

POSICIONAMENTO DO SETOR EMPRESARIAL PELA SEGURANÇA JURÍDICA PARA AS TRANSFERÊNCIAS INTERNACIONAIS DE DADOS

10 de novembro de 2022

O Fórum Empresarial da LGPD foi criado em outubro de 2021. Congrega mais de 100 entidades empresariais, representando mais de 14 setores da economia brasileira e totalizando quase 80% do PIB nacional. Tem como missão a promoção da segurança jurídica na LGPD e da cultura da privacidade e proteção de dados pessoais.¹

Com o avanço da adoção por cidadãos e organizações das tecnologias da informação e das comunicações intensificou-se o fluxo internacional de dados. Comunicações, aplicações, dispositivos conectados, serviços os mais variados, do comércio ao setor financeiro, dependem cada vez mais desse tipo de compartilhamento transfronteiriço de dados. Cadeias globais inteiras já estão interligadas e interdependentes por meio de serviços digitais que dependem do fluxo e compartilhamento contínuo de dados entre fronteiras.

Imbuídos do espírito colaborativo, oferecemos as sugestões detalhadas no presente documento para auxiliar o Conselho Diretor da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (“ANPD”) em seus esforços para regulamentar o dispositivo da LGPD que trata da transferência internacional de dados.

Diante das negociações em trâmite para o ingresso do Brasil na Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (“OCDE”), é importante ressaltar que a dinamização para a livre circulação de dados nas transferências internacionais está em linha às Diretrizes da OCDE sobre proteção de privacidade e dos transfronteiriços de dados pessoais², o que reforça a importância de uma visão mais estrita da ANPD sobre a definição desse do conceito de transferência internacional.

A inclusão de vários mecanismos para transferência de dados no dispositivo legal da LGPD que trata das transferências internacionais de dados³ foi um marco muito importante, pois a possibilidade de uso do mecanismo mais apropriado para cada situação é primordial para o desenvolvimento econômico do Brasil impulsionado pelo avanço da economia digital.

A maior parte dos mecanismos elencados em tal dispositivo legal requer regulamentação pela ANPD. Até que a completa regulamentação do artigo 33 da LGPD esteja vigente, é importante que as empresas sejam asseguradas de que não serão afetadas negativamente por transferirem dados internacionalmente com base em melhores práticas internacionais já adotadas por elas,

¹ Para mais informações sobre o Fórum Empresarial da LGPD acessar: <https://abes.com.br/forumlgpd/>

² Disponível em:

<https://www.oecd.org/sti/ieconomy/oecdguidelinesontheProtectionofPrivacyandtransborderflowsofpersonaldata.htm>.

³ Art. 33 da LGPD.

como disposições contratuais. Para tal, solicitamos que a autoridade emita orientação formal confirmando que as empresas podem continuar transferindo dados para outros países, de forma responsável, com base em melhores práticas globais até que a regulamentação do artigo 33 seja finalizada.

Dessa forma, sem prejuízo das contribuições já enviadas pelas demais entidades interessadas nessa temática, propomos uma reflexão em torno dos principais eixos que, entendemos, deveriam guiar os trabalhos em torno da construção da regulamentação das transferências internacionais.

1. A NECESSIDADE DE DELIMITAÇÃO DO CONCEITO DE TRANSFERÊNCIA INTERNACIONAL DE DADOS DE ACORDO COM A LGPD

O livre fluxo internacional de dados é uma importante fonte de valor econômico e social, sendo certo que um dos grandes benefícios da sociedade digital está justamente nas economias de escala advindas desse ecossistema. A Internet e o livre fluxo internacional de dados propiciam, atualmente, o florescimento de diversas empresas digitais, em diferentes lugares do mundo, que, graças a inexistência de barreiras no mundo digital, conseguem atingir pessoas a qualquer hora e em qualquer lugar do mundo. Isso porque, servem como um mercado ou um canal de distribuição, que têm permitido o comércio transnacional, a concorrência e a inovação⁴. Neste sentido, os países poderão aumentar os benefícios internos de toda a sociedade conectada expandindo a penetração da Internet e criando regulações inteligentes, que permitam que os dados possam trafegar de forma segura e livre em seus territórios. Do contrário, estudos acadêmicos apontam que restrições ao livre fluxo internacional de dados e informações poderão reduzir o crescimento do PIB entre 1-2 pontos percentuais⁵.

