

COMENTÁRIOS DA BRASSCOM À TOMADA DE SUBSÍDIOS 1/2021 DA AUTORIDADE NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS (ANPD)

Comentários à tomada de subsídios sobre a regulamentação da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais para microempresas, empresas de pequeno porte e startups ou empresas de inovação e pessoas físicas que tratam dados pessoais com fins econômicos.

Brasília, 1º de março de 2021

A Brasscom, Associação das Empresas de Tecnologia da Informação e Comunicação e Tecnologias Digitais (TIC) e de Tecnologias Digitais, entidade sem fins lucrativos de representatividade nacional, e que congrega algumas das mais dinâmicas e inovadoras empresas de TIC alinhadas com a Era Digital.

Neste mister, a Brasscom parabeniza a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) por lançar esta Tomada de Subsídios para discutir a regulamentação da aplicação da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) para microempresas e pequenas empresas, startups, empresas de inovação e pessoas físicas que tratam dados pessoais com fins econômicos.

Consideramos fundamental essa iniciativa de abrir espaço para que todas as partes interessadas possam apresentar considerações e permitir que a futura regulamentação atinja seus objetivos de forma equilibrada e eficiente, sem causar distorções econômicas ou competitivas entre as empresas sob escopo de aplicação da LGPD. Nesse sentido, a Brasscom respeitosamente apresenta suas considerações abaixo:

SOBRE O PRINCÍPIO DA GESTÃO DE RISCO

A redação final da LGPD é fruto de um longo processo de debates públicos, que contaram com a participação de todas as partes interessadas, e reflete um arcabouço normativo baseado em amplo consenso que representa um equilíbrio entre os direitos dos titulares e a necessidade das organizações em tratar dados. Destaca-se aqui o caráter principiológico da lei e sua ênfase na gestão de risco.

A premissa de gestão de risco traz sua inspiração nas práticas já corriqueiras de segurança da informação e se concretiza no processo sistemático de identificação, avaliação, tratamento e monitoramento de riscos e eventuais danos, com o objetivo de minimizar ou até mesmo eliminar - quando possível - a possibilidade de impactos negativos sobre objetivo pretendidos, caso alguns dos riscos avaliados venham a se concretizar. Portanto, esse gerenciamento de riscos visa reduzir ao mínimo possível os impactos dos riscos sobre a própria organização e terceiros, com a adoção de melhores práticas de infraestrutura, políticas e metodologias, tendo em mente a tecnologia disponível; o custo de implementação; a natureza, escopo, contexto e finalidade das atividades de processamento do controlador de dados; e a probabilidade e magnitude dos riscos envolvidos¹.

Uma parte desse processo de gestão de risco deve se focar em um dos pilares da segurança da informação que são as pessoas. De fato, neste momento de amadurecimento, é ideal para a ANPD exercer sua competência educacional sobre a temática, promovendo a disseminação da cultura de proteção de dados pessoais e trabalhando, nesse sentido, para

¹ CIPL. The Role Of Risk Management In Data Protection, 2014. Link: https://www.informationpolicycentre.com/uploads/5/7/1/0/57104281/white_paper_2-the_role_of_risk_management_in_data_protection-c.pdf

a elaboração de guias para auxiliar no processo de adequação de organizações, fazendo referência - quando aplicável - a melhores práticas e padrões internacionais de gestão de risco, como por exemplo a ISO 27701 publicada pela Organização Internacional de Normalização².

A ISO 27701 é um padrão reconhecido mundialmente por fornecer às organizações uma estrutura prática e parâmetros tecnologicamente neutros voltados para o gerenciamento de riscos em termos, tanto de segurança da informação, quanto de proteção de dados pessoais. Esse padrão indica em linhas gerais quais medidas e ferramentas uma organização deve adotar para receber um certificado de que detém um sistema de gerenciamento de informações de privacidade robusto, alinhado com as melhores práticas internacionais, sem apresentar uma lista taxativa.

Essa flexibilidade de oferecer uma orientação sem estabelecer uma lista exaustiva de condutas tem o intuito de permitir que empresas, independentemente de seus tamanhos, possam fazer esforços proporcionais aos seus orçamentos e aos riscos atrelados aos seus respectivos modelos de negócio, tendo em mente a natureza, escopo, contexto e finalidade de suas atividades de tratamento, ao mesmo tempo em que incentiva o desenvolvimento tecnológico, a inovação e a proteção aos direitos do titular dos dados pessoais.

