

GUIA LGPD

TRANSFERÊNCIAS INTERNACIONAIS DE DADOS

NÚMERO 12/12



.....

Autores:

Gustavo Henrique Luz Silva
Matheus Botsman Kasputis
Natália Góis Ribeiro
Rafaella Resck Braoios

.....

Revisão Técnica:

Fernando Bousso

.....

Projeto Gráfico:

Fernanda Muchon
Lucas Bittencourt

Índice

índice clicável 

1. Introdução

2. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais

2.1. Requisitos legais da LGPD para transferências internacionais de dados

2.2. ANPD - Tomada de Subsídios

3. General Data Protection Regulation

3.1. Requisitos legais da GDPR para transferências internacionais de dados

3.2. Quadro comparativo: GDPR vs LGPD

3.3. Padrões definidos pelo julgado Schrems II

3.4. Possíveis impactos para o Brasil do julgado Schrems II

3.5. Cláusulas contratuais padrão

3.6. Transfer Impact Assessment

4. Conclusão

ANEXO

Contribuição do b/luz à Tomada de Subsídios da ANPD sobre transferência internacional de dados

01

Introdução

Nesta última edição do *A Year in Privacy* (AYIP) são analisados, em uma abordagem comparativa, os mecanismos de transferência internacional de dados pessoais utilizados pelas legislações do Brasil e da União Europeia para viabilizar tais operações, que normalmente se inserem em um plano de exceção no contexto da técnica regulatória envolvendo atividades de tratamento de dados pessoais. Analisa-se também as últimas iniciativas regulatórias brasileiras e europeias envolvendo o tema, com destaque para os conhecidos “Casos Schrems” e seus desdobramentos. Esta edição, em geral, busca demonstrar quais são os principais desafios envolvendo os mecanismos jurídicos existentes para controlar o fluxo internacional de dados pessoais, com particular atenção para as possibilidades da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) brasileira.

02

Lei Geral de
Proteção de
Dados Pessoais

No meio corporativo, atividades de tratamento de dados costumam envolver o compartilhamento de informações com uma série de outros agentes, incluindo empresas, funcionários, departamentos, órgãos ou instituições localizadas fora do território brasileiro. Tais atividades, que consistem no envio ou recebimento de dados pessoais advindos de fora da jurisdição brasileira, são regulamentadas de maneira especial sob a figura da transferência internacional de dados, prevista na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei n. 13.709/2018 – LGPD).

2.1. Requisitos legais da LGPD para transferências internacionais de dados

Os procedimentos de transferência internacional de dados tornaram-se essenciais para o desenvolvimento da economia digitalizada e, também, para a garantia da efetiva proteção dos dados pessoais ao cruzarem fronteiras. A implementação de várias regulações em proteção de dados mundialmente revela a preocupação geral com os fluxos de dados. Contudo, a grande diversidade de modelos de proteção de dados traz a necessidade de um esforço de convergência e cooperação entre esses diferentes sistemas a fim de que tais compartilhamentos sejam permitidos.

A LGPD, vale notar, define a transferência internacional de dados como qualquer “transferência de dados pessoais para país estrangeiro ou organismo internacional do qual o país seja membro”. A transferência internacional, por isso, implica o preenchimento de dois principais requisitos para que se concretize: o envio de informações para fora do Brasil e que tais informações sejam dados pessoais, ou seja, pertencentes a pessoas naturais identificadas ou identificáveis.

Quando a transferência internacional de dados é permitida conforme a LGPD?

- Quando os países ou organismos internacionais proporcionarem **grau de proteção de dados pessoais adequado** ao previsto na lei brasileira. O nível de proteção de dados do país estrangeiro ou do organismo internacional será avaliado pela ANPD;
- Quando o controlador oferece e comprova **garantias de cumprimento dos princípios, dos direitos do titular e do regime de proteção de dados** previstos na LGPD por meio de: a) cláusulas contratuais padrão ou específicas para determinada transferência; b) normas corporativas globais; c) selos, certificados e códigos de conduta regularmente emitidos. Qualquer alteração nessas garantias deve ser comunicada à ANPD;
- De acordo com os **instrumentos de direito internacional**, quando a transferência for necessária para a cooperação jurídica internacional entre órgãos públicos de inteligência, de investigação e de persecução;

- Quando a transferência for necessária para a **proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiros**;
- Quando a autoridade nacional (ANPD) **autorizar** a transferência;
- Quando a transferência se tratar de um compromisso assumido em **acordo de cooperação internacional**;
- Quando a transferência for necessária para a **execução de política pública ou atribuição legal do serviço público**, sendo dada sua publicidade;
- Quando o titular tiver fornecido seu **consentimento específico e em destaque** para a transferência, com informação prévia sobre o caráter internacional da operação, distinguindo claramente estas finalidades;
- Quando necessário para atender as **seguintes hipóteses**: cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador; quando necessário para a execução de contrato ou de procedimentos preliminares relacionados a contrato do qual seja parte o titular, a pedido do titular dos dados; e para o exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral.

Ao tratar do tópico da avaliação do nível de proteção de dados do país estrangeiro ou do organismo internacional, a LGPD define que a ANPD deverá levar em consideração os seguintes requisitos em futuras decisões de adequação:

- normas gerais e setoriais da legislação em vigor no país de destino ou no organismo internacional;
- a natureza dos dados;
- os princípios gerais de proteção de dados pessoais e direitos dos titulares previstos nesta Lei;
- a adoção de medidas de segurança previstas em regulamento;
- a existência de garantias judiciais e institucionais para o respeito aos direitos de proteção de dados pessoais; e
- outras circunstâncias específicas relativas à transferência.

Dessa forma, a lei brasileira de proteção de dados introduz disposições e requisitos que viabilizam transferências internacionais de dados, porém ainda deixa a cargo da ANPD algumas deliberações para que tais operações sejam realizadas em conformidade legal.

Até o momento, no entanto, a ANPD não se pronunciou sobre os países e organismos internacionais que proporcionam o mesmo grau de proteção exigido pela LGPD ou tampouco estabeleceu cláusulas contratuais padrão para transferências internacionais.

Diante da ausência de regulamentação específica, para que transferências internacionais apresentem conformidade com a lei, uma opção segura é o enquadramento da atividade em uma das seguintes bases legais – nos termos do artigo 33, incisos VIII e IX, da LGPD: **(i)** consentimento específico e destacado; **(ii)** execução de contrato; **(iii)** cumprimento de obrigação legal ou regulatória; ou **(iv)** proteção da vida ou incolumidade física do titular.

Em todo caso, também é recomendado firmar contratos com cláusula de proteção de dados robustas para garantir que os dados pessoais objeto de transferência internacional sejam tratados de acordo com os parâmetros estabelecidos pela LGPD, como forma de comprovar as garantias de cumprimento dos princípios, dos direitos do titular e do regime de proteção de dados previstos na lei.

2.2. ANPD - Tomada de Subsídios

Como mencionado, no Brasil compete à ANPD tomar decisões para adequação da transferência internacional de dados, bem como para a promoção de ações de cooperação com autoridades de proteção de dados pessoais de outros países, de natureza internacional ou transnacional, conforme a LGPD, como a avaliação de nível de proteção de dados de país estrangeiro ou de organismo internacional e a definição do conteúdo de cláusulas-padrão contratuais. Essa regulamentação é norteadada pelos fundamentos da disciplina da proteção de dados pessoais previstos no art. 2º da LGPD, bem como pelas diretrizes estabelecidas pela Portaria nº 16, de 8 de julho de 2021, que aprova o processo de regulamentação no âmbito da ANPD.

A ANPD abriu, entre maio e junho de 2022, tomada de subsídios para obter informações e elementos relevantes para esse processo de regulamentação. A tomada de subsídios culminará, por exemplo, em uma Análise de Impacto Regulatório, feita com a participação de especialistas e da sociedade, permitindo identificar e aprimorar aspectos significativos envolvendo o tema, delimitando os problemas a serem enfrentados e as possíveis alternativas para regulação¹.

Na tomada de subsídios, a autoridade prioriza o tópico da normatização de cláusulas contratuais específicas ou gerais e de normas corporativas globais para adequação das transferências internacionais de dados, denominando tais mecanismos, em conjunto, como instrumentos contratuais.

¹ ANPD. Nota técnica da Tomada de Subsídios sobre Transferência Internacional. Disponível em <https://www.gov.br/anpd/pt-br/documentos-e-publicacoes/sei_00261-000968_2021_06-nota-tecnica.pdf> Acesso em 13 dez 2022.

Em sendo adotado um regime de exceção para as transferências internacionais, na ausência de uma decisão de adequação, são necessárias salvaguardas adicionais, como os instrumentos contratuais supracitados. A partir da tomada de subsídios, a ANPD busca regulamentar meios eficazes e mais céleres, capazes de permitir que as transferências internacionais se desenrolem da maneira mais apropriada. Afinal, os fluxos de dados entre fronteiras têm um papel fundamental em uma economia cada vez mais globalizada e digitalizada.

Visando esses objetivos, a ANPD trouxe na tomada de subsídios alguns questionamentos² como:

- a melhor maneira de promover convergência e interoperabilidade entre os instrumentos contratuais de transferências internacionais de dados com os de outras jurisdições e como a ANPD pode atuar nesse aspecto;
- quais instrumentos mais efetivos e os mais utilizados para legitimar a transferência de dados pessoais internacionalmente;
- quais os requisitos deverão ser levados em consideração ao regular as cláusulas-padrão contratuais, cláusulas contratuais específicas e normas corporativas globais;
- qual o formato mais adequado para a ANPD disponibilizar modelos de cláusulas-padrão contratuais para transferências internacionais de dados;
- qual nível de detalhamento sobre os dados pessoais deve ser exigido para permitir a análise da conformidade pela ANPD das transferências internacionais de dados realizadas por instrumentos contratuais de forma mais adequada;
- quais são os direitos do titular no caso de alterações na configuração original da transferência e quais as melhores alternativas para promover a conformidade com a regulamentação de transferência internacional de dados; entre outros.

Nota:

O b/luz participou da Tomada de Subsídios da autoridade e enviou sua contribuição contemplando algumas das questões envolvidas, com foco principalmente no impacto da regulamentação das transferências internacionais de dados às relações comerciais entre empresas. A contribuição integral do b/luz está disponível ao leitor no final desta edição.

Com esse exercício, a ANPD busca, de maneira consolidada, atender a uma demanda geral de regulamentação das operações envolvendo transferência internacional de dados, oferecendo previsibilidade no campo regulatório aos envolvidos, especialmente aos titulares de dados pessoais e às empresas.

² ANPD. Tomada de Subsídios sobre Transferência Internacional. Disponível em <<https://www.gov.br/participamaisbrasil/tomada-de-subsidios-transferencia-internacional>>. Acesso em 13 dez 2022.