Nesse sentido, o art. 5º, XV, da LGPD define transferência internacional como *“a transferência de dados pessoais para país estrangeiro ou organismo internacional do qual o país seja membro”*.

A ANPD, no exercício de seu poder normativo, poderá regulamentar critérios para a identificação das situações que podem ser qualificadas como uma transferência internacional para conferir maior segurança jurídica aos agentes de tratamento, considerando a interpretação sistemática dos dispositivos da LGPD.

Apesar de a LGPD não ter especificado melhor o conceito, a interpretação sistemática dos dispositivos da Lei parece indicar que a existência de uma transmissão de dados entre dois ou mais agentes de tratamento, em que um dos agentes está fora do Brasil, é pressuposto necessário para a caracterização do conceito jurídico de transferência internacional. Nesse

⁴ The Economic Importance of Getting Data Protection Right: Protecting Privacy, Transmitting Data, Moving Commerce. A trade impact assessment of the General Data Privacy Regulation (GDPR) by the European Centre for International Political Economy (ECIPE) for the U.S. Chamber of Commerce. Março de 2013 - Pág. 5. Disponível em:

https://www.uschamber.com/sites/default/files/documents/files/020508_EconomicImportance_Final_Revised_Ir.pdf.

⁵ Matthias Bauer et al., The costs of data localization: Friendly fire on economic recovery, ECIPE occasional Paper No. 3/2014, May 2014.

sentido, é fundamental que a construção dos mecanismos para a transferência internacional de dados, deverá considerar necessariamente a existência de agentes de tratamento distintos em cada ponta do tratamento, para que uma transferência internacional seja efetivamente detectada.

Dentre as hipóteses elencadas no art. 33 da LGPD, que permitem a transferência de dados para país terceiro ou organismo internacional, há a previsão de instrumentos contratuais que necessariamente envolvem duas partes ou mais para a materialização do acordo de vontade, tais como as cláusulas-padrão contratuais e as normas corporativas globais, o que representa uma indicação importante do posicionamento do legislador de que a transferência internacional pressupõe a transmissão de informações entre dois ou mais agentes de tratamento.

O entendimento proposto pelo European Data Protection Board (“EDPB”) nas orientações 5/2021⁶ em relação às disposições do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (“RGPD”) tem sido um importante norteador para tal exercício, mas convidamos a ANPD a ampliar o leque de referências a serem utilizadas para tal análise.

De acordo com o EDPB, uma transferência internacional implica que os dados pessoais sejam transmitidos por um agente de tratamento (exportador), sujeito ao RGPD, para um outro agente de tratamento (importador) localizado em um país terceiro ou organização internacional, independentemente deste importador estar no âmbito de aplicação direta do RGPD. A proposição do EDPB, assim, pressupõe a existência de uma relação entre agentes de tratamento distintos, que atuam na condição de exportador e importador dos dados, e a transmissão de dados entre tais agentes. A coleta direta de dados de indivíduos localizados no espaço comunitário por uma entidade estrangeira, portanto, não caracterizaria uma transferência internacional. Como resultado, os dados devem ser remetidos de um agente de tratamento para outro e a coleta direta de dados de indivíduos localizados no espaço comunitário por uma entidade estrangeira, portanto, não caracterizaria uma transferência internacional.

Além da interpretação sistemática dos dispositivos da LGPD, é possível que os critérios propostos pelo EDPB sejam adotados como referência orientativa pela ANPD para a caracterização do conceito de transferência internacional. É possível sustentar que esses parâmetros, além de assegurar a proteção dos dados pessoais em todo o ciclo de tratamento, poderão proporcionar maior segurança jurídica aos agentes de tratamento envolvidos em um contexto globalizado de operações, contribuindo com a livre circulação de dados e reduzindo custos e esforços para atuação da ANPD.

