



NÚCLEO DE ESTUDOS

EM E-COMMERCE

NEEC

RELATÓRIO REFERENTE À 2ª REUNIÃO DO NÚCLEO DE ESTUDOS EM E-COMMERCE

ABERTURA E COMENTÁRIOS INICIAIS

No dia 21 de outubro de 2022, ocorreu o segundo encontro no Núcleo de Estudos em E-commerce (NEEC), o primeiro na modalidade presencial, na sede da FGV Direito Rio. O tema geral da reunião foi “Aplicação da LGPD em números e cenários de adequação”. Representantes da sociedade civil, acadêmicos e autoridades públicas estiveram presentes para o compartilhamento de ideias, teorias e propostas práticas para a adequação desse nicho de mercado digital.

Diante da realidade do *omnichannel* (venda multicanal), do social commerce (utilização das plataformas e mídias sociais nas dinâmicas comerciais) e da relevância da identificação e do eventual perfilhamento do consumidor nessa cadeia relacional, é essencial garantir que essas atividades sejam conduzidas conforme os ditames da legislação vigente de proteção de dados.

Ante o exposto, no intuito de explorar cenários plurais de preocupação das empresas e de aplicadores do direito, debruçou-se, no período matutino, sobre alguns resultados da pesquisa realizada pela equipe do NEEC consoante as decisões nos tribunais brasileiros no contexto e-commerce e proteção de dados, bem como sobre os desafios enfrentados pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) na sua função punitiva; e, no vespertino, sobre o “poder regulador” do próprio mercado e os obstáculos enfrentados nos programas de governança da privacidade e da proteção de dados.

SESSÃO 1

ANPD E TRIBUNAIS EM AÇÃO

Iniciaram-se as apresentações, conforme mencionado, com os resultados relativos à pesquisa “LGPD em números”, realizada pela equipe de apoio do NEEC. Assim, pelo recorte proposto, encontrou-se, o total de 193 casos, 21% do total de processos com celeumas referentes à proteção de dados pessoais, no período compreendido entre 2019 e dezembro de 2021. Quanto às motivações que deram substância aos referidos processos, destacam-se o pedido de exclusão de dados, o pedido de sigilo ou de segredo judicial e vazamento de dados ou incidentes de segurança em sentido amplo.

Destacaram-se os percentuais de êxito dos pedidos por indenização moral embasados na LGPD, sendo estes 20% dos processos, dos quais 54% foram concedidos. Os respectivos montantes variam de R\$ 5 mil a R\$ 20 mil nas condenações individuais por danos morais.

Outros indicadores foram analisados. Citam-se: (i) o instituto da inversão do ônus da prova, invocados em 10% dos casos, 1% embasado na LGPD; (ii) a culpa exclusiva da vítima e/ou de terceiro, em 10,5% dos casos, ao passo que 1% embasava-se na LGPD; e (iii) a teoria *in re ipsa*, presente em 3,5% dos casos, enquanto 1,5% das decisões relacionavam-se com a LGPD. Esse último tema ampliou os debates relativos à perda do controle sobre os dados pessoais próprios, como um dano propriamente dito, à eventual condenação pela mera exposição ao risco de dado nesse contexto, bem como às teorias da responsabilidade civil (objetiva, subjetiva, proativa e diálogo das fontes) e o consequente dever – ou não – de compensar as vítimas.

Apresentou-se também a pesquisa dos alu-

nos da graduação do Field Project “Aplicação da LGPD à realidade *e-commerce*”, da FGV Direito Rio, que selecionou e analisou as políticas (avisos) de privacidade do site de cem *marketplaces* a fim de identificar os requisitos objetivos e mínimos exigidos pela LGPD. Com esses resultados, destacou-se que somente 68% dessas políticas exibem o contato do encarregado pelo tratamento de dados, e 49% discriminam os direitos dos titulares, bem como a maneira de exercê-los. Além disso, nesse mesmo trabalho, os pesquisadores enviaram requisições de acesso aos dados pessoais para observar o cumprimento dos prazos e os demais critérios legais para conteúdo das respostas. Curiosamente, em apenas 58% obtiveram retorno; dentre os quais, em 7%, sobreveio a necessidade de reenvio de pedido ante o silêncio e consequente intempestividade por parte das empresas. Utilizou-se esse exemplo para introduzir o debate sobre eventual necessidade de comprovar a existência de um dano (material ou imaterial) referente à violação de uma disposição da LGPD. Chamou-se atenção para a recente opinião do advogado geral da União Europeia no caso C-300/21 e a perspectiva crítica oferecida pelo ativista Max Schrems, que oferece alguns critérios para balizar a eventual aplicação da teoria do dano *in re ipsa*.