03

General Data Protection Regulation

O Regulamento Geral sobre Proteção de Dados da União Europeia (Regulamento 2016/679 – GDPR, em inglês³), sob o qual a legislação brasileira se inspirou, também aborda a normatização para a transferência internacional de dados pessoais para os países da União Europeia e do Espaço Econômico Europeu.

3.1. Requisitos legais da GDPR para transferências internacionais de dados

De maneira similar à LGPD, portanto, a GDPR elenca condições e requisitos específicos para legitimar transferências internacionais de dados.

Quando a transferência internacional de dados é permitida conforme a GDPR?

- com base em uma **decisão de adequação** (*adequacy decision*), quando a Comissão Europeia decidir que o país terceiro ou a organização internacional em questão garante um nível adequado de proteção. A Comissão deverá levar em consideração os seguintes requisitos: a) respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais dos países terceiros; b) a existência e funcionamento de uma ou mais autoridades de proteção de dados independentes no país terceiro; c) os compromissos internacionais assumidos pelo país terceiro ou a organização internacional em causa;
- caso não haja decisão de adequação, o controlador ou operador responsável pelo tratamento pode transferir dados pessoais internacionalmente quando fornecer **proteções apropriadas**, na forma de: a) regras corporativas vinculativas; b) cláusulas-padrão de proteção adotadas pela Comissão Europeia ou por uma autoridade supervisora; c) código de conduta regularmente aprovado, acompanhado de compromissos vinculativos e com força executiva; e d) um procedimento de certificação, acompanhado de compromissos vinculativos e com força executiva.
- nas hipóteses de **autorização específica** (*derogations*) para a transferência internacional de dados, que pode acontecer por meio de: a) consentimento explícito do titular à transferência, informado dos possíveis riscos dessa operação; b) necessidade da transferência para execução de contrato entre o titular dos dados e o responsável pelo tratamento ou de diligências prévias à formação do contrato, a pedido do titular; c) quando a transferência for necessária por razões de interesse público; d) quando necessária para o estabelecimento, exercício ou defesa de reivindicações legais; e) quando necessária para proteger interesses vitais do titular dos dados ou de terceiros; e f) quando se destina a fornecer informações ao público e que está aberto à consulta do público.

3 UNIÃO EUROPEIA. Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados 2016/679. 2016. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/EN/legal-content/summary/general-data-protection-regulation-gdpr.html>>. Acesso em: 14 jun 2022.

Em se tratando das decisões de adequação, a GDPR assegura que a Comissão Europeia publicará no “Jornal Oficial da União Europeia” e em seu site uma lista dos países terceiros, territórios e setores específicos de um país terceiro e organizações internacionais para os quais tenha decidido que há nível de proteção adequado assegurado. Até o momento, o regulamento europeu certificou os seguintes países com nível adequado de proteção de dados: ⁴

- Andorra;
- Argentina;
- Canadá (organizações comerciais);
- Ilhas Faroé;
- Guernsey;
- Israel;
- Ilha de Man;
- Japão;
- Jersey;
- Nova Zelândia;
- República da Coreia;
- Suíça;
- Reino Unido e
- Uruguai.

O regulamento europeu de proteção de dados determina, em especial, que o Comitê Europeu para a Proteção de Dados (CEPD) fornecerá à Comissão Europeia uma opinião de avaliação à adequação do nível de proteção de dados de um país ou organização. O Comitê é responsável por orientar os controladores, operadores e empresas a como solucionarem conflitos entre as autoridades nacionais de supervisão. O foco do CEPD é determinar se o país estrangeiro possui garantias satisfatórias para proteger a transferência internacional de dados⁵.

4 ZELLER, Bruno, TRAKMAN, Leon, WALTERS, Robert. Data Protection Law – A Comparative analysis of Asia-Pacific And European Approaches. Ed. Springer, 2019, p. 74.

5 European Data Protection Board. Comitê Europeu para a Proteção de Dados. Disponível em: <https://edpb.europa.eu/edpb_pt>. Acesso em 14 dez 2022.

Por fim, também garante o regulamento europeu que a Comissão e as autoridades de supervisão devem tomar as devidas medidas, em relação a países terceiros e organizações internacionais, para que:

- desenvolvam mecanismos de cooperação internacional para facilitar a aplicação efetiva da legislação de proteção de dados pessoais;
- forneçam assistência mútua internacional na aplicação da legislação, sujeita a salvaguardas adequadas para a proteção de dados pessoais e outros direitos e liberdades fundamentais;
- envolvam as partes interessadas relevantes em discussões e atividades destinadas a promover a cooperação internacional na aplicação da legislação para a proteção de dados pessoais;
- promovam o intercâmbio e a documentação da legislação e práticas de proteção de dados pessoais, inclusive sobre conflitos jurisdicionais com países terceiros.

Vale destacar que, embora o sistema europeu de privacidade e proteção de dados pessoais seja mais amadurecido que o brasileiro, ele vem passando por diversas mudanças interpretativas no que diz respeito à regulamentação das transferências internacionais de dados – sobretudo devido à atuação da Corte de Justiça da União Europeia nos casos Schrems, como será visto adiante.

3.2. Quadro comparativo: GDPR vs LGPD

Tópico	LGPD	GDPR
Consentimento do titular	A LGPD determina que um dos mecanismos legitimadores da transferência internacional de dados é o consentimento específico do titular e em destaque para a transferência, com informação prévia sobre o caráter internacional da operação, distinguindo claramente estas finalidades.	Na GDPR há hipóteses de autorizações específicas (derogations) para a transferência internacional de dados por meio do consentimento explícito do titular.

<p>Atuação das autoridades regulamentadoras</p>	<p>A ANPD é responsável por avaliar quais países ou organismos internacionais proporcionam grau de proteção de dados pessoais adequado ao previsto na lei brasileira, e compete a ela promover ações de cooperação com autoridades de proteção de dados pessoais de outros países, além de ser responsável por regulamentar essa operação. A ANPD ainda não publicou uma lista de países com nível de proteção suficiente para permitir a transferência internacional de dados.</p>	<p>A Comissão Europeia é responsável por decidir quais os países terceiros ou a organização internacional que garantem um nível adequado de proteção e o Comitê Europeu para a Proteção de Dados fornece à Comissão Europeia uma opinião sobre a avaliação e adequação do nível de proteção de dados internacional de jurisdições estrangeiras. A Comissão e as autoridades de supervisão também devem cooperar internacionalmente para facilitar a aplicação efetiva da legislação de proteção de dados pessoais. A Comissão Europeia já avaliou 14 países ou territórios com nível adequado de proteção de dados.</p>
<p>Cláusulas padrão para transferência de dados</p>	<p>O Brasil ainda não regulamentou cláusulas padrão para transferência internacional de dados, entretanto, o tópico foi levado em pauta na Tomada de Subsídios realizada pela ANPD ainda em 2022.</p>	<p>O sistema europeu conta com cláusulas padrão desde a Diretiva 95/46/CE. Recentemente, a Comissão Europeia modernizou o padrão de cláusulas contratuais para transferência internacional de dados.</p>

<p>Situações permitidas para a transferência internacional de dados</p>	<p>A LGPD permite essa operação: quando os países proporcionarem grau de proteção de dados pessoais adequado ao previsto na lei brasileira; quando o controlador oferece garantias de cumprimento dos principais requisitos de proteção de dados previstos na LGPD, por exemplo, via instrumentos contratuais; de acordo com os instrumentos de direito internacional nos casos de cooperação jurídica internacional; quando for necessária para a proteção da vida do titular ou de terceiros; com a autorização da ANPD; em compromisso assumido em acordo de cooperação internacional; para execução de políticas públicas; com consentimento do titular; e nos casos de cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo Controlador; execução de contrato; e para o exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral.</p>	<p>A GDPR autoriza a transferência: quando a Comissão Europeia decidir que o país terceiro ou a organização internacional garante um nível adequado de proteção de acordo com a lei europeia; quando o responsável pelo tratamento fornecer proteções apropriadas conforme a lei, por exemplo, via instrumentos contratuais; nas hipóteses de autorização específica nos casos de: a) consentimento do titular; b) execução de contrato entre o titular dos dados e o responsável pelo tratamento; c) por razões de interesse público; d) no estabelecimento, exercício ou defesa de reivindicações legais; e) na proteção dos interesses vitais do titular dos dados ou de terceiros; e f) para fornecer informações ao público e que está aberto à consulta do público.</p>
--	--	---

3.3. Padrões definidos pelo julgado Schrems II

A Diretiva 95/46/CE⁶, revogada pela GDPR, constituía em texto de referência, em nível europeu, aspectos sobre proteção de dados. Em seu artigo 25(6), sobre transferência de dados pessoais para países terceiros, estabeleceu-se pela primeira vez que a Comissão Europeia poderia declarar que um país terceiro assegura nível adequado de proteção de dados pessoais em razão de sua legislação interna ou de seus compromissos internacionais.

⁶ Diretiva (UE) 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados.

Com base nessa disposição, e considerando as diferenças culturais jurídicas de proteção de dados entre União Europeia e Estados Unidos, a Decisão 2000/520/CE⁷ aprovou os princípios do acordo *Safe Harbor* a serem adotados pelas organizações dos Estados Unidos, a fim de limitar as incertezas em relação à legislação de proteção de dados do país e garantir a devida proteção dos dados de cidadãos europeus nas relações comerciais e demais transações entre os dois territórios.

Ocorre que, diante da divulgação de informações sobre interceptação de dados pessoais – inclusive de cidadãos europeus – pelo programa de vigilância da Agência de Segurança Nacional dos EUA (NSA), reveladas por Edward Snowden em 2013, as salvaguardas do *Safe Harbor* passaram a ser questionadas. Dessa forma, frente a esse cenário, a decisão do Caso C-362/12, proferida em 2015 pela Corte de Justiça da União Europeia (CJEU), em resposta à ação apresentada por Maximilian Schrems, invalidou a Decisão 2000/520/CE e derrubou o acordo *Safe Harbor* entre União Europeia e EUA.

De acordo com o entendimento da Corte, os programas de espionagem implantados pelo governo norte-americano representaram uma violação desproporcional dos direitos relacionados à privacidade e proteção de dados garantidos pela GDPR. Isso porque, ao não dispor de forma clara sobre limitações aos poderes conferidos aos serviços de inteligência, os programas de espionagem permitiam que autoridades públicas acessassem dados sem nenhuma restrição, não se limitando, por exemplo, ao estritamente necessário para a garantia da segurança nacional, conforme dispõe a GDPR. No mais, para a CJEU, a legislação norte-americana não garantia aos titulares medidas judiciais ou outros meios efetivos para pleitear a proteção de seus dados contra acesso e uso abusivo por autoridades públicas, nem o direito de requerer retificação ou exclusão dos dados.