A Brasscom saúda o caminho escolhido pelo legislador para o tema e recomenda a ANPD que ajude os vários agentes no Brasil a compreenderem e adotarem a sistemática da gestão de risco no tratamento de dados pessoais e na segurança da informação. Tal auxílio poderá ser implementado mediante a divulgação de material orientativo, treinamentos e até mesmo de website específico para divulgação do tema.

DEFINIÇÃO DE AGENTE DE TRATAMENTO DE DADOS DE PEQUENO PORTE

Muito se fala a respeito da demanda de recursos financeiros e humanos para a adequação de uma organização à LGPD. De fato, muito embora exista uma necessidade de trabalho grande, especialmente inicial, a LGPD - assim como a maioria dos arcabouços legais relacionados a proteção de dados pelo mundo - oferece um espaço bastante flexível para que as organizações considerem as suas realidades de tamanho, de natureza do negócio e decidam, individualmente, qual a melhor maneira do negócio passar a ser adequado aos preceitos da LGPD.

Dito de outra forma, a própria LGPD traz enorme flexibilidade para que as empresas adotem as medidas técnicas e organizacionais compatíveis com seu tamanho, com a natureza do seu negócio e com o volume de dados pessoais que tratam.

Nesse sentido, entendemos que muito embora a definição de micro e pequenas empresas possua respaldo legal em alguns diplomas pátrios, no caso específico da proteção de dados pessoais não deverá ser o faturamento da empresa o único critério a ser considerado para que a empresa atraia a aplicação de um conjunto normativo específico. Atualmente, são várias micro e pequenas empresas dedicadas ao desenvolvimento de soluções de Big Data Analytics e Inteligência Artificial baseadas no tratamento de dados pessoais, para oferecer soluções sofisticadas ao mercado e ao próprio setor público. Essas empresas controlam bancos de dados que podem reunir informações de grande parcela da população, mas muitas vezes têm um "porte" ou faturamento reduzido.

Tendo como premissa essas variáveis, aquelas que se enquadrarem no conceito de agentes de tratamento de dados de micro e pequeno porte acreditamos poderiam ser dispensadas da necessidade de obrigações mais onerosas e minuciosas e que encontram seu

² Link: <https://www.iso.org/standard/71670.html>

fundamento essencial na preocupação central de proteger os titulares de dados pessoais de possíveis riscos decorrentes do tratamento de seus dados.

A LGPD é, de fato, muito precisa em seu artigo 50, § 1º ao definir que o controlador e o operador levarão em consideração, em relação ao tratamento e aos dados, a natureza, o escopo, a finalidade e a probabilidade e a gravidade dos riscos e dos benefícios decorrentes de tratamento de dados do titular ao definir as medidas que irão adotar para o cumprimento das obrigações legais, antevendo, justamente, o grande leque de configurações possíveis para os inúmeros controladores de dados pessoais nos diversos setores econômicos.

A adoção de procedimentos simplificados para micro e pequenas empresas, bem como para startups deve ser perseguida pela ANPD, sem desconsiderar, contudo, como fator central dessa análise e da permissão para o uso dos procedimentos simplificados o negócio desenvolvido por tais empresas, assim como o volume e natureza dos dados coletados.

Note-se, ademais, que a ANPD deverá ter cautela nessa flexibilização para não trazer impacto negativo à cadeia de agentes de tratamento como um todo, e não ocorrerem situações em que o operador dos dados é beneficiado com a flexibilização de normativos e o controlador da mesma cadeia não, podendo levar a uma dificuldade ou mesmo barreira para que tais operadores mantenham uma relação comercial com controladores sujeitos a um nível de obrigações mais detalhado.

NOMEAÇÃO DE ENCARREGADO

A LGPD prevê, em seu artigo 41, parágrafo 3º que a ANPD poderá dispensar as organizações de contratar ou indicar um encarregado pelo tratamento de dados pessoais conforme a natureza e o porte da entidade ou o volume de operações de tratamento de dados.