Com a delimitação das situações que configuram uma transferência internacional em linha com o entendimento proposto pelo EDPB, agentes de tratamento estrangeiros que realizam a coleta direta de dados de indivíduos localizados no Brasil, embora sujeitos às regras da LGPD por força do escopo territorial de aplicação da Lei⁷, não teriam a necessidade formal adicional de estar

⁶ Guidelines 05/2021 on the Interplay between the application of Article 3 and the provisions on international transfers as per Chapter V of the GDPR. Disponível em: https://edpb.europa.eu/our-work-tools/documents/public-consultations/2021/guidelines-052021-interplay-between-application_en.

⁷ Art. 3º, LGPD. Esta Lei aplica-se a qualquer operação de tratamento realizada por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, independentemente do meio, do país de sua sede ou

respaldados em uma das hipóteses que autorizam a transferência de dados para fora do território brasileiro.

2. CONSIDERAÇÃO DE INSTRUMENTOS MAIS FAVORÁVEIS À CIRCULAÇÃO DE DADOS

Ao regulamentar o processo de transferências internacionais, reforçamos a importância da ANPD considerar a referência de diferentes arcabouços internacionais, alguns inclusive mais flexíveis do que o Europeu usualmente utilizado como referência, conforme detalhado a seguir:

2.1. Cláusulas-Padrão Contratuais

Um aspecto importante a ser observado quanto às cláusulas contratuais padrão, é que elas podem servir de modelo de fácil utilização por empresas que ainda não usam este mecanismo. Entretanto, sugerimos que as empresas que já firmaram contratos que garantem os direitos e obrigações previstos pela LGPD possam continuar usando os modelos de cláusulas contratuais já adotados, de acordo com aprovações em outras jurisdições, em linha com o que já ocorre em alguns países.

Veja-se algumas das abordagens já implementadas:

2.1.1. Nova Zelândia

As questões relacionadas ao tratamento de dados pessoais na Nova Zelândia (“NZ”) são reguladas pelo *Privacy Act 2020*, composto por 13 (treze) princípios sobre privacidade, denominados *Information Privacy Principles* (IPPs)⁸.

A regra do IPP 12 (“*Disclosure outside New Zealand*”)⁹ trata especificamente da transferência internacional e permite que ela seja realizada desde que a instituição sujeita à lei neozelandesa (exportador) acredite razoavelmente que o destinatário (importador) atende a pelo menos um dos seguintes critérios: (i) está sujeito ao *Privacy Act 2020* porque possui negócios na NZ; (ii) está sujeito a leis de privacidade que oferecem salvaguardas semelhantes às da lei neozelandesa; (iii) concorda em proteger adequadamente as informações, por exemplo, a partir da adoção de cláusulas-padrão contratuais; ou (iv) está sujeito às leis de privacidade de um país, província ou Estado, ou é participante de um esquema vinculativo de divulgação internacional de informações que, segundo o Governo da NZ, forneça salvaguardas semelhantes às da lei neozelandesa. Se nenhum dos critérios se aplicar, a transferência internacional só poderá ocorrer com o consentimento do titular dos dados.

do país onde estejam localizados os dados, desde que: I - a operação de tratamento seja realizada no território nacional; II - a atividade de tratamento tenha por objetivo a oferta ou o fornecimento de bens ou serviços ou o tratamento de dados de indivíduos localizados no território nacional; ou III - os dados pessoais objeto do tratamento tenham sido coletados no território nacional.

⁸ IPP 1: Purpose for collection. IPP 2: Source of information. IPP 3: What to tell an individual. IPP 4: Manner of collection. IPP 5: Storage and security. IPP 6: Access.

IPP 7: Correction. IPP 8: Accuracy. IPP 9: Retention. IPP 10: Use. IPP 11: Disclosure. IPP 12: Disclosure outside New Zealand. IPP 13: Unique identifiers.

⁹ Disponível em: <https://www.privacy.org.nz/privacy-act-2020/privacy-principles/12/>.