Desde então, o uso de modelo de cláusulas padrão contratuais (*standard contractual clauses* – SCCs), instituídas pela Decisão 2010/87/EU⁸, passou a ser a opção viável para a transferência internacional dos dados entre União Europeia e EUA.

7 Decisão da Comissão 2000/520/CE, de 26 de Julho de 2000, nos termos da Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho e relativa ao nível de proteção assegurado pelos princípios de *Safe Harbor* e pelas respectivas questões mais frequentes (FAQ) emitidas pelo Department of Commerce dos Estados Unidos.

8 Decisão da Comissão 2010/87/EU, de 5 de fevereiro de 2010, sobre cláusulas contratuais padrão para a transferência de dados pessoais para operadores estabelecidos em países terceiros, à luz da Diretiva 95/46/EC do Parlamento Europeu e do Conselho.

Maximillian Schrems, no entanto, reformulou sua ação e passou a questionar também a validade dessas cláusulas contratuais padrão em face das finalidades de tratamento de dados pessoais para programas de espionagem, considerando a possibilidade de acesso do governo norte-americano aos dados pessoais de cidadãos europeus, o que foi levado a novo julgamento, sob nome popular de “Schrems II” (caso C-311/18).

O que são cláusulas contratuais padrão?

As cláusulas contratuais padrão consistem em modelos-padrão de cláusulas, pré-aprovadas pela Comissão Europeia, que podem ser incluídas nos contratos que envolvem transferência internacional de dados entre União Europeia e outros territórios, como medida de salvaguarda para garantir os padrões mínimos de segurança e proteção aos direitos garantidos pela GDPR e viabilizar o compartilhamento dos dados.

Ao mesmo tempo, visando substituir o então invalidado Safe Harbor, a Comissão Europeia havia emitido a Decisão de Execução (UE) 2016/1250⁹, aprovando novo acordo entre União Europeia e EUA – o *Privacy Shield*. O novo acordo, de adoção voluntária por parte dos interessados e vinculada à efetividade prática das legislações nacionais, transferia ao controlador dos dados a responsabilidade de analisar se as cláusulas contratuais seriam, de fato, efetivas ou se o importador dos dados seria impedido de cumpri-las por determinação legal ou por autoridades públicas locais.

Apesar de o caso Schrems II não mencionar especificamente o *Privacy Shield*, seus efeitos se respaldaram no referido instrumento na análise do CJEU. Essa informação pode ser explicada por três razões: (i) o texto do *Privacy Shield* menciona cláusulas contratuais padrão como possível instrumento de transferência de dados, (ii) as previsões de salvaguarda e limitações que o acordo menciona não definem mecanismos específicos para validar as transferências internacionais, e abrem margem para o uso das SCCs e (iii) a Corte Suprema da Irlanda encaminhou o caso Schrems II diretamente para o CJEU, pois a determinação da Comissão Europeia poderia ser relevante para decisões relacionadas ao Caso Schrems II. Em julho de 2016, A CJEU determinou que a Decisão 2016/1250 seria considerada inválida e, conseqüentemente, o *Privacy Shield*, argumentando que os limites sobre acesso e uso de dados pessoais de cidadãos europeus por autoridades públicas, estabelecidos pela lei de proteção de dados norte-americana, não era satisfatório para os requerimentos exigidos pela União Europeia, havendo violação do princípio da proporcionalidade ao existir a vigilância massiva.

A decisão estabeleceu também que, a não ser que exista uma decisão de adequação válida por parte da Comissão Europeia, a autoridade de proteção de dados competente deve suspender ou proibir a transferência de dados pessoais para país terceiro que tenha utilizado cláusulas contratuais padrão

⁹ Decisão de Execução (UE) 2016/1250, de 12 de julho de 2016, relativa ao nível de proteção assegurado pelo *Privacy Shield* UE-EUA, com fundamento na Diretiva 95/46/CE.

adotadas pela Comissão se, na visão dessa autoridade, essas cláusulas não possam ser cumpridas pelo país terceiro e a proteção de dados pessoais não possa ser garantida por outros meios.

Apesar de a decisão implicar uma proteção adicional para os titulares dos dados pessoais, o entendimento pode se tornar um ônus excessivo aos particulares, que possuem obrigação de determinar se o ordenamento jurídico de um país diferente do seu contempla um cenário seguro de privacidade e proteção de dados – tendo em vista que a ponderação não deve considerar apenas se o país apresenta leis de proteção de dados, mas diversos outros fatores, incluindo, por exemplo, o nível de efetividade dos mecanismos de reparação de dados, bem como em qual medida autoridades governamentais podem pleitear acesso aos dados.

Embora recentemente os fluxos de dados entre a União Europeia e os EUA tenham, em certa medida, tornado-se estáveis a partir da edição do novo “EU-US Data Privacy Framework”,¹⁰ os desdobramentos do Schrems II permanecem relevantes para outros territórios e jurisdições que não têm acordos desta natureza celebrados com a União Europeia, incluindo o Brasil.

3.4. Possíveis impactos para o Brasil do julgado Schrems II

Como descrito no item 2.1, a LGPD lista mecanismos jurídicos que autorizam a transferência internacional de dados. A lei ainda discorre sobre condições que deverão ser observadas pela ANPD para se considerar válidos os mecanismos legais de transferência internacional empregados em um caso concreto.

A ANPD foi criada em 2018, mas apenas teve sua estrutura regimental definida e aprovada em agosto de 2020. Os indicados para a composição do primeiro Conselho Diretor da autoridade foram recentemente nomeados, dando início aos mandatos em novembro de 2020. Diante disso, não obstante a tomada de subsídios publicada pela autoridade, a ANPD ainda não consolidou nenhuma orientação sobre o tema de transferência internacional de dados pessoais no Brasil, restando dúvidas sobre a aplicação prática e limitações das previsões legais sobre o tema.

Importante ressaltar novamente que os mecanismos estabelecidos pela LGPD para permitir a transferência internacional de dados pessoais são similares aos da GDPR, incluindo as cláusulas-padrão contratuais. Dessa forma, o cenário brasileiro comporta tanto ou mais incerteza do que o cenário europeu, afinal não se sabe qual será o posicionamento da ANPD a respeito dos mecanismos disponíveis na LGPD para permitir a transferência internacional de dados.

¹⁰ V. FENNESSY, Caitlin. The EU-US Data Privacy Framework: A new era for data transfers? Disponível em: <<https://iapp.org/news/a/the-eu-u-s-data-privacy-framework-a-new-era-for-data-transfers/>>. Acesso em 21 dez 2022.

Entretanto, caso o entendimento seja convergente aos adotados pela Comissão Europeia, espera-se também que sejam considerados os aspectos trazidos no Caso Schrems II.

Para as iniciativas privadas, a falta de perspectiva e de uma orientação formal da ANPD gerar incertezas devido à possibilidade da invalidação das transferências internacionais de dados pessoais em curso. Considerando que a transferência já ocorre independente da agenda regulatória da ANPD, empresas no Brasil se veem diante de um cenário incerto e pouco regulamentando, e precisam se resguardar da maneira que é possível atualmente pela LGPD, por exemplo, com suporte em cláusulas contratuais robustas prevendo que, em havendo mudança de entendimento da ANPD quanto ao tema, as empresas voltarão a disciplinar sobre transferência internacional de dados em aditivo contratual.

Desta maneira, para manter um relacionamento diplomático com todas as partes envolvidas, é essencial que o Brasil, principalmente a ANPD, faça sua própria “projeção cartográfica” sobre transferência internacional de dados – ou seja, balanceie os níveis de adequação dos países com quem são realizadas transações internacionais, caso a caso, ou utilize mecanismos apropriados, como instrumentos contratuais, a fim de abrir espaço para o desenvolvimento de um modelo nacional, soberano e democrático que permita a transferência internacional de dados com segurança jurídica e técnica para os envolvidos.

3.5. Cláusulas contratuais padrão

Como visto anteriormente, cláusulas contratuais que garantem salvaguardas adequadas de proteção de dados podem ser usadas como base para transferências de dados da UE para países terceiros, como o Brasil, incluindo as chamadas cláusulas contratuais padrão pré-aprovadas pela Comissão Europeia.

Os elementos centrais que já estavam incluídos nas cláusulas contratuais padrão adotadas sob a então revogada Diretiva 95/46/CE foram mantidos nas cláusulas modernizadas. Por exemplo, como as anteriores, as cláusulas contratuais padrão modernizadas contêm compromissos com relação:

- aos princípios essenciais de proteção de dados
- às obrigações de segurança da informação;
- aos direitos de terceiros beneficiários; e
- à submissão à jurisdição das matérias envolvidas às autoridades e aos tribunais de proteção de dados do Espaço Econômico Europeu.

Ao mesmo tempo, no entanto, importantes mudanças foram introduzidas. Inicialmente, destaca-se que a arquitetura de tais cláusulas foi atualizada para cobrir cenários de transferências adicionais: enquanto o escopo de aplicação dos modelos anteriores era limitado a transferências de dados de controladores para controladores e de controladores para operadores, a estrutura modernizada pode ser usada em todos os casos mais relevantes, incluindo:

- **Módulo 1** – Controlador para Controlador;
- **Módulo 2** – Controlador para Operador;
- **Módulo 3** – Processador para Operador; e
- **Módulo 4** – Operador para Controlador.

Para tanto, as partes devem combinar as cláusulas gerais, aplicáveis independentemente do cenário de transferência específico, com os módulos aplicáveis ao caso concreto. Vale dizer também que uma cláusula de ancoragem agora permite que novas partes ingressem na relação jurídica durante todo o ciclo de vida do contrato principal.

Ademais, as SCCs são complementadas por anexos onde devem ser fornecidas informações concretas sobre as transferências específicas, por exemplo: **(i)** uma lista das partes e suas respectivas funções; **(ii)** uma descrição das finalidades de cada transferência individual que ocorrerá no âmbito do contrato; **(iii)** uma lista das medidas de segurança adotadas; **(iv)** as salvaguardas aplicadas para proteger dados sensíveis; entre outros.

Além disso, várias alterações substantivas foram incorporadas nas cláusulas contratuais padrão modernizadas, refletindo requisitos da GDPR ausentes na Diretiva 95/46/CE, como obrigações de transparência aprimoradas, cláusulas mais detalhadas sobre direitos dos titulares de dados, notificação de violação de dados e regras para transferências posteriores. Ainda, para fins de transferências de dados de controladores para operadores, as empresas não precisarão mais assinar um contrato separado para cumprir com as regras da GDPR.

Por fim, considerando o julgamento do Caso Schrems II pela CJEU, as partes integrantes das cláusulas contratuais padrão devem agora realizar um *Transfer Impact Assessment* (TIA – da sigla em inglês – “*avaliação do impacto da transferência*”) com a finalidade de documentar de forma pormenorizada as circunstâncias específicas de determinada transferência internacional de dados, as leis do país de destino e as salvaguardas adicionais que devem ser colocadas em vigor para proteger os dados pessoais sujeitos à jurisdição da GDPR.