Restaram evidentes os desafios atuais e do porvir a serem enfrentados pelos tribunais. Estudou-se a possibilidade de delinear-se, eventualmente, métricas objetivas balizadoras de valores de condenações por danos morais, bem como o estabelecimento prévio e formal de montantes mínimos a serem pagos quando da presunção de dano (como previsto pela súmula 403 do STF em relação

ao direito de imagem e à negativação indevida do nome). Por outro lado, refletindo-se sobre a cultura litigiosa e a má-fé, considerou-se a necessidade de traçar parâmetros éticos para a atuação privada e as ações coletivas. Foi destacado que a disponibilização de canais apropriados de interação com titulares de dados permite evitar muitos processos judiciais, cada um dos quais implica custos não apenas para as partes envolvidas, mas também para o meio ambiente. Evidenciando o contraste com a realidade atual, lembrou-se a afirmação feita por Luís Felipe Salomão, em 2015, que as empresas “transferiram seus *call centres* para o Judiciário”.

Os participantes debateram a natureza da responsabilidade civil por violação da LGPD, questionando se seria objetiva ou subjetiva. Nesse sentido, lembrou-se que um relatório de anteprojeto da LGPD fazia referência ao § 1 do artigo 927 do Código Civil, sugerindo a classificação do tratamento de dados como atividade de risco. Por outro lado, destacou-se que houve mais de um relatório, e que o regime estabelecido pelos artigos 42-43 da LGPD (que excluem a responsabilidade dos agentes em caso de culpa exclusiva do titular ou de terceiro) é significativamente diferente daquele do artigo 14 do CDC (que é explícito em prescindir da culpa). Foi sugerido que o microssistema da LGPD criou algo diferente, que, portanto, merece ser considerado de forma independente de outras fontes normativas.

Analisou-se em que medida a atuação da ANPD poderá sinalizar e orientar os magistrados. Acerca da função sancionadora da autoridade, inclusive, abordou-se, *en passant*, o regulamento de dosimetria de sanções, bem como de incidente de segurança com dados pessoais. Sublinhou-se a noção de risco, com base no guia de orientação para agentes de pequeno porte, publicado

pela ANPD, que afirma que a receita ou o tamanho da empresa assume posição secundária diante do risco criado pela atividade de tratamento desenvolvida.

Frisou-se a distinção entre dano e violação, bem como a problemática referente à mensuração econômica, para calcular um dano no contexto da proteção de dados. Nesse sentido, entendeu-se a relevância do tipo de dado, por exemplo, como uma das medidas de suporte para avaliação do impacto e sua reflexa contraprestação/compensação, bem como da conformidade dos processos de tratamento de dados, na medida em que resgata os princípios norteadores da LGPD.

Argumentou-se sobre as legítimas expectativas dos titulares de dados e a concepção de não os surpreender – violação ao “fair play”, à confiança e à transparência do titular. Saliou-se a dificuldade técnica na comprovação do grau do dano e do nexo causal, o que poderia apontar para o critério de “exposição ao risco” (dano), como uma alternativa para a aplicação da Lei.

Ainda nesse contexto, expôs-se a preocupação relativa ao duplo papel das sanções administrativas: tanto de compensação, quanto de persuasão. Para além, frisou-se a importância de não se olvidar das limitações técnicas (de recursos) da ANPD para efetuar a função fiscalizatória, cogitando-se ser o judiciário uma alternativa plausível, embora também restrita. De qualquer forma, não se descartou a importância desta na atuação focada em grandes *players* do mercado, oportunizando mudanças que se aproveitam do efeito de rede. De conotação mais prática, mencionou-se que os setores mais demandados à ANPD, são do financeiro, das telecomunicações, do setor público, dos agregadores de dados e das plataformas de e-commerce.