Em termos de conteúdo, a autoridade neozelandesa de proteção de dados (“*Privacy Commissioner*”) propõe um modelo híbrido, composto por cláusulas-padrão rígidas (“*General Terms*”)¹⁰, que fixam os princípios norteadores para transferências internacionais, e cláusulas flexíveis que poderão ser incluídas ou não, de acordo com os diferentes modelos de negócios e finalidades para a transferência de dados pessoais. Além dessa flexibilidade, diferentemente das SCCs previstas pela Comissão Europeia em relação RGPD, as cláusulas neozelandesas são mais curtas, genéricas e menos onerosas aos agentes de tratamento, estabelecendo tão somente regras gerais para o tratamento dos dados pessoais divulgados, com base nos princípios do *Privacy Act*.

Neste caso, a autoridade permite que as organizações redijam termos específicos¹¹ para formar as suas próprias cláusulas tidas como adicionais, desde que as proteções básicas estabelecidas nos *General Terms* estejam presentes¹². Tal modelo parece interessante no sentido de garantir uma estrutura mínima de proteção, com a flexibilidade para considerar especificidades de cada negócio e contrato envolvendo transferências internacionais.

2.1.2. Hong Kong

A autoridade honconguesa¹³ de proteção de dados, por outro lado, apresenta uma estrutura absolutamente flexível para endereçar a temática do instrumento contratual para transferências internacionais de dados. O modelo permite que as organizações adaptem tais cláusulas em seus contratos de tratamento de dados pessoais. A autoridade destaca, ainda, que as cláusulas padrão-contratuais podem ser simplesmente incorporadas como parte de um contrato comercial maior, desde que os princípios da legislação de proteção de dados pessoais sejam atendidos.

Com um maior amadurecimento do arcabouço institucional da proteção de dados pessoais no Brasil, poder-se-á discutir uma maior flexibilidade ao longo do tempo.

2.1.3. Possíveis contribuições para a regulamentação da ANPD

A LGPD prevê que o controlador poderá utilizar cláusulas-padrão contratuais¹⁴ para a realização de transferências internacionais. Em relação à definição do conteúdo das cláusulas, é possível sustentar que a ANPD poderá fornecer maior liberdade contratual às partes em linha com o modelo regulatório neozelandês, desde que associada à observância dos direitos dos titulares e princípios previstos pela LGPD e o atendimento de uma estrutura mínima de cláusulas padrão, que garantam o atendimento dos princípios da lei. Tal abordagem incentiva, de um lado, maior

¹⁰ <https://privacy.org.nz/responsibilities/disclosing-personal-information-outside-new-zealand/model-clause-agreement-builder/>.

¹¹ O modelo neozelandês permite às partes introduzirem cláusulas especiais (“*Special Terms*”) para personalizar o contrato de acordo com suas circunstâncias, por exemplo, a inclusão de uma cláusula que exija do importador certificações ISO/IEC, ou uma cláusula de auditoria. Contudo, as partes devem considerar se a adição de tais cláusulas prejudicaria as proteções no modelo padrão (“*General Terms*”).

¹² Disponível em: <https://privacy.org.nz/publications/statements-media-releases/new-principle-for-disclosing-personal-information-overseas/>.

¹³ https://www.pcpd.org.hk/english/resources_centre/publications/files/guidance_model_contractual_clauses.pdf.

¹⁴ Art. 33, II, “b”, da LGPD.

flexibilidade para circulação de informações e, de outro, a proteção dos direitos dos titulares dos dados.

Ainda, é possível propor abordagens distintas a depender o tipo de serviço prestado pelo agente localizado no exterior, a exemplo dos prestadores de serviço em nuvem, sob o fundamento da LGPD que prestigia o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação¹⁵, bem como à luz do princípio da responsabilização e prestação de contas previsto na mesma lei¹⁶. A utilização de computação em nuvem para o armazenamento e tratamento de dados aumentou significativamente nas empresas dos mais variados setores e uma abordagem focada na atribuição de responsabilidade dos agentes de mercado promoveria maior dinamicidade para os fluxos de dados.

2.2 Cláusulas Contratuais Específicas -

A LGPD prevê que o controlador poderá utilizar cláusulas contratuais específicas¹⁷ e, como já mencionado, cláusulas-padrão contratuais¹⁸ para a realização de transferências internacionais. Em relação à definição do conteúdo das cláusulas contratuais específicas, a ANPD poderá oferecer maior liberdade contratual às partes em linha com o modelo regulatório canadense, desde que associada à observância dos direitos dos titulares e princípios previstos pela LGPD, sobretudo a transparência, segurança, responsabilização e prestação de contas.