3.6. Transfer Impact Assessment

As novas cláusulas contratuais padrão da União Europeia preveem a obrigação de as partes descreverem de forma detalhada sobre as leis e práticas locais do país terceiro e como elas podem afetar o cumprimento das demais cláusulas. Trata-se de uma análise do sistema jurídico do país terceiro para avaliar se este é adequado para receber dados pessoais sujeitos à GDPR sem maiores riscos jurídicos e regulatórios, especialmente em termos de acesso governamental e espionagem; ou, em sendo identificados novos riscos, para avaliar quais salvaguardas adicionais serão necessárias para mitigá-los.

Portanto, um TIA é uma análise elaborada por um controlador ou operador de dados sobre o impacto e as implicações de segurança de uma transferência para um país fora da União Europeia que não se beneficia de uma decisão de adequação proferida anteriormente pela Comissão Europeia. Não há uma forma nem conteúdo pré-definido pela GDPR e nem pelos reguladores europeus.

Em geral, o mercado adota o TIA como uma forma de questionário conduzido para cada atividade de tratamento de dados pessoais a que se pretende submeter ao regime de transferência internacional. Nesse sentido, há vários fatores que podem ser levados em consideração. Destaca-se que é imprescindível avaliar se as leis do país terceiro sob análise permitem que agências governamentais desse país acessem os dados pessoais; e como ocorre, em termos práticos, a proteção dos direitos humanos neste país terceiro.

Uma forma recomendável pelo mercado europeu e adotado pelos principais players da região é a seguinte:

1. Num primeiro momento, recomenda-se uma descrição dos pontos-chave e análise das leis relevantes e da Constituição do país terceiro, acompanhada de sucinto sopesamento sobre como cada uma das leis relevantes e a Constituição se aplica às partes e à transferência de dados sob análise.
2. Num segundo momento, uma avaliação e análise mais pormenorizada com base nas recomendações do European Data Protection Board (EDPB) sobre as garantias e salvaguardas europeias essenciais contra eventuais medidas de vigilância de um país terceiro¹¹, elaboradas especificamente com base no âmbito legal de proteção que os cidadãos europeus têm pela Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, quais sejam:

¹¹ EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD (EDPB). Recommendations 02/2020 on the European Essential Guarantees for surveillance measures – Adopted on 10 November 2020. Disponível em: <https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/file1/edpb_recommendations_202002_europeanessential-guaranteessurveillance_en.pdf>. Acesso em 16 dez 2022.

- **Garantia A** – O tratamento deve basear-se em regras claras, precisas e acessíveis;
- **Garantia B** – Um mecanismo de supervisão independente deve ser operante;
- **Garantia C** – A necessidade e proporcionalidade em relação aos objetivos legítimos perseguidos devem ser demonstradas; e
- **Garantia D** – Remédios eficazes devem estar disponíveis para o indivíduo.

04 Conclusão

A LGPD, à guisa da GDPR, instituiu um modelo regulatório no qual, para que transferências internacionais de dados sejam consideradas legítimas, é necessário que sejam resguardadas em um dos mecanismos previstos em lei – sejam eles decisões de adequação, cláusulas contratuais padrão, o consentimento específico e destacado do titular dos dados entre outros. Muitos desses mecanismos, como é o caso das decisões de adequação ou das cláusulas contratuais padrão, requerem ações específicas por parte da ANPD para ganharem eficácia, as quais, por sua vez, ainda não foram postas em prática.

O cenário europeu, de maneira diversa, apresenta-se substancialmente mais amadurecido, ao passo em que a Comissão Europeia e outros órgãos específicos que compõem o sistema europeu de proteção de dados atuam extensivamente para a regulamentação da matéria, que se mostra ainda desafiadora, não obstante os esforços já empreendidos. De fato, as repercussões dos casos Schrems I e Schrems II trouxeram nova roupagem aos entendimentos sobre o tema, que vem se desdobrando para além apenas do cenário europeu e instigando outras jurisdições.

Ao regulamentar a matéria, é esperado que a ANPD se inspire no exemplo europeu, reconhecendo, ao mesmo tempo, que as dinâmicas culturais e socioeconômicas brasileiras podem impor a necessidade de um modelo diferente, talvez mais flexível, a fim de que o desenvolvimento econômico – um dos fundamentos da LGPD – permaneça desimpedido. O livre fluxo de dados, afinal, é elemento essencial ao estreitamento das relações comerciais e ao fomento da inovação.

ANEXO

Contribuição do b/luz à Tomada de Subsídios da ANPD sobre transferência internacional de dados

Questão 3 – Instrumentos para transferência internacional

Quais são os instrumentos mais efetivos e os mais utilizados para legitimar a transferência de dados pessoais internacionalmente por grandes e por pequenas empresas ou organizações?

/ Decisão de adequação do país

Do ponto de vista macro, uma decisão que ateste o grau de adequação de um país (“decisão de adequação”) é a forma mais efetiva e abrangente para uma devida legitimação das transferências internacionais. O referido instrumento depende exclusivamente de atuação da ANPD para a avaliação dos países com base nos critérios positivados no art. 34 da LGPD, que tem caráter exemplificativo, como observado pela disposição do inciso VI e a textura aberta dos demais incisos.¹²

Comparando-se com o cenário regulatório da União Europeia, observa-se que o Regulamento Geral sobre Proteção de Dados (Regulamento 2016/679 – RGPD¹³) elenca alguns outros critérios mais específicos para a verificação do nível de adequação de um país (art. 45º, 2): a existência de um Estado de direito (respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais), efetivo funcionamento de autoridades para *enforcement* da regulação de proteção de dados, e os compromissos e obrigações internacionais assumidos pelo país em análise, bem como sua participação nos sistemas globais e regionais multilaterais. Tais critérios poderão ser incorporados pela ANPD quando da edição da regulamentação sobre transferências internacionais.

Ademais, dada a influência europeia na normatização da proteção de dados no Brasil, se espera que a ANPD também utilize como referência o conceito europeu de “nível adequado de proteção”, que dispõe que um país não precisa necessariamente assegurar um nível protetivo idêntico, mas “substancialmente

12 Art. 34. O nível de proteção de dados do país estrangeiro ou do organismo internacional mencionado no inciso I do caput do art. 33 desta Lei será avaliado pela autoridade nacional, que levará em consideração: I – as normas gerais e setoriais da legislação em vigor no país de destino ou no organismo internacional; II – a natureza dos dados; III – a observância dos princípios gerais de proteção de dados pessoais e direitos dos titulares previstos nesta Lei; IV – a adoção de medidas de segurança previstas em regulamento; V – a existência de garantias judiciais e institucionais para o respeito aos direitos de proteção de dados pessoais; e VI – outras circunstâncias específicas relativas à transferência.

13 UNIÃO EUROPEIA. Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados 2016/679. 2016. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/EN/legal-content/summary/general-data-protection-regulation-gdpr.html>>. Acesso em: 14/06/2022.

equivalente”¹⁴. Assim, uma vez que uma decisão de adequação for proferida pela ANPD atestando que determinado país detém um nível adequado de efetiva regulação de proteção de dados, os controladores poderão transferir dados pessoais de forma livre e aberta para tal território, sem uma obrigatória anuência prévia por parte da ANPD ou dos titulares. Isso viabiliza “em uma tacada só” diversos fluxos de transferências internacionais necessários para o desenvolvimento e manutenção da economia digital atual.

Outros 2 mecanismos que encontram guarida no texto da LGPD se destacam no tocante à efetividade e ampla utilização no contexto da proteção de dados mundial são: (i) cláusulas contratuais específicas, (ii) cláusulas-padrão contratuais.

/ Cláusulas contratuais específicas

Com a utilização de cláusulas contratuais específicas, o controlador poderá realizar a transferência internacional de dados pessoais sem grandes problemas, desde que estas cláusulas sejam devidamente verificadas e aprovadas previamente pela ANPD. A LGPD não traz maiores detalhes sobre os procedimentos que a Autoridade deverá levar a cabo para a verificação e aprovação das cláusulas, apenas que “deverão ser considerados os requisitos, as condições e as garantias mínimas para a transferência que observem os direitos, as garantias e os princípios” da LGPD (art. 35, §1º) e que a Autoridade, quando necessário, poderá requisitar “informações suplementares ou realizar diligências de verificação quanto às operações de tratamento” (art. 35, §2º). Posto que quaisquer alterações substanciais nos termos das cláusulas devem ser comunicadas à ANPD para uma reavaliação, tal mecanismo talvez não seja o mais adequado para as pequenas e médias empresas, vez que os custos regulatórios tendem a ser mais altos.

/ Cláusulas contratuais padrão

As cláusulas-padrão contratuais costumam ser apontadas como a opção mais apropriada aos interesses das pequenas e médias empresas.¹⁵ Elaboradas as cláusulas-modelo pela ANPD – contendo as obrigações das partes envolvidas na transferência e os direitos dos titulares – e disponibilizadas aos administrados, têm sua adoção como voluntária pelos players do mercado. Recomenda-se que não sejam rígidas mas sim modulares, de forma a melhor atender as especificidades dos modelos de negócios, e conferir maior liberdade negocial. Saliencia-se que a LGPD não traz maiores diretrizes acerca das cláusulas-padrão contratuais, devendo ser inteiramente reguladas pela ANPD com base nas boas práticas mundiais.

14 LEONARDI, Marcel. Transferência Internacional de Dados Pessoais. In: BIONI, Bruno Ricardo; DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang; MENDES, Laura Schertel; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (org.). Tratado de Proteção de Dados Pessoais. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

15 MARQUES, Fernanda Mascarenhas. Cláusulas-padrão contratuais como autorizadas para a Transferência Internacional De Dados: alternativas em casos de ausência de bibliografia 51 decisão de adequação. Revista do Advogado, n. 144, nov 2019. Disponível em: https://aplicacao.aasp.org.br/aasp/servicos/revista_advogado/paginaveis/144/191/index.html.

/ Normas corporativas globais

Vale ressaltar a efetividade das normas corporativas globais, que, em que pese serem mais aplicáveis a empresas de um mesmo grupo econômico, ou seja, mais voltadas às médias e grandes empresas, também são outra opção disponível para a viabilização das transferências internacionais pela LGPD. Tal mecanismo é similar às *Binding Corporate Rules* (BCRs) do direito comunitário europeu. A LGPD é omissa sobre o tema; comparativamente, o RGPD prevê, no art. 47, que uma das empresas de um grupo econômico pode submeter suas diretrizes internas de proteção de dados para avaliação da autoridade de proteção de dados. Em geral, as BCRs refletem os princípios de proteção de dados e meios que garantam uma efetividade da proteção de dados no grupo econômico, e devem ter um caráter vinculante como regras internas para os membros do grupo econômico.