Por fim, atinente à relação da LGPD com sigilo, firmou-se que não houve a criação de nenhuma nova hipótese legal, senão a obrigação do sigilo e proteção das informações disponibilizadas à ANPD. Ora, a LGPD não se trata de uma lei de sigilo, sendo essa regra dirigida à própria autoridade controladora (exceção relativa ao segredo comercial ou industrial). Assim, reafirmou-se que não há contraposição da LGPD à LAI (Lei de Acesso à Informação), mas tão somente seu complemento e reforço. Se a LAI tem como objetivo garantir a transparência, a LGPD busca garantir sua concretização em conformidade com as hipóteses legais, medidas técnicas e administrativas previstas.

SESSÃO 2

ADEQUAÇÃO DAS EMPRESAS E *DUE DILIGENCE*

No período da tarde, iniciaram-se os debates a partir do estudo “TIC Empresas 2021: aspecto de comércio eletrônico, privacidade e proteção de dados”, realizado pelo CETIC/NIC.br. Com o objetivo de medir a posse e o uso das tecnologias de informação e comunicação entre as empresas brasileiras, analisaram-se empresas brasileiras ativas com o total de, ao menos, 10 pessoas empregadas, durante o período de agosto de 2021 a abril de 2022, a partir de entrevistas viabilizadas por telefone (CATI). Somaram-se, assim, uma amostra de 4.064 empresas respondentes, das quais, no módulo de privacidade e proteção de dados, 1.473 participaram.

No contexto do comércio eletrônico, identificou-se um crescimento nas aquisições durante o período pandêmico em 12% (de 2018 a 2021). Em especial, os produtos mais comprados por pessoas maiores de 16 anos foram os alimentícios - por aplicativo ou *website* - e de *streaming* (serviços de filmes ou séries). Registrou-se, nesse intercurso temporal, um aumento de 20 pontos percentuais de pessoas que compraram por serviços de mensagens instantâneas e redes sociais, o que evidencia diminuição da desconfiança preexistente em relação às compras pela internet, é possível perceber que as pessoas perderam a desconfiança em comprar produtos pela internet. Dessas transações, em 2021, destaca-se que os meios de pagamento foram cartão de crédito e Pix em percentuais similares (76% e 72%, respectivamente). Desvelou-se que, atualmente, 40% das empresas pagam por anúncios de internet a fim de fomentar a sua exposição. Registrou-se que empresas de pequeno porte intensificaram

suas atividades nos setores de alimentação e alojamento, passando de 59% para 81%.

Sobre a privacidade e a proteção de dados, identificou-se que a maior preocupação dos usuários está atrelada ao rastreamento de suas atividades recai sobre o uso do cartão de crédito nas compras online, nos acessos ao *internet banking* e nas redes sociais. Quando perante dúvidas relativas ao tratamento de seus dados pessoais, descobriu-se que os titulares recorrem, em sua maioria, à própria empresa ou órgão público controlador/operador de dados e ao Procon, para resolução de celeumas e, em menor escala (ocupando a última posição), somando-se 27%, à ANPD.

Quando questionadas sobre os processos/programas de adequação à LGPD, 36% das empresas confirmaram a realização de reunião para debater a temática, destas, identificou-se serem em sua maioria empresas de grande porte, especialmente da área de Tecnologia da Informação. Sobre a alocação de profissionais para lidar especificamente com proteção de dados, levantou-se que menos da metade das empresas haviam feito - o que se verifica são a acumulação de funções originais com esta (em 88% dos casos), sendo elas majoritariamente profissionais da TI (94%). A figura do Encarregado pelo tratamento de dados pessoais é, em 77% das vezes, representada por comitês ou pessoas oriundos da própria empresa, e não por serviço.