Dessa forma, a Brasscom entende que, no caso de micro e pequenas empresas cuja atividade principal não seja um negócio baseado no tratamento de dados pessoais, e o volume de operações de tratamento de dados pessoais não seja relevante, tal agente deverá ser dispensado da indicação de um encarregado de tratamento de dados.

DIREITOS DOS TITULARES

Muito embora a integridade dos direitos dos titulares deva permanecer aplicável independentemente do controlador ser ou não uma micro ou pequena empresa, entendemos que por vezes na realidade das empresas de menor porte poderá haver uma dificuldade operacional significativa no atendimento de demandas simultâneas de titulares de dados pessoais, podendo haver a impossibilidade de automatização do processo de atendimento e de alocação de colaboradores para a finalidade específica de atendimento de demandas dessa natureza.

Especificamente nesta questão, entendemos que o número de colaboradores de uma empresa pode ser relevante no tocante ao prazo para o atendimento. Sendo assim, a Brasscom recomenda que a ANPD considere a adoção de uma regra geral de que os prazos previstos na regulamentação sejam considerados em dobro quando o controlador for uma empresa que atenda às características de micro e pequena empresa.

PORTABILIDADE

A portabilidade de dados é uma ferramenta fundamental para fomentar a inovação, a concorrência e proteger a privacidade. Nesse sentido, a regulamentação deverá estabelecer algum balizamento para viabilizar a efetiva implementação do direito à portabilidade, permitindo aos titulares que levem os seus dados para outros serviços.

No entanto, para construir ferramentas de portabilidade que sejam efetivas para os titulares, tecnicamente possíveis e protetivas da privacidade, a Autoridade precisará estabelecer regras claras sobre quais tipos de dados podem ser portados, esclarecendo quais as regras para tal portabilidade ser exercida.

Nesse tema, cumpre destacar que, muito embora reconheçamos o valor do direito à portabilidade para as micro e pequenas empresas, que muitas vezes terão mais dificuldade em estruturar uma base de dados ou mesmo ingressar no mercado e sem dúvida em muito se beneficiarão de um direito de portabilidade efetivamente regulamentado, esse tema precisa ser discutido e normatizado de uma maneira ampla, abarcando a totalidade dos agentes de tratamento que serão sujeitos a ofertar o direito à portabilidade. Portanto, incentivamos a ANPD a se debruçar sobre essa temática, acompanhar o amadurecimento das discussões sobre portabilidade em outras jurisdições e, no momento oportuno, realizar tomada de subsídios específica sobre portabilidade e seus efeitos sobre todos os agentes do mercado.

REGISTRO DAS OPERAÇÕES E RELATÓRIO DE IMPACTO A PRIVACIDADE

A LGPD determina que controladores e operadores devem manter registro das operações de tratamento de dados pessoais que realizarem, especialmente quando baseado no legítimo interesse.

Entendemos que tal registro é um passo importante do processo de mapeamento do fluxo de dados pessoais e no exercício de adequação a LGPD dentro das organizações e que poderá, se estabelecido de maneira muito detalhada pela Autoridade, inviabilizar o seu bom cumprimento por empresas, em especial aquelas de pequeno porte.

Nesse sentido, sugerimos que a ANPD adote normatização no sentido de prever que o registro das operações de tratamento de dados pessoais possa ser mantido de maneira simplificada pelas micro e pequenas empresa, considerando a natureza dos negócios bem como a natureza e volume dos dados pessoais tratados, atingindo-se assim um equilíbrio entre o respeito dos direitos dos titulares e a sustentabilidade econômica dos micro e pequenos negócios.

Da mesma forma, eventual relatório de impacto à proteção de dados pessoais que venha a ser solicitado das micro e pequenas empresas deverá considerar um formato simplificado. Essa temática é uma em que a experiência de regulação baseada em experiência (*sandbox* regulatório) tem se mostrado bem sucedida.

A ANPD poderá, inclusive, emitir alguma forma de diretiva para as micro e pequenas empresas com modelos a serem seguidos, uma vez que tenha a oportunidade de verificar, na prática, mediante um exercício de *sandbox* regulatório, as efetivas dificuldades enfrentadas.