Por fim, vale dizer que, a depender das regras e da efetiva implementação dos selos, certificados e códigos de conduta reconhecidos pela ANPD, tal permissivo legal pode ser uma boa opção para os pequenos e médios *players*, a depender dos custos regulatórios que serão necessários para a auditoria e atestação da certificação de uma empresa.

Questão 5 – Cláusulas e normas corporativas globais

Que critérios e/ou requisitos devem ser considerados na regulamentação de cada um dos seguintes mecanismos de transferência internacional de dados pessoais e por quê?

A) CLÁUSULAS-PADRÃO CONTRATUAIS

Para definição dos critérios e requisitos que devem ser considerados na regulamentação das cláusulas-padrão contratuais, é preciso considerar o conteúdo da própria regulamentação, enquanto fonte de orientação da Autoridade Nacional sobre o tema, e das cláusulas-padrão contratuais a serem regulamentadas.

/ Em relação ao conteúdo da regulamentação sobre cláusulas-padrão contratuais, devem ser considerados requisitos como os seguintes:

- i. Conceito das cláusulas-padrão contratuais e distinção desse instrumento em relação aos demais mecanismos que viabilizarão a transferência internacional de dados pessoais:** Essa medida poderá conferir mais segurança aos agentes de tratamento no momento de definir qual é o instrumento adequado para legitimar a transferência internacional que pretendem realizar. O Comitê Europeu de Proteção de Dados, por exemplo, ao opinar sobre o projeto de regulamentação europeia das cláusulas-padrão contratuais¹⁶, sugeriu que, a Comissão Europeia fornecesse orientações adicionais aos agentes de tratamento sobre as cláusulas-padrão contratuais, por exemplo, sob a forma de fluxogramas,

¹⁶ Standard Contractual Clauses (SCC). European Commission. Disponível em: <https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/international-dimension-data-protection/standard-contractual-clauses-scc_en>. Acesso em: 10 jun. 2022.

e publicação de Perguntas Frequentes (FAQ), com o fim de alcançar a máxima legibilidade e facilidade na aplicação prática das cláusulas-padrão contratuais.¹⁷

ii. Explicação sobre a estrutura contratual: A depender da estrutura que será adotada pela Autoridade Nacional na elaboração das cláusulas-padrão contratuais, conforme detalhado na questão 7 abaixo, é importante que haja uma explicação na regulamentação sobre como as cláusulas deverão ser utilizadas pelos agentes. Por exemplo, caso sejam elaboradas cláusulas gerais e cláusulas específicas, como feito na Europa¹⁸, deverá haver uma explicação sobre em qual caso cada tipo de cláusula deverá ser aplicada (i.e.: cláusulas gerais para todas as transferências e cláusulas específicas, a depender da relação existente entre as partes contratantes).

iii. Definição de quais são os limites de alteração: Também dependendo da estrutura de cláusulas que será adotada pela Autoridade, é importante que seja detalhado na regulamentação quais são os limites que deverão ser observados nas alterações das cláusulas-padrão. Como indicado na questão 7 abaixo, não deve ser proibida a adição de informações novas (ex.: a indicação de prazo específico para notificação sobre um incidente), desde que não haja conflito com a legislação, tal como feito no modelo europeu¹⁹. Nesse sentido, o Comitê Europeu de Proteção de Dados (European Data Protection Board – EDPB) afirma que, “para proporcionar segurança jurídica aos responsáveis pelo tratamento e subcontratantes”, devem ser prestados “esclarecimentos sobre o tipo de cláusulas que a Comissão Europeia consideraria contrárias direta ou indiretamente às cláusulas-padrão contratuais”.²⁰ Segundo o Comitê, tais cláusulas seriam aquelas que prejudicam, impactam negativamente ou impedem o cumprimento das obrigações contidas nas cláusulas-padrão. Dessa maneira e de modo a conferir maior segurança e transparência aos agentes de tratamento, as possíveis alterações e complementações das cláusulas-padrão contratuais devem ser elencadas pela Autoridade Nacional na regulamentação sobre o tema.

17 European Commission. FAQ – Standard Contractual Clauses. Disponível em: <https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/questions_answers_on_sccs_en.pdf>. Acesso em: 2 jun. 2022.

18 Standard Contractual Clauses (SCC). European Commission. Disponível em: <https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/international-dimension-data-protection/standard-contractual-clauses-scc_en>. Acesso em: 10 jun. 2022.

19 FAQ – Standard Contractual Clauses. European Commission. Disponível em: <https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/questions_answers_on_sccs_en.pdf>. Acesso em: 2 jun. 2022.

20 EDPB-EDPS Joint Opinion 1/2021 on standard contractual clauses between controllers and processors. European Data Protection Board. Disponível em: <https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/edpb-edps-joint-opinion/edpb-edps-joint-opinion-12021-standard_en>. Acesso em: 10 jun. 2022.

iv. Procedimento para garantir o caráter vinculante das cláusulas: Também visando a segurança dos agentes de tratamento e a exequibilidade das cláusulas-padrão, devem ser estabelecidos na regulamentação quais os requisitos para que as cláusulas-padrão contratuais efetivamente vinculem as partes. Por exemplo, se basta que as cláusulas sejam assinadas pelas partes e/ou se devem estar incorporadas ao contrato em relação ao qual haverá transferência internacional de dados pessoais.

v. Situações excepcionais em que pode haver a transferência sem a assinatura das cláusulas-padrão: Deve-se trazer na regulamentação a explicação de quais são as situações excepcionais nas quais os agentes de tratamento podem realizar a transferência, mesmo que não tenham sido firmadas cláusulas-padrão. No FAQ mencionado anteriormente²¹, a Comissão Europeia traz exemplos desse tipo de situação, como quando é necessária a transferência para proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro, mas não há indicação de quais procedimentos devem ser adotados pelos agentes de tratamento nesses casos para garantir a observância à legislação. Assim, visando a garantia do cumprimento com requisitos mínimos de proteção de dados, deve ser abordado na regulamentação brasileira qual deverá ser o procedimento adotado pelos agentes de tratamento nesses casos excepcionais, ainda que algo precise ser feito após a transferência.

vi. Procedimento para definição dos riscos envolvidos em determinada transferência internacional: A preocupação com a efetividade das cláusulas-padrão contratuais importa na obrigatoriedade de mecanismos de compliance para a realização de determinada transferência internacional. No modelo europeu, é necessário que as partes avaliem se as leis e práticas do país que receberá os dados podem impedir que o importador de dados cumpra o conteúdo das cláusulas, por meio da elaboração de avaliações que devem considerar, em particular, as circunstâncias específicas da transferência (ex.: as categorias e o formato dos dados, o tipo de destinatário, o setor econômico em que a transferência ocorre, e a extensão da cadeia de processamento) e as leis e práticas relevantes nesse contexto²². Nesse sentido, o Comitê Europeu de Proteção de Dados afirma que a incorporação de mecanismos eficazes que permitam garantir o cumprimento do nível de proteção exigido pela legislação europeia é condição de validade das cláusulas-padrão contratuais, e que, em caso de violação ou impossibilidade de que sejam honradas as cláusulas, elas devem ser suspensas ou proibidas.²³ No contexto brasileiro, pode-se adotar a exigência – por meio da regulamentação – de documento

21 FAQ – Standard Contractual Clauses. Question 34. European Commission. Disponível em: <https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/questions_answers_on_sccs_en.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2022.

22 FAQ – Standard Contractual Clauses. European Commission. Disponível em: <https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/questions_answers_on_sccs_en.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2022.

23 EDPB-EDPS Joint Opinion 2/2021 on standard contractual clauses for the transfer of personal data to third countries. European Data Protection Board. Disponível em: <https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/edpbedps-joint-opinion/edpb-edps-joint-opinion-22021-standard_en>. Acesso em: 10 jun. 2022.

similar de avaliação de riscos em relação à transferência internacional a ser realizada. Porém, deve-se considerar a nossa economia emergente e a dificuldade de empresas menores em realizar essa avaliação, de forma a não criar exigências inexecutáveis para elas. Afinal, nos termos do discutido pela International Association of Privacy Professionals (IAPP) sobre tema semelhante, empresas de pequeno porte “podem não ter o conhecimento jurídico e pessoal necessários para realizar a análise de risco, documentação e monitoramento” (tradução livre)²⁴. Nesse sentido, pode haver uma regulamentação específica sobre as exigências relacionadas às transferências internacionais feitas por empresas menores, com o fornecimento de instruções claras, concisas e práticas, adaptadas às necessidades e circunstâncias das empresas pequenas, tal como foi feito no regulamento de aplicação da LGPD para agentes de tratamento de pequeno porte.²⁵

vii. Disposição sobre prazo de revisão das cláusulas-padrão: Para manter as cláusulas atualizadas e para permitir eventuais alterações que se mostrem necessárias, é importante que a regulamentação estabeleça reavaliações do conteúdo das cláusulas-padrão contratuais. Para definição desse prazo, devem ser levadas em consideração atualizações jurisprudenciais consolidadas e atualizações no entendimento da própria Autoridade Nacional sobre transferência internacional de dados pessoais. Na Europa, por exemplo, há a previsão de que os impactos da implementação do GDPR devem ser avaliados a cada 4 anos, o que inclui a avaliação da aplicação prática das cláusulas-padrão contratuais.²⁶ Ainda, caso ocorram mudanças nas cláusulas-padrão, deve ser indicado na regulamentação período razoável para adaptação das relações contratuais vigentes sob as normas anteriores, de forma a se zelar pela segurança jurídica das partes envolvidas na transferência internacional.

/ Quanto ao conteúdo das cláusulas-padrão contratuais, devem ser considerados os seguintes critérios para a sua regulamentação:

i. Disponibilização de campos para preenchimento: Para que o documento a ser formado a partir das cláusulas-padrão contratuais possa ser aplicável a uma relação concreta, pode ser necessário que campos em branco sejam deixados livres para preenchimento pelas partes contratantes. O tema será melhor adereçado adiante, na resposta à Questão 7. Alguns exemplos de campos que devem ser disponibilizados para o preenchimento pelos

24 Can the new standard contractual clauses work for small business? Disponível em: <<https://iapp.org/news/a/can-the-new-standard-contractual-clauses-work-for-small-business/>>. Acesso em: 10 jun. 2022.

25 GOV.BR. Conselho Diretor aprova Regulamento de aplicação da LGPD para agentes de tratamento de pequeno porte. 28 jan. 2022. 08:40. Disponível em: <<https://www.gov.br/anpd/pt-br/assuntos/noticias/conselho-diretor-aprova-regulamento-de-aplicacao-da-lgpd-para-agentes-de-tratamento-de-pequeno-porte>>. Acesso em: 10 jun. 2022.