Percebeu-se que a migração para o comércio digital estimulou as empresas a se adequarem à LGPD, haja vista que aquelas criadas durante a pandemia já nasciam com essa

preocupação. Além disso, outros fatores diferenciais e de fomento pró-conformidade normativa são (i) o eventual relacionamento transfronteiriço, justamente por sofrer pressões de um mercado mais maduro e com modelos legislativos sobre proteção de dados mais antigos; e (ii) setores extremamente regulados, como o financeiro, já habituados aos programas de governança e auditorias internas e externas.

Apesar disso, lembrou-se que a documentação preparada para demonstrar compliance representa uma fotografia de um determinado momento, sob determinados critérios pré-determinados. Nesse sentido, destacou-se também que o porte das empresas não necessariamente é indicativo do grau de compliance: o que normalmente gera essa impressão é o fato de que são as empresas maiores aquelas que mantêm uma relação com o mercado internacional, mais maduro nos programas e mais exigente em relação aos critérios de segurança de informação. Ao mesmo tempo, mencionou-se também o desafio de ajustar comportamentos organizacionais às exigências e respostas do relatório de *due diligence*, haja vista que as decisões negociais foram tomadas previamente (por exemplo, por motivos econômicos).

No intuito de enriquecer as discussões, sobreveio um estudo de caso da empresa Mercado Livre, conduzido e apresentado pela encarregada de tratamento de dados desta. Veja-se na sequência. A missão do Mercado Livre é a democratização do comércio eletrônico e do acesso aos serviços digitais para a população brasileira. Focados no programa de privacidade e proteção de dados, destacou-se que seu início foi antes da vigência da LGPD, quando a sede da empresa estava situada na Argentina - hoje, presentes em mais de 18 países, estão sujeitos e conforme a outras legislações.

Falando-se de *marketplace*, trata-se de uma

gama de atores tratando dados pessoais. O Mercado Livre investe em experiência do usuário e, igualmente, em tecnologia de inteligência artificial a fim de garantir logística, agilidade, segurança e confiança, seja de vendedores, seja de consumidores. Afirmou-se preocupação na coleta mínima de dados pessoais necessários para a prestação dos serviços, como, por exemplo, de dados de geolocalização - que não se confunde com *geopricing* - para envio de produtos. Citou-se exemplo interessante relativo à adequação dos processos de etiquetagem e envio de nota fiscal - obrigação legal - de modo a imprimir a menor quantidade de dados possíveis por intermédio da utilização de *QR Codes* e códigos de barra (também em atendimento às exigências tributárias).

Igualmente nesse sentido, comprometidos com a transparência, a empresa dispõe de avisos de privacidade com textos claros e fluidos, indicando singular atenção relativa à sua inteligibilidade. Inclusive, o Mercado Livre foi a primeira empresa na América Latina a publicar relatório de transparência com informações sobre quais direitos dos titulares eram atendidos. Salientou-se que, hoje, para a manutenção do programa de exercício de direitos dos titulares são necessários 43 profissionais, carga horária de 108 horas de capacitação inicial, reciclada ao longo do ano, com adoção de técnicas de gamificação. Esta preocupação se mantém em relação à gestão de terceiros, na medida em que se exige o cumprimento de suas diretrizes e entendimentos, por meio de um sistema bastante rigoroso de proteção de dados quando integra a cadeia de parceiros.

Por fim, entendeu-se, pelos debates, que apenas se compreenderá a real aderência da LGPD e como será o seu impacto sancionatório/punitivo em alguns anos, com maior atividade nos tribunais e na ANPD. Hoje, o que se verifica efetivamente é um movimento de pressão do próprio mercado, em formatos

plurais, haja vista a carência de orientações oficiais mais robustas. Também destacou-se a importância do canal de comunicação com o controlador como primeira prestação de conta, antes da ANPD, e do sistema de Procons, defensorias públicas e ministérios públicos no âmbito federal e estadual, tudo isso antes de chegar na responsabilização nos tribunais.

ANEXOS

1. Apresentação - LGPD em Números (NEEC)



FGV DIREITO RIO