Nesse sentido, a revisão pela ANPD das cláusulas específicas deverá ser de acordo com um check list vis a vis os princípios da lei, permitindo larga flexibilidade para que os agentes definam no caso concreto a melhor maneira de atender a LGPD, mediante sua avaliação de risco. Tal abordagem incentiva, de um lado, a livre circulação de informações e, de outro, a observância da LGPD, sobretudo quanto à proteção dos direitos dos titulares dos dados. Dito de outra forma, para as cláusulas contratuais específicas, a ANPD poderá exercer o papel de fiscalização e possibilitar a livre negociação das partes, respeitados os princípios e direitos dos titulares previstos na LGPD.

3. Certificação

2.1.4. Cooperação Econômica Ásia-Pacífico (“APEC”)

A APEC é um bloco econômico fundado em 1989 entre os países da região da Ásia e do Pacífico. O modelo desenvolvido para proteção de dados pessoais e privacidade baseia-se no *APEC Privacy Framework*, que contém princípios e diretrizes para o tratamento de dados a serem adotados pelos países membros. O *APEC Cross-Border Privacy Rules (“CBPR”)*¹⁹ é um sistema de certificação de privacidade em que as empresas dos países participantes do CBPR podem, de forma voluntária, aderir para demonstrar conformidade com parâmetros internacionais de

¹⁵ Art. 2, V da LGPD.

¹⁶ Art. 6, X da LGPD.

¹⁷ Art. 33, II, “a”, da LGPD.

¹⁸ Art. 33, II, “b”, da LGPD.

¹⁹ Disponível em: <https://www.apec.org/about-us/about-apec/fact-sheets/what-is-the-cross-border-privacy-rules-system>.

proteção de dados. Uma vez certificada, a organização fica sujeita às regras de forma vinculante e passa a ser autorizada a operar na APEC. A particularidade do modelo da APEC consiste no fato de que o agente fiscalizador e certificador pode ser uma entidade privada.

A certificação CBPR envolve a análise de conformidade baseada nos seguintes critérios: (i) *Accountability*; (ii) *Prevent Harm*; (iii) *Notice*; (iv) *Choice*; (v) *Collection Limitation*; (vi) *Use of Personal Information*; (vii) *Security Safeguards*; (viii) *Access and Correction* e (ix) *Integrity of Personal Information*. Dentre os países que participam do CBPR é possível citar Estados Unidos, China, Canadá, Japão, Chile, Peru, Singapura, Nova Zelândia e México²⁰, na medida em que o sistema de adesão é simplificado e de baixo custo. Organizações que queiram aderir ao CBPR devem implementar políticas de privacidade e práticas consistentes com os requisitos.

Vale destacar que os critérios de conformidade exigidos pelo CBPR possuem similaridades com os direitos dos titulares e princípios previstos pela LGPD, a exemplo dos princípios da responsabilização e prestação de contas, prevenção, necessidade e segurança.

Ainda sobre o tema, em 21 de abril de 2022, o Departamento de Comércio dos EUA anunciou²¹ a constituição do *Global Cross-Border Privacy Rules Forum* ("Fórum Global CBPR"), juntamente com Canadá, Japão, República da Coreia, Filipinas, Singapura e Taipé Chinês, países integrantes do APEC. O Fórum tem por objetivo a criação de um sistema de certificação internacional de proteção de dados para ajudar as empresas a demonstrar conformidade com padrões reconhecidos internacionalmente baseado no modelo APEC.

2.1.5. Possíveis contribuições para a regulamentação da ANPD

Os esquemas de certificação apresentam uma oportunidade de interoperabilidade global entre várias jurisdições. Caso adotados, os esquemas de certificação podem exercer uma ponte de conexão entre diferentes estruturas regionais e promover parâmetros comuns para conformidade global em matéria de proteção de dados. Nesse sentido, a LGPD prevê que certificados regularmente emitidos²² constituem mecanismos válidos para amparar transferências internacionais.