26 FAQ – Standard Contractual Clauses. European Commission. Disponível em: <https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/questions_answers_on_sccs_en.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2022.

agentes de tratamento incluem a indicação das partes exportadora e importadora de dados, as suas respectivas posições enquanto agentes de tratamento, a indicação de e-mail de contato de cada parte, a indicação da existência de tratamento de dados sensíveis, as finalidades específicas das transferências, as categorias de titulares que terão seus dados transferidos e o prazo para descarte dos dados (ou como o período de retenção será determinado, caso não seja possível fornecer um período exato, quando da implementação das cláusulas).

ii. Imposição de obrigações mínimas de proteção de dados às partes:

Considerando a legislação brasileira, há algumas disposições importantes sobre a responsabilidade das partes que deverão constar nas cláusulas-padrão contratuais que viabilizarão a transferência internacional de dados pessoais. O ideal é que essas cláusulas sejam exemplificativas e não taxativas, tendo em vista que a legislação estrangeira pode trazer salvaguardas ainda mais protetivas para os titulares dos dados pessoais. Abaixo seguem alguns exemplos de assuntos que precisam ser endereçados pelas cláusulas-padrão contratuais:

- Observância, no mínimo, aos princípios, às bases legais e aos direitos dos titulares previstos na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais;
- Padrões mínimos de segurança e governança que deverão ser observados pelas partes – o que poderá, por exemplo, ser endereçado de forma detalhada em algum anexo, caso a Autoridade Nacional decida seguir com uma estrutura contratual que contenha anexos específicos;
- Salvaguardas adicionais que devem ser adotadas pelos agentes de tratamento, caso a transferência envolva o compartilhamento de dados sensíveis;
- Procedimentos que deverão ser adotados pelas partes para notificação da outra parte sobre incidentes de segurança da informação, e requisição de autoridades envolvendo dados pessoais compartilhados;
- Obrigação de transparência sobre a transferência, com a indicação de qual é o agente de tratamento responsável por conferir essa transparência aos titulares (ex.: exportador de dados pessoais); e
- Informações sobre a necessidade de entrega de cópia das cláusulas-padrão para os titulares, quando solicitado, com indicação de quais partes dos documentos precisam ser compartilhadas, em atenção à preservação do segredo de negócio dos contratantes.

iii. Conflito entre a LGPD e a legislação estrangeira aplicável: Considerando que pode haver conflito entre a legislação nacional e eventual legislação estrangeira aplicável, deve-se endereçar esta questão na regulamentação das cláusulas-padrão contratuais. A exemplo do que foi afirmado pelo Comitê Europeu de Proteção de Dados sobre o assunto, devem ser considerados “apenas os requisitos das leis locais que respeitem a essência dos direitos e liberdades fundamentais e não excedam o que é necessário e proporcional em uma sociedade democrática”²⁷. Assim, a regulamentação deverá indicar como as partes deverão atuar sob a perspectiva da legislação brasileira, caso haja conflito com uma legislação aplicável de outro país.

iv. Indicação dos efeitos da rescisão contratual: A rescisão contratual e as suas consequências são temas que fazem parte do ciclo de vida dos contratos e, portanto, devem ser endereçados também pela regulamentação. No modelo europeu, é previsto que o exportador de dados tem o direito de suspender temporariamente a transferência de dados pessoais para o importador caso este dê causa à rescisão do contrato²⁸. Nesse sentido, deve ser indicado na regulamentação brasileira o que deverá ser feito em relação aos dados pessoais, quando da rescisão contratual, por exemplo, pela indicação da necessidade de exclusão ou devolução – pela parte importadora – de todos os dados pessoais compartilhados.

b) NORMAS CORPORATIVAS GLOBAIS

As normas corporativas globais, previstas no art. 33, II, 'c', da LGPD, podem ser entendidas, em linhas gerais, como regras corporativas obrigatórias, isto é, um conjunto de regras vinculativas que podem ser postas em prática para permitir que grupos multinacionais transfiram dados pessoais para países ou organismos internacionais que não sejam tidos como proporcionadores de grau de proteção de dados pessoais adequado. De fato, o texto da GDPR, ao se referir às *binding corporate rules*, instrumento similar às normas corporativas globais, afirma que elas são aplicáveis “a todas as entidades em causa do grupo empresarial ou do grupo de empresas envolvidas em uma atividade econômica conjunta, incluindo os seus funcionários”²⁹.

27 EDPB-EDPS Joint Opinion 2/2021 on standard contractual clauses for the transfer of personal data to third countries. European Data Protection Board. Disponível em: <https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/edpb-edps-joint-opinion/edpb-edps-joint-opinion-22021-standard_en>. Acesso em: 10 jun. 2022.

28 FAQ – Standard Contractual Clauses. European Commission. Disponível em: <https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/questions_answers_on_sccs_en.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2022.

29 Art. 47 GDPR – Regras vinculativas aplicáveis às empresas. Disponível em: <<https://gdprinfo.eu/pt-pt/pt-pt-article-47>>. Acesso em: 6 jun. 2022.

Essas normas se comportam como políticas internas ou códigos de conduta aderidos por empresas e organizações multinacionais para estabelecer diretrizes e procedimentos internos para a realização de transferências de dados pessoais, dentro de um mesmo grupo econômico, para países que não fornecem um nível adequado de proteção em relação ao país de origem dos dados³⁰.

As normas corporativas globais foram pensadas para serem instituídas dentro de um mesmo grupo econômico ou empresas que exerçam uma atividade econômica conjunta, viabilizando e dinamizando a transferência internacional dos dados que esses agentes utilizem no desenvolvimento de sua atividade. Quando da análise dos critérios e requisitos que devem ser considerados na regulamentação das normas corporativas globais no Brasil, destacam-se os seguintes:

/ Flexibilidade

As normas corporativas globais garantem que todas as transferências de dados dentro de um grupo multinacional sejam seguras e contenham princípios relacionados à proteção dos dados, tais como transparência, qualidade de dados, segurança e ferramentas para garantir a eficácia de sua aplicação (como auditoria, treinamento).

Essas normas devem fornecer um grau significativo de flexibilidade como meio de transferência de dados, uma vez que podem absorver facilmente as mudanças na estrutura corporativa de um grupo. Além disso esse instituto pode fornecer uma estrutura para a ampla variedade de transferências que podem acontecer intragrupo e evitam a dificuldade de ter que implementar e manter uma matriz de contratos entre membros individuais do grupo.

As normas corporativas globais são uma forma de agilizar o processo de transferências de dados, uma vez que as organizações podem usar uma norma corporativa global para cobrir a totalidade de suas atividades de compartilhamento de dados em grupo ao invés de precisar gerenciar diversos contratos e documentos relacionados aos seus métodos de transferência de dados.

Assim, a regulamentação sobre as normas corporativas globais deve considerar que este instituto deve se apresentar como uma solução flexível e sob medida que elimina a inviabilidade de ter que celebrar inúmeros contratos entre subsidiárias, sendo uma opção prática e menos custosa para grupos multinacionais.

É importante que a regulamentação considere que as normas corporativas globais devem ser facilmente adaptados às necessidades do negócio

30 EUROPEAN COMMISSION. Binding Corporate Rules (BCR). Disponível em: <https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/international-dimension-data-protection/binding-corporate-rules-bcr_en>. Acesso em 01 jun. 2022.

e, portanto, uma vez implementados e operacionais, quaisquer novas atualizações não materiais nas normas não precisariam, a princípio, serem aprovadas novamente pela autoridade, poupando tempo e custo das organizações³¹.

Neste sentido, as normas corporativas globais aplicáveis às empresas podem gerar um “porto seguro” para um dado grupo de empresas, em que os fluxos de dados pessoais intragrupo podem ocorrer livremente, sem adicionada burocracia.

/ Segurança

As normas corporativas globais devem garantir um elevado grau de segurança às organizações. Tais normas devem estabelecer padrões de segurança da informação adequados, a fim de reduzir o risco das transferências internacionais.

/ Caráter vinculante

As normas corporativas globais devem ser juridicamente vinculantes e aplicadas por todos os membros envolvidos do grupo econômico, uma vez que sua natureza vinculante, tanto interna quanto externamente garante maior segurança em sua aplicabilidade e eficácia.³²

Devem existir mecanismos internos que assegurem que as empresas do grupo e os funcionários que as integram se sintam obrigados a cumprir as regras definidas pelas normas corporativas, tais como sanções disciplinares em caso de descumprimento, e treinamentos para os funcionários e prestadores de serviço.

No âmbito vinculativo externo, as normas corporativas globais devem prever cláusulas de terceiros beneficiários para os titulares de dados, prevendo, por exemplo, a possibilidade de os titulares dos dados poderem apresentar uma queixa quer perante autoridade competente quer no tribunal competente.

/ Conteúdo das normas corporativas globais

Buscando como referência a legislação europeia e analisando o funcionamento das normas corporativas globais naquele contexto, pode-se extrair alguns critérios e requisitos que devem ser considerados na regulamentação das normas corporativas globais no Brasil, sobretudo no que se refere ao conteúdo das normas e os requisitos para sua aprovação.³³

31 FRY, W. Binding Corporate Rules. Lexology. mar. 2013. Disponível em: <<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=b43fc0a1-8dda-4a7c-abb2-c3cdeelf037f>>. Acesso em 01 jun. 2022.

32 GUERREIRO, A. S. As Regras Vinculativas para Empresas (Binding Corporate Rules) no novo Regulamento Geral de Proteção de Dados: O reconhecimento da correção e do “Princípio da Responsabilidade” como meio para passar da teoria à prática na proteção de dados pessoais. Jun. 2018. Disponível em: <https://run.unl.pt/bitstream/10362/51015/1/Guerreiro_2018.pdf>. Acesso em 03 jun. 2022.

33 IAPP, European Data Protection, Second Edition. Disponível em: <<https://s3.amazonaws.com/media.iapp.org/samples/IAPP-European-Data-Protection-2E-SAMPLE.pdf>>. Acesso em 02 jun. 2022.

Essas normas devem incluir todos os princípios gerais de proteção de dados e direitos aplicáveis para garantir as salvaguardas adequadas para transferências de dados.³⁴

Um conjunto completo e válido de normas corporativas globais deve incluir elementos como³⁵:

- a estrutura e contatos do grupo econômico e de cada um dos seus membros;
- o escopo de aplicação, incluindo as categorias de dados pessoais, o tipo de tratamento e suas finalidades, o tipo de titular de dados afetado, e a identificação do país ou países terceiros em questão;
- a natureza vinculante das normas corporativas globais;
- a aplicação dos princípios gerais de proteção de dados, tais como transparência, finalidade, adequação, períodos de armazenamento, qualidade de dados, base legal para o tratamento, medidas para garantir segurança de dados, e os requisitos para transferências posteriores para agentes não vinculados às normas corporativas globais;
- os direitos dos titulares dos dados em relação ao tratamento e os meios para exercer esses direitos, incluindo procedimentos para reclamação;
- definição dos papéis do controlador/operador e responsabilização pelas violações das normas corporativas;
- obrigação de fornecer treinamentos para os funcionários que têm acesso aos dados pessoais;
- mecanismos de auditoria para garantir a demonstração do cumprimento das normas corporativas globais; e
- o mecanismo de cooperação com a autoridade supervisora para garantir a conformidade.

