais sensíveis e consentimento na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Revista do Advogado n. 144, 2019, pp. 47-53. O link é: <https://aplicacao.aasp.org.br/aasp/servico> **HYPERLINK**
"https://aplicacao.aasp.org.br/aasp/servicos/revista_advogado/paginaveis/144/index.html?_ga=2.56329833.374958947.1631023208-1151729636.1631023208" **HYPERLINK**
"https://aplicacao.aasp.org.br/aasp/servicos/revista_advogado/paginaveis/144/index.html?_ga=2.56329833.374958947.1631023208-1151729636.1631023208" **HYPERLINK**
"https://aplicacao.aasp.org.br/aasp/servicos/revista_advogado/paginaveis/144/index.html?_ga=2.56329833.374958947.1631023208-1151729636.1631023208" **HYPERLINK**
"https://aplicacao.aasp.org.br/aasp/servicos/revista_advogado/paginaveis/144/index.html?_ga=2.56329833.374958947.1631023208-1151729636.1631023208" **HYPERLINK**
"https://aplicacao.aasp.org.br/aasp/servicos/revista_advogado/paginaveis/144/index.html?_ga=2.56329833.374958947.1631023208-1151729636.1631023208" **HYPERLINK**

["https://aplicacao.aasp.org.br/aasp/servicos/revista_advogado/paginaveis/144/index.html?_ga=2.56329833.374958947.1631023208-1151729636.1631023208"](https://aplicacao.aasp.org.br/aasp/servicos/revista_advogado/paginaveis/144/index.html?_ga=2.56329833.374958947.1631023208-1151729636.1631023208) HYPERLINK
["https://aplicacao.aasp.org.br/aasp/servicos/revista_advogado/paginaveis/144/index.html?_ga=2.56329833.374958947.1631023208-1151729636.1631023208"](https://aplicacao.aasp.org.br/aasp/servicos/revista_advogado/paginaveis/144/index.html?_ga=2.56329833.374958947.1631023208-1151729636.1631023208)
[s/revista_advogado/paginaveis/144/index.html?_ga=2.56329833.374958947.1631023208-1151729636.1631023208](https://aplicacao.aasp.org.br/aasp/servicos/revista_advogado/paginaveis/144/index.html?_ga=2.56329833.374958947.1631023208-1151729636.1631023208)).

O **parágrafo 1º, inciso I** classifica de alto risco para os titulares o tratamento de dados pessoais sensíveis ou de grupos vulneráveis, incluindo crianças e adolescentes e idosos. Esse inciso encontra respaldo em todo o ordenamento jurídico positivado no país. Dados sensíveis são dados que receberam do legislador infraconstitucional maior atenção e maiores proteções. Até por isso possui bases legais de tratamento diferenciadas (art. 11, LGPD) em relação às gerais (art. 7, LGPD). São dados que podem causar, potencialmente, riscos mais graves aos titulares, como, por exemplo, de discriminação. Da mesma forma, o legislador também diferenciou o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes, prevendo que o tratamento de seus dados pessoais única e exclusivamente só poderá acontecer com base no seu melhor interesse (art. 14, LGPD). Com efeito, tanto o art. 11, quanto o art. 14, LGPD possuem o mesmo grau de exigência legal em relação ao consentimento, que, em ambos os casos, é igual e mais qualificado em relação ao consentimento previsto para os demais casos. Daí, a se entender, até mesmo, que os dados pessoais de crianças e adolescentes, para fins da LGPD, podem ser considerados dados pessoais sensíveis por conta dos potenciais riscos que envolve, para pessoas que, por sua condição peculiar de desenvolvimento biológico e psicossocial, estão em formação das suas capacidades físicas, cognitivas e emocionais. Ainda que assim não se entenda, o que se admite para argumentar, pode-se dizer que dados pessoais de crianças podem ser equiparados a dados sensíveis, em função da necessidade de sua maior proteção, motivo pelo qual, além da base legal do consentimento, prevista no *caput* do art. 14, LGPD, as bases legais do art. 11, LGPD também aplicam-se às crianças – mas não as bases legais do art. 7º, LGPD. Ademais, independentemente de se concordar com tais entendimentos, o que, mais uma vez, admite-se para fins de argumentação, é imprescindível notar que às crianças e aos adolescentes o legislador constitucional garantiu a máxima proteção, alçando tais entes sociais à maior preocupação da nação, quando determinou que seus direitos fundamentais devem ser garantidos com absoluta prioridade (art. 227, CF). Em toda a Constituição Federal, nenhum outro ente da sociedade ganhou tamanha proteção. Aliás, as palavras ‘absoluta’ e ‘prioridade’ não se encontram juntas em nenhum outro artigo constitucional. Vale, também, ressaltar, que esse mesmo dispositivo constitucional também determinou que a responsabilidade pelo cuidado, proteção e promoção dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes deve ser compartilhada entre famílias, Estado e sociedade (na qual incluem-se as empresas e os agentes abarcados pela proposta de resolução em comento). Isso significa que, mesmo que não se entenda serem dados pessoais de crianças e adolescentes dados pessoais sensíveis ou equiparados a dados pessoais sensíveis, fato é que esse grupo de pessoas já foi considerado, pela Constituição Federal, um grupo vulnerável a demandar mais proteção e atenção. Motivo pelo qual

em absoluta correção a proposta apresentada pela ANDP para o art. 3º, I da minuta de resolução. Da mesma forma e no mesmo sentido, a inclusão do grupo de idosos como um grupo vulnerável, que são considerados absoluta prioridade pelo art. 3º, Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003).