Entendemos que a ANPD tem participado de discussões sobre a criação do novo sistema de certificação global baseado no APEC CBPR. Aplaudimos tal engajamento e encorajamos a continuação do mesmo para que a ANPD avalie a eventual adesão ao mecanismo global de certificação, como têm feito outros países como o Reino Unido. proteção de dados da LGPD para eventual adesão, considerando também o incentivo à livre circulação de dados.

4. AFASTAR OBRIGAÇÕES QUE LIMITEM O COMPARTILHAMENTO DE DADOS COM O PODER PÚBLICO A PARTIR DE UMA ORDEM JUDICIAL EM CASOS CRIMINAIS

²⁰ Disponível em <http://cbprs.org/about-cbprs/>.

²¹ Disponível em: <https://www.commerce.gov/news/press-releases/2022/04/statement-commerce-secretary-raimondo-establishment-global-cross-border>.

²² Art. 33, II, "d", LGPD.

A LGPD não se aplica ao tratamento de dados pessoais realizado para fins de segurança pública, defesa nacional, segurança do Estado ou atividades de investigação e repressão de infrações penais.

Não obstante, dentre as derrogações, a LGPD estabeleça que a transferência internacional será permitida (i) quando for necessária para a cooperação jurídica internacional entre órgãos públicos de inteligência, de investigação e de persecução, de acordo com os instrumentos de direito internacional²³ ou (ii) quando resultar em compromisso assumido em acordo de cooperação internacional²⁴, que pode incluir acordos em matéria criminal em relação como o MLAT (“*mutual legal assistance*” – acordos de assistência judicial mútua), e a Convenção de Budapeste, relativa à persecução penal dos crimes cibernéticos, ambos integrados à ordem jurídica brasileira. Tais derrogações demonstram o intuito da LGPD de não prejudicar o compartilhamento de informações – mesmo que em âmbito internacional -, quando ele for necessário para dar efetividade a atividades de investigação e repressão a infrações penais e outras atividades afins.

2.2. Experiência internacional

2.2.1. Canadá

Como mencionado no item 2 acima, a legislação canadense em matéria de proteção de dados veda a possibilidade de contratos afastarem a aplicação de leis criminais, de segurança nacional ou de outras leis do país de destino dos dados. Por sua vez, as organizações devem ser transparentes sobre as práticas de proteção de dados, o que inclui informar aos titulares que os seus dados, enquanto estiverem em outra jurisdição, poderão ser acessados por tribunais e autoridades relevantes²⁵.

2.2.2. Austrália

De acordo com a diretrizes do *Australian Privacy Act*, mencionada no item 2 acima, o compartilhamento de dados para um destinatário no exterior pode ocorrer sem a observância da regra geral do APP 8.1 (conforme permitido pelos itens 8.53 a 8.55)²⁶ quando (i) a instituição razoavelmente acreditar que o compartilhamento é necessário para uma ou mais ações de *enforcement*, relacionado às atividades conduzidas por, ou em nome de, um órgão de *enforcement*; ou quando (ii) o destinatário dos dados for um órgão que exerça funções ou poderes que sejam similares aos exercidos por um órgão de *enforcement*. Esta exceção permite que, por exemplo, uma instituição coopere com contrapartes internacionais para atividades de *enforcement*.

²³ Art. 33, III, LGPD.

²⁴ Art. 33, VI, LGPD.

²⁵ Guidelines for processing personal data across borders. “[...] No contract can override the criminal, national security, or any other laws of the country to which the information has been transferred. [...] Organizations must be transparent about their personal information handling practices. This includes advising customers that their personal information may be sent to another jurisdiction for processing and that while the information is in another jurisdiction it may be accessed by the courts, law enforcement and national security authorities.” Disponível em: https://www.priv.gc.ca/en/privacy-topics/airports-and-borders/gl_dab_090127/.

²⁶ Disponível em: <https://www.oaic.gov.au/privacy/australian-privacy-principles-guidelines/chapter-8-app-8-cross-border-disclosure-of-personalinformation#overseas-acts-or-practices-required-by-a-foreign-law>.