TRANSFERÊNCIA INTERNACIONAL DE DADOS

Uma das práticas decorrentes dessa nova realidade conectada, e que ao mesmo tempo a impulsiona, é o tráfego incessante de dados transfronteiriço, permitindo que a sociedade como um todo colha os benefícios do processo de inovação. Vale ressaltar que o livre fluxo internacional de dados vem desempenhando um papel fundamental como componente de impacto socioeconômico³, na medida em que abre as portas para novas empresas físicas e

3 O documento "Digital Trade and U.S. Trade Policy" (2017), feito pelo Congressional Research Service, mostra como a revolução digital liderada pela Internet está causando mudanças fundamentais na economia global, não só com os novos modos de comunicação e compartilhamento de informação, mas também com novos modelos de negócio e novas fontes de crescimento da taxa de emprego. O impacto da Internet na economia global chega a US \$4.2 trilhões em 2016. Disponível em: <https://fas.org/sgp/crs/misc/R44565.pdf>

digitais em diferentes lugares do mundo, possibilitando a inovação e a visibilidade de seus produtos, tanto em âmbito local quanto global.

A afirmação acima é ratificada pelos dados apresentados em estudo realizado pelo McKinsey Global Institute que indicam o crescimento de pequenas empresas com atuação global. De acordo com este estudo, 86% das startups baseadas em tecnologia relatam algum tipo de atividade transfronteiriça. Hoje, mesmo as pequenas empresas podem competir com as grandes multinacionais. Os fluxos globais de todos os tipos suportam o crescimento ao aumentar a produtividade e os fluxos de dados estão ampliando esse efeito ao ampliar a participação na geração de mercados mais eficientes.

O Artigo 33 da LGPD traz diversos casos nos quais a transferência internacional de dados é permitida. No entanto, elas dependem - em sua grande maioria - de iniciativas da ANPD para que possam efetivamente ser implementadas. Enquanto esses mecanismos não são adotados, a BRASSCOM entende ser de suma importância que a ANPD crie um mecanismo de autorização ampla para a transferência internacional de dados, ainda que de caráter transitório, até que todos os mecanismos previstos em lei sejam implementados, para garantir que as transferências internacionais não sejam inviabilizadas nesse meio tempo.

Muito embora esse pleito não seja específico com relação ao universo de empresas objeto desta tomada de subsídios, as empresas de menor porte possuem menos estrutura e experiência, via de regra, para lidar com os mecanismos de transferência internacional de dados, deixando o próprio sucesso de seus negócios dependente.

ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO

É importante enfatizar que procedimentos regulatórios mais abertos, previsíveis e bem estruturados levam a melhores resultados. Isso implica na realização prévia de relatórios de Análise de Impacto Regulatório (AIR) com o objetivo de identificar quais são as falhas de mercado ou problema regulatório a serem corrigidos e auxiliar os formuladores de políticas a identificar e selecionar entre as abordagens regulamentares mais eficientes e eficazes, incluindo as alternativas não regulamentares, especialmente quando aplicadas *ex ante*. Além disso, ao considerar os mecanismos regulatórios que podem ser adotados, poderá surgir a possibilidade de não agir por enquanto e avaliar posteriormente, quando o mercado estiver mais maduro.

Portanto, é fundamental que a ANPD desenvolva uma AIR robusta para permitir que a futura regulamentação seja cirúrgica e atinja seus objetivos de forma equilibrada, sem causar distorções ao mercado, à competição e aos titulares dos dados pessoais.

De modo geral, a AIR da ANPD deverá se atentar para os possíveis impactos que regras mais flexibilizadas podem trazer para o desenvolvimento das cadeias produtivas envolvendo o tratamento de dados pessoais. Dito de outra forma, a simplificação das regras para as micro e pequenas empresas não abará empresas maiores que contratam os serviços dessas empresas. Portanto, práticas de proteção de dados e segurança da informação muito diferentes entre agentes de tratamento poderá, na prática, dificultar ou inviabilizar o compartilhamento de dados entre tais agentes, prejudicando o florescimento de novos atores nesse importante mercado.