34 WORKING PARTY 29. WP 257. Working Document setting up a table with the elements and principles to be found in Binding Corporate Rules. Disponível em: < https://ec.europa.eu/info/files/working-document-binding-corporate-rules-processors-wp257rev01_en >. Acesso em 02 jun. 2022.

35 PWC. Binding Corporate Rules. The General Data Protection Regulation. Disponível em: < <https://www.pwc.com/m1/en/publications/documents/pwc-binding-corporate-rules-gdpr.pdf> >

Questão 7 – Cláusulas padrão rígidas ou flexíveis

As cláusulas-padrão contratuais devem ser rígidas e com conteúdo pré-definido ou a sua regulamentação deve permitir uma determinada flexibilidade em relação ao texto das cláusulas, especificando os resultados desejados e permitindo alterações desde que não conflitem com o texto padrão disponibilizado?

As cláusulas-padrão devem permitir uma determinada flexibilidade em relação ao seu conteúdo, de modo a garantir que os agentes de tratamento que realizarão a transferência internacional possam adequar parte do seu texto conforme o caso concreto.

Assim, de um lado, seria possível que os agentes de tratamento envolvidos na transferência utilizassem cláusulas-padrão contratuais com conteúdo pré-definido, as quais sejam fáceis de implementar, principalmente para empresas pequenas. Isso poderia, por exemplo, auxiliar a diminuir os seus custos de transação e a equilibrar as regras da LGPD e o seu porte enquanto agente de tratamento, na mesma linha da ideia que originou o regulamento de aplicação da LGPD para agentes de tratamento de pequeno porte³⁶.

Em relação às cláusulas-padrão contratuais, a Comissão Europeia estabeleceu, ao atualizar a regulamentação do tema em junho de 2021, que a redação contratual, em regra, não pode ser alterada³⁷. Isso porque tais cláusulas são padronizadas e pré-aprovadas pela Comissão, de modo que não há necessidade de que seja obtida autorização prévia de uma autoridade³⁸. São permitidas complementações nas cláusulas padrão, mas somente exclusões e adição de informações em campos específicos.

Desse modo, é disponibilizado um modelo editável para ser completado pelos agentes de tratamento que participam da transferência³⁹. Basicamente, as únicas alterações possíveis são para (i) a seleção de módulos e/ou opções específicas oferecidas no texto, (ii) o complemento do texto para determinados

36 GOV.BR. Conselho Diretor aprova Regulamento de aplicação da LGPD para agentes de tratamento de pequeno porte. 28 jan. 2022. 08:40. Disponível em: <<https://www.gov.br/anpd/pt-br/assuntos/noticias/conselho-diretor-aprova-regulamento-de-aplicacao-da-lgpd-para-agentes-de-tratamento-de-pequeno-porte>>. Acesso em: 10 jun. 2022.

37 European Commission. Standard contractual clauses for international transfers – clause 2 (a). Disponível em: <https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/international-dimension-data-protection/standard-contractual-clauses-scc/standard-contractual-clauses-international-transfers_en>. Acesso em: 2 jun. 2022.

38 European Commission. FAQ – Standard Contractual Clauses. Disponível em: <https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/questions_answers_on_sccs_en.pdf>. Acesso em: 2 jun. 2022.

39 European Commission. Annex to the Commission Implementing Decision on standard contractual clauses for the transfer of personal data to third countries pursuant to Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council. Disponível em: <https://ec.europa.eu/info/system/files/1_en_annexe_acte_autonome_cp_part1_v5_0.pdf>. Acesso em: 2 jun. 2022.

casos (ex.: indicar os tribunais competentes⁴⁰ e a autoridade supervisora⁴¹) e (iii) o preenchimento dos anexos – nos quais devem ser listadas informações concretas sobre a transferência, por exemplo, devem ser indicadas a lista das partes, seus respectivos papéis e as finalidades das transferências⁴².

No modelo europeu, em relação ao item (i) acima, os agentes de tratamento podem aderir apenas às cláusulas que são relevantes para sua relação, de forma que as cláusulas que não se aplicam devem ser excluídas.⁴³ Funciona da seguinte forma: existem cláusulas gerais, aplicáveis a todos os contratos, e módulos específicos, aplicáveis a depender do tipo de relação existente entre a parte que exporta e a que importa os dados (i.e.: controlador para controlador, controlador para operador, operador para operador, e operador para controlador) – podendo haver um ou mais módulos específicos aplicáveis.⁴⁴

De todo modo, nas cláusulas-padrão contratuais europeias, há algumas questões em relação às quais se confere maior liberdade às partes responsáveis pela transferência. Entre essas questões estão (a) a possibilidade de definição de prazos, como para notificação da outra parte em relação a um incidente de segurança da informação⁴⁵, sem que haja prejuízo aos prazos já definidos em lei; e (b) a adição de salvaguardas adicionais que aumentem o nível de proteção dos dados (p. ex. criptografia de ponta a ponta durante).⁴⁶

Nessa linha, as cláusulas europeias também possibilitam que as partes negociem alguns pontos específicos, a partir da disponibilização de cláusulas opcionais. Um exemplo de cláusula como esta é a docking clause,

40 European Commission. Standard contractual clauses for international transfers – clause 18 (b). Disponível em: <https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/international-dimension-data-protection/standard-contractual-clauses-scc/standard-contractual-clauses-international-transfers_en>. Acesso em: 2 jun. 2022.

41 European Commission. Standard contractual clauses for international transfers – clause 13 (a). Disponível em: <https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/international-dimension-data-protection/standard-contractual-clauses-scc/standard-contractual-clauses-international-transfers_en>. Acesso em: 2 jun. 2022.

42 European Commission. Standard contractual clauses for international transfers – Annex 1. Disponível em: <https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/international-dimension-data-protection/standard-contractual-clauses-scc/standard-contractual-clauses-international-transfers_en>. Acesso em: 2 jun. 2022.

43 European Commission. FAQ – Standard Contractual Clauses – Question 9. Disponível em: <https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/questions_answers_on_sccs_en.pdf>. Acesso em: 2 jun. 2022.

44 European Commission. FAQ – Standard Contractual Clauses – Question 28. Disponível em: <https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/questions_answers_on_sccs_en.pdf>. Acesso em: 2 jun. 2022.

45 European Commission. FAQ – Standard Contractual Clauses – Question 18. Disponível em: <https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/questions_answers_on_sccs_en.pdf>. Acesso em: 2 jun. 2022.

46 European Commission. FAQ – Standard Contractual Clauses – Question 40. Disponível em: <https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/questions_answers_on_sccs_en.pdf>. Acesso em: 2 jun. 2022.

incluída nas cláusulas-padrão pela Comissão Europeia em 2021.⁴⁷ Trata-se de cláusula que permite às partes optarem por concordar que outras partes possam aderir futuramente ao contrato.

Em função da sua flexibilidade e modernidade, outros modelos regulatórios são semelhantes ao modelo europeu de cláusulas-padrão. A Suíça, por exemplo, as endossou apenas com adaptações formais limitadas à sua ordem jurídica doméstica.⁴⁸ No Reino Unido, por outro lado, são disponibilizados dois documentos que podem ser utilizados pelas organizações para viabilizar as transferências internacionais: o acordo de transferência de dados (IDTA) ou o aditivo às cláusulas-padrão da Comissão Europeia.⁴⁹ A diferença entre esses dois mecanismos é que o IDTA serve como uma alternativa para as cláusulas-padrão europeias para exportadores de dados localizados no Reino Unido, enquanto o aditivo pode ser implementado às cláusulas-padrão europeias já utilizadas pelas organizações.⁵⁰

Além disso, outras nações elaboraram cláusulas-padrão que partilham vários pontos em comum com o modelo europeu, o que inclui cláusulas desenvolvidas em nível nacional, tais como as da Nova Zelândia⁵¹ e a Argentina⁵², e no âmbito de organizações regionais, como as da Rede Ibero-Americana de Proteção de Dados e a Associação das Nações do Sudeste Asiático.⁵³ Em todos os modelos, o texto das cláusulas é pré-definido, mas há espaço para complementação.

Além disso, como mencionado, deve se ter em mente que as então vigentes cláusulas-padrão contratuais europeias passaram recentemente por uma atualização (2021). Entre as principais razões para essa modernização estava a desatualização das cláusulas-padrão anteriores, que eram menos flexíveis e não estavam mais adaptadas à realidade da economia moderna, pautada

47 European Commission. Standard contractual clauses for international transfers – clause 7. Disponível em: <https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/international-dimension-data-protection/standard-contractual-clauses-scc/standard-contractual-clauses-international-transfers_en>. Acesso em: 2 jun. 2022.

48 DataGuidance. Switzerland: Using EU SCCs under Swiss law. Oct 2021. Disponível em: <<https://www.dataguidance.com/opinion/uk-idta-and-uk-addendum-eu-sccs-enter-force>> Acesso em: 10 jun. 2022.

49 Information Commissioner's Office. International data transfer agreement and guidance. Disponível em: <<https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-data-protection/guide-to-the-general-data-protection-regulation-gdpr/international-data-transfer-agreement-and-guidance/>>. Acesso em: 10 jun. 2022.

50 DataGuidance. UK: IDTA and UK Addendum to EU SCCs enter into force. Março 2022. Disponível em: <<https://www.dataguidance.com/opinion/uk-idta-and-uk-addendum-eu-sccs-enter-force>> Acesso em: 10 jun. 2022.

51 IAPP. NZ privacy commissioner develops model contracts for data transfers. 19 nov. 2020. Disponível em: <<https://iapp.org/news/a/nz-privacy-commissioner-develops-model-contract-clauses-for-global-data-transfers/>> Acesso em: 10 jun. 2022.

52 DataGuidance. Argentina – Data Protection Overview. Dez. 2021. Disponível em: <<https://www.dataguidance.com/notes/argentina-data-protection-overview>>. Acesso em: 10 jun. 2022.

53 European Commission. FAQ – Standard Contractual Clauses. Disponível em: <https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/questions_answers_on_sccs_en.pdf>. Acesso em: 2 jun. 2022.

pela digitalização⁵⁴.