2.2.3. Nova Zelândia

O IPP 12, mencionado no item 2 acima, permite a divulgação de informações pessoais no exterior se for necessário para evitar prejuízo à manutenção da lei (incluindo a prevenção, detecção, investigação, processo e punição de delitos) ou para prevenir ou diminuir uma ameaça grave à saúde ou segurança pública ou à vida ou saúde de um indivíduo. O modelo de cláusulas-padrão contratuais da NZ, ao contrário daquele adotado pela Comissão Europeia, prevê tão somente uma obrigação geral (Cláusula 5.3)²⁷ ao importador de notificação do exportador em caso de divulgação dos dados por obrigação legal. Ou seja, se o importador for obrigado, por um tribunal ou agência governamental, sob qualquer lei, a divulgar ou utilizar as informações transferidas de uma forma que não seria permitida pelo contrato, então o exportador deverá ser notificado para que possa contestar a exigência legal se quiser (por exemplo, levando o assunto ao tribunal).

3. AFASTAR OBRIGAÇÕES DE AUDITORIA, ESPECIALMENTE NA RELAÇÃO CONTROLADOR-OPERADOR

A LGPD não prevê a obrigação de promover auditorias das atividades de tratamento de dados realizadas pelo importador de dados, ainda que na relação controlador-operador. Caso venha a ser adotada nas cláusulas-padrão contratuais no Brasil, a previsão obrigatória de tal exigência, além de ser muito onerosa para o importador de dados, poderá restringir diretamente o direito de agentes privados à liberdade contratual e ao princípio da autonomia das relações privadas, violando os princípios constitucionais da livre iniciativa (art. 1º, IV), livre concorrência (art. 170, IV).

Além disso, considerando o regime de responsabilidade solidária do art. 42, I, da LGPD na relação controlador-operador, é possível argumentar que será de interesse de ambos os agentes de tratamento criar mecanismos contratuais adequados às suas respectivas realidades para que possam se fiscalizar mutuamente e garantir o cumprimento do regime de proteção de dados previsto na LGPD. Por isso, é fundamental permitir que os agentes tenham alguma flexibilidade em termos de obrigações específicas constantes das cláusulas contratuais padrão que venham a ser aprovadas pela ANPD.

Portanto, ao invés de previsão em cláusulas-padrão contratuais, entendemos que seria razoável que essa obrigação possa ser discutida pelas partes de acordo com caso concreto e, eventualmente, incluída no contrato de transferência de dados, conforme aplicável.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

²⁷ 5.3. The Recipient must notify the Discloser about any use or disclosure compelled by law. If the Recipient is required by a court or government agency under any law to disclose or use the transferred information in a way that would not otherwise be permitted by this agreement, then to the extent law allows the Recipient must notify the Discloser to give it the opportunity to contest that legal requirement (for example, by taking the matter to court).

Tendo em vista as considerações acima exploradas, entendemos que de modo a incentivar o desenvolvimento econômico, a proteção dos direitos e garantias dos titulares de dados pessoais, e a plena aplicação da LGPD, a ANPD deveria:

- a) implementar um modelo híbrido de cláusulas contratuais padrão, adotando uma estrutura rígida e pré-definida que garanta a aplicação dos princípios centrais da LGPD, e permitindo alguma flexibilização em termos de cláusulas específicas;
- b) adotar um *check list* principiológico para o seu processo de aprovação de cláusulas contratuais específicas, assegurando o espaço para aferição de riscos a ser definido pelos agentes de tratamento no caso concreto; e
- c) realizar os estudos e implementar as medidas necessárias para avançar na construção de uma estrutura de certificação voluntária dos agentes de tratamento de dados pessoais, a exemplo do modelo CBPR.

ENTIDADES SIGNATÁRIAS:

Associação Brasileira das Empresas de Software – ABES

Associação Brasileira da Indústria Elétrica e Eletrônica – ABINEE

Associação Nacional dos Bureaus de Crédito – ANBC

Confederação Nacional dos Dirigentes Lojistas – CNDL

Federação do Comércio de Bens, Serviços e Turismo do Estado de São Paulo – FecomercioSP

Instituto Brasileiro de Direito e Ética Empresarial – IBDEE

Movimento Brasil Competitivo – MBC

Sindicato Nacional das Empresas de Telefonia e de Serviço Móvel, Celular e Pessoal – CONEXIS