INSTRUMENTO REGULATÓRIO DE ESTÍMULO À INOVAÇÃO

A ANPD define a Tomada de Subsídios como uma ferramenta para obter "*contribuições para desenho de instrumentos regulatórios que incentivem a inovação e o desenvolvimento econômico a ANPD busca identificar instrumentos regulatórios que sejam capazes de proteger o titular dos dados e, ao mesmo tempo, de incentivar e promover a inovação. A presente tomada de subsídio visa identificar uma alternativa regulatória baseada no compromisso de garantir o direito de privacidade dos dados pessoais dos titulares que traga equilíbrio entre as regras*

constantes da LGPD e o porte do agente de tratamento de dados, buscando incentivar a inovação e o desenvolvimento econômico.”

Regulatory Sandboxes (avaliação das estruturas jurídicas existentes por meio de exercícios de *sandbox* regulatórios) e *Policy Prototypings* (co-criar e testar novas estruturas de governança) são modelos regulatórios inovadores que permitem aos formuladores de políticas emitir regulamentação baseada em evidências.

O Brasil desenvolveu e implementou políticas para apoiar startups baseadas em dados inovadoras que estão desenvolvendo a próxima geração de soluções de negócios hoje e criando protótipos de novos modelos para inovação de dados.

Nesse contexto, *Regulatory Sandboxes*⁴ e *Policy Prototyping* são boas práticas recomendáveis em geral, mas são particularmente importantes no contexto de PMEs cujos recursos podem ser escassos e para quem a regulamentação errada pode ser fatal.

A regulamentação baseada em evidências é um mecanismo central para medir o impacto, a proporcionalidade e a viabilidade da regulamentação e para encontrar o equilíbrio certo entre inovação e privacidade.

CRIANÇA E ADOLESCENTE

O direito à proteção da privacidade das crianças, bem como seus outros direitos, como o direito de associação, brincar, acesso à informação, direito à educação e liberdade de expressão são tão importantes quanto as medidas destinadas a protegê-las. O equilíbrio cuidadoso desses direitos é necessário para proteger as crianças e os jovens.

O gerenciamento da idade é um desafio complexo e amplo que exige soluções técnicas bem pensadas. Essas soluções devem proteger a segurança e a privacidade das crianças sem restringir indevidamente sua capacidade de acessar informações, se expressar e construir uma comunidade online. Para tanto, é importante também distinguir crianças de adolescentes de acordo com seus diferentes níveis de autonomia e maturidade. O conceito de “Privacidade por Design” é um elemento-chave para projetar para o melhor interesse da criança online.

As pequenas e médias empresas se beneficiariam de uma orientação clara e de recursos educacionais sobre como projetar produtos que proporcionassem transparência e controle para proteger os dados de crianças e adolescentes.

Estas são algumas recomendações sobre como abordar a regulamentação ou aplicação da LGPD no que diz respeito ao processamento de dados de crianças e adolescentes. Estas recomendações são aplicáveis em geral e são úteis no contexto desta consulta pública:

1. Reconhecer que o consentimento dos pais e a verificação da idade podem ser ferramentas importantes no contexto certo, mas não são a solução para tudo que se refere a questões de privacidade e, em alguns casos, podem minar a privacidade e outros direitos;
2. Estimular e dar flexibilidade para que as empresas protejam a privacidade por meio de uma gama de ferramentas adequadas e proporcionais, com base na natureza de seus serviços e nas populações que os utilizam;

⁴ A título exemplificativo, destacamos a Policy Prototyping desenvolvida em Singapura numa parceria entre o Facebook e a Autoridade de Proteção de Dados (Infocomm Media Development Authority (IMDA) que produziu recomendações muito úteis sobre “Abordagem centrada nas pessoas para avisos, Consentimento e Divulgação”.

Brasscom - Associação das Empresas de Tecnologia da Informação e Comunicação e Tecnologias Digitais
Rua Funchal 263, conj. 142, Vila Olímpia, São Paulo, SP, CEP 04551-060
SHN, Qd. 1, Bl. A, Edifício Le Quartier, Sala 615 Brasília/DF

3. Encorajar parcerias entre governos, sociedade civil e indústria para desenvolver em conjunto ferramentas que atendam aos melhores interesses de crianças e jovens para melhor possibilitar experiências online adequadas à idade.