Houve a necessidade de modernizar a estrutura das cláusulas-padrão, de forma a torná-las mais fáceis de usar, abranger cenários de transferência adicionais e fornecer uma maior flexibilidade aos agentes de tratamento responsáveis pela transferência internacional.⁵⁵

Dessa maneira, é importante utilizar como base a experiência estrangeira na adequação dos instrumentos contratuais da LGPD. Ainda, de modo a assegurar a flexibilidade mencionada e garantir a observância aos requisitos da LGPD, é preciso que as cláusulas-padrão contratuais a serem regulamentadas sejam capazes de, no mínimo, **(i)** atender as possíveis relações entre os agentes de tratamento; **(ii)** viabilizar a escolha das cláusulas aplicáveis à transferência a ser realizada; **(iii)** disponibilizar o preenchimento de espaços para detalhamento da transferência; e **(iv)** permitir a sua complementação, desde que essas adições não violem o texto padrão e nem prejudiquem os direitos dos titulares.

Adicionalmente, as cláusulas-padrão devem conferir aos agentes de tratamento a possibilidade de negociar algumas questões. Por exemplo, pela disponibilização de cláusulas opcionais sobre um determinado assunto, em relação às quais as partes possam optar por aderir, como o exemplo das docking clauses trazido acima.

Questão 13 – Transferência intragrupos econômicos

Quais os riscos e benefícios de se permitir transferências entre grupos econômicos distintos cujas normas corporativas globais tenham sido aprovadas pela ANPD?

Como já abordado, as normas corporativas globais, previstas no art. 33, II, 'c', da LGPD, constituem importante instrumento de proteção de dados para a viabilização da transferência internacional de dados a países ou organismos internacionais que não sejam tidos como proporcionadores de grau de proteção de dados pessoais adequado.

/ Consideração inicial: aplicabilidade das normas corporativas globais

As normas corporativas globais foram pensadas para serem instituídas dentro de um mesmo grupo econômico ou empresas que exerçam uma atividade econômica conjunta, viabilizando a transferência internacional dos dados pessoais.

De fato, o texto do GDPR, ao se referir às binding corporate rules, instrumento reflexo às normas corporativas globais, afirma que elas são aplicáveis "a todas as entidades em causa do grupo empresarial ou do grupo de empresas

⁵⁴ European Commission. FAQ – Standard Contractual Clauses. Disponível em: <https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/questions_answers_on_sccs_en.pdf>. Acesso em: 2 jun. 2022.

⁵⁵ European Commission. FAQ – Standard Contractual Clauses. Disponível em: <https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/questions_answers_on_sccs_en.pdf>. Acesso em: 2 jun. 2022.

envolvidas em uma atividade econômica conjunta, incluindo os seus funcionários”⁵⁶.

No mesmo sentido, o Information Commissioner’s Officer (ICO), autoridade de proteção de dados do Reino Unido, explica que tais normas “destinam-se ao uso de grupos empresariais multinacionais, grupos de empreendimentos ou um grupo de empresas que exerça uma atividade econômica conjunta, como franquias, joint ventures ou parcerias profissionais”⁵⁷.

Portanto, considerando essa realidade, passa-se a refletir sobre os riscos e benefícios da transferência internacional realizada entre grupos econômicos diferentes, que exerçam atividades econômicas distintas.

/ Benefícios

O benefício de possibilitar a transferência entre grupos distintos pode ser essencial para o aprimoramento e expansão de novos modelos de negócio, pois confere dinamismo e eficiência à economia e propicia a inovação. De fato, em uma economia cada vez mais digitalizada, em que a inteligência de dados possui um papel cada vez mais relevante, a viabilização da transferência internacional de dados consiste em requisito essencial para o desenvolvimento social.

Tal caráter é acentuado quando se considera que tais transferências podem ser realizadas de forma segura, de onde decorre a importância da regulação e do desenvolvimento de ferramentas de governança, como são as próprias normas corporativas globais, embora voltadas ao âmbito das relações intragrupo.

/ Riscos

Em uma primeira análise, depreende-se que as normas corporativas globais se aplicam apenas a transferências de dados dentro de um grupo econômico, e não poderiam ser usados para cobrir transferências internacionais de dados pessoais para empresas que estão fora do grupo corporativo.

Assim, os riscos advindos da transferência de dados entre grupos econômicos distintos advêm de dois principais fatores, quais sejam, **(i)** a ausência do caráter vinculante e **(ii)** a eventual incompatibilidade das normas corporativas globais de cada grupo.

Conforme abordado, o caráter vinculante das normas é um elemento essencial para garantir sua validade e eficácia e, como tais normas se comportam como políticas internas ou códigos de conduta aderidos por empresas e organizações multinacionais, os procedimentos ali descritos, a princípio, não vinculam entidades externas ao grupo econômico ao qual às normas

56 Art. 47 GDPR – Regras vinculativas aplicáveis às empresas. Disponível em: <<https://gdprinfo.eu/pt-pt/pt-pt-article-47>>. Acesso em: 6 jun. 2022.

57 Binding Corporate Rules. Information Commissioner’s Office. Disponível em: <<https://ico.org.uk/for-organisations/binding-corporate-rules/>>. Acesso em 6 jun. 2022.

se aplicam. Tal vinculação, ainda, tem seu caráter reforçado por meio da necessidade de aprovação das normas corporativas globais pela ANPD, o que se dá em conformidade com o disposto no art. 35, § 2º, da LGPD.

A incompatibilidade das normas corporativas globais de grupos distintos é outro fator a ser considerado que pode dificultar ou até mesmo inviabilizar a transferência de dados entre grupos. Isto porque, ainda que a autoridade estabeleça requisitos a respeito do conteúdo das normas, os procedimentos elencados por cada grupo econômico para a realização das transferências internacionais podem ser diferentes, uma vez que endereçam as particularidades do modelo de negócio específico de determinado grupo econômico.

Portanto, ainda que as normas corporativas globais de grupos distintos sejam aprovadas pela ANPD e tenham conteúdo semelhante entre si no que se refere ao seu conteúdo, este instrumento não parece ser, por si só, suficiente para viabilizar a transferência internacional entre grupos econômicos distintos, de modo que outro mecanismo será necessário para a viabilização da transferência entre tais grupos.

A LGPD prevê diferentes instrumentos que podem ser utilizados para tal, todos os quais, ao final, precisarão ser definidos ou verificados pela ANPD, nos termos do que dispõe o art. 35 da LGPD.

Esses instrumentos são: cláusulas contratuais específicas para determinada transferência (art. 33, II, 'a'), cláusulas-padrão contratuais (art. 33, II, 'b') e selos, certificados e códigos de conduta regularmente emitidos (art. 33, II, 'd'). Dessa maneira, a figura dos contratos é de especial relevância para a viabilização de transferências entre grupos econômicos distintos.

Assim, os riscos do compartilhamento de dados podem ser mitigados por meio da atuação da ANPD pela fixação de eventuais parâmetros, requisitos ou documentos necessários para a formulação de tais contratos, os quais serão, ao final, o instrumento que regerá a transferência entre grupos. Eventual incongruência entre as normas corporativas globais de cada grupo pode ser devidamente endereçada no contrato de transferência entre as partes.

Há de se considerar, por fim, que as normas corporativas globais, ainda que incompatíveis entre si na parte em que dispuserem sobre os procedimentos internos para as transferências internacionais, consistem em um bom indicativo de proteção de dados, pois indicam a existência de uma estrutura de governança do grupo econômico envolvido.

Questão 15 – Direitos do titular

Quais são os direitos do titular no caso de alterações na configuração original da transferência? Em quais situações seria imprescindível a comunicação direta aos titulares ou algum tipo de intervenção destes?

Os direitos dos titulares se mantêm no caso de alterações das configurações originais das transferências internacionais de dados. Considerando que, em geral, os permissivos não exigem anuência expressa do titular, a menos quando a transferência internacional for fundada especificamente no consentimento do titular, não será imprescindível comunicar ou realizar qualquer tipo de intervenção diretamente aos titulares quando da ocorrência de alterações na transferência, exceto nos casos em que esta for fundada no consentimento. Nestes casos, o titular deverá ser comunicado e informado de que poderá realizar a revogação de seu consentimento, porém, ele deverá ser alertado das consequências práticas que a revogação do consentimento poderá acarretar.

Ademais, os casos de transferência internacional de dados de controlador para outro controlador, é necessária a intervenção do controlador inicial para informar ativamente ao titular sobre a transferência, para que este tenha ciência e possa exercer seus direitos perante o novo controlador dos dados. Já nos casos em que o controlador transferir dados para um operador e houver uma alteração nesse contexto (por exemplo, trocar de uma empresa de armazenamento em nuvem para outra), considerando que o controlador continua sendo o responsável pelo tratamento, especialmente perante o titular de dados, não há necessidade de comunicar especificamente o titular com relação a esse tipo de alteração.

A título comparativo, nos termos das diretrizes do WP29 com relação à transparência no GDPR, fica claro que o regulamento europeu é omissivo com relação aos requisitos temporais e métodos para informar os titulares com relação a mudanças relevantes na configuração original do tratamento de dados. Nessa linha, o WP29 recomenda que o controlador sempre leve em consideração os princípios de justiça e accountability, as expectativas legítimas do titular de dados, e os potenciais impactos dessas alterações sobre o titular.⁵⁸ Em geral, se um aspecto fundamental do tratamento será alterado ou seja algo que possa causar alto impacto sobre os titulares, o controlador deve se comprometer a informar com antecedência os titulares de dados impactados com tais alterações, antes da efetiva implementação das alterações, para que o titular possa, devidamente informado sobre as mudanças do tratamento, exercer seus direitos previstos na LGPD, como revogar seu consentimento ou se opor a determinado tratamento.

⁵⁸ WORKING PARTY 29. WP 257. Guidelines on transparency under Regulation 2016/679. Disponível em: <https://ec.europa.eu/newsroom/article29/redirection/document/51025>. Acesso em 02 jun. 2022.

Por fim, não foram localizadas boas práticas de mercado levadas a cabo por controladores de dados e por autoridades de proteção de dados com relação ao exercício dos direitos dos titulares em contexto de transferências internacionais.

Questão 20 – Mecanismos para informar o titular

Quais os mecanismos mais adequados para fornecer aos titulares a informação clara e relevante sobre a eventual transferência de seus dados pessoais para fora do Brasil bem como para assegurar a efetiva proteção de direitos dos titulares nas transferências internacionais de dados pessoais? Como esses instrumentos devem ser implementados?

Os mecanismos mais adequados para que as organizações demonstrem a conformidade com o princípio da transparência no tocante às transferências internacionais devem ser os mesmos utilizados para fins de transparência em geral. Em outras palavras, os meios já comumente utilizados pelos administrados são suficientes para fornecer informações claras e relevantes aos titulares de dados sobre transferências internacionais de dados pessoais, como por disposições detalhadas previstas nas políticas de privacidade e nos termos de uso dos produtos/serviços.

b/luz

deixa com a gente

Para saber mais, acesse nosso site ou
nos acompanhe nas redes sociais.



baptistaluz.com.br