



25 de junho de 2021

Waldemar Gonçalves Ortunho Junior
Presidente
Autoridade Nacional de Proteção de Dados

Re: Consulta Pública ANPD – Fiscalização e Aplicação de Sanção

A BSA| The Software Alliance (BSA) agradece a oportunidade de fornecer comentários à Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) à minuta de resolução que estabelece os mecanismos de fiscalização e aplicação de sanção que a ANPD pretende adotar com base na Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD).

A BSA apoia regras de proteção de dados que são baseadas em risco, neutras em tecnologia e flexíveis. Os membros da BSA têm um compromisso profundo e de longa data na proteção dos dados de seus clientes através de tecnologias e modelos de negócio. Nós também reconhecemos que, para ser eficaz, um regulador de privacidade de dados necessita de ferramentas apropriadas e deve garantir que os recursos impostos às entidades que violam a respectiva lei de proteção de dados sejam proporcionais aos danos resultantes das violações. Elogiamos a ANPD por seus esforços para desenvolver regulamentos de fiscalização que promovam uma abordagem baseada em evidências, processos transparentes e justos e proporcionalidade entre os riscos e os recursos alocados.

Nossos comentários abordam três aspectos da minuta de resolução, com foco na necessidade de garantia de: (1) adoção de ferramentas reguladoras eficazes; (2) soluções que sejam proporcionais aos danos causados por violações; e (3) regulamentações que promovam a privacidade, sem criar inadvertidamente riscos de privacidade e segurança.

I. Necessidade de Ferramentas Regulatórias Eficazes

As autoridades de proteção de dados devem ter ferramentas e recursos necessários para garantir a aplicação efetivas das respectivas leis de proteção de dados. A capacidade da ANPD de aplicar efetivamente a LGPD é fundamental para proteger a privacidade dos indivíduos, garantindo que as organizações sujeitas à lei cumpram seus compromissos e obrigações legais e dissuadindo possíveis violações. A LGPD estabelece uma série de ferramentas e autoridades para a ANPD, a fim de assegurar que ela possa cumprir essa missão. Nós oferecemos os seguintes comentários a respeito de duas ferramentas abordadas na minuta de resolução:

- **Premissas para fiscalização.** A minuta de resolução estabelece uma série de premissas nas quais a ANPD irá basear sua atividade de supervisão, incluindo a priorização de ações baseadas em evidências e gerenciamento de riscos, adotando medidas que sejam proporcionais aos riscos identificados e incentivando a promoção de uma cultura de proteção de dados. Acreditamos que estas premissas são críticas para o trabalho de qualquer regulador e apoiamos fortemente o reconhecimento da ANPD de que suas atividades devem se concentrar em evidências de práticas reais e riscos de danos ocasionados por violações.
- **Mapeamento de Prioridades.** A minuta de resolução também prevê que a ANPD realizará um mapeamento bienal de prioridades que permitirá ao órgão regulador priorizar suas atividades e recursos. Apoiamos esta abordagem que cria uma estrutura para implementar o método de regulamentação baseado em evidências e em riscos. Ao mesmo tempo, a minuta de resolução não parece contemplar um canal de consulta às partes interessadas para a elaboração deste mapeamento. No entanto, o feedback das partes interessadas pode ajudar a ANPD a refinar suas prioridades e entender as preocupações que podem não surgir de forma clara no mapeamento realizado pela ANPD – incluindo questões emergentes que ainda não estão refletidas nas evidências coletadas pelo regulador. Nesse sentido, sugerimos a alteração nos Artigos 20-22 para criar um mecanismo em que a ANPD solicite o feedback das partes interessadas a respeito das minutas de mapeamentos bienais (através de consulta pública) antes de que cada um desses mapeamentos seja finalizado.

II. Necessidade de que as fiscalizações sejam proporcionais ao dano resultante das violações

Recursos eficazes em uma estrutura de proteção de dados são importantes para garantir que os direitos dos titulares sejam suficientemente protegidos e que as empresas sejam dissuadidas de violar suas obrigações perante a Lei. Entretanto, é importante estruturar remédios e penalidades para ser eficaz e proporcional aos danos resultantes dessas violações. Apreciamos a abordagem da minuta de resolução para garantir que a ANPD aplique remédios que sejam proporcionais às violações, de forma baseada em provas.

Oferecemos os seguintes comentários à minuta de resolução:

- **Faixas claras e distintas de fiscalização.** Nós apoiamos fortemente a abordagem da minuta de resolução que estabelece faixas claras e distintas de fiscalização, incluindo diversas opções que podem ser usadas sem necessariamente impor sanções. Esse mecanismo assegura que a ANPD tenha um amplo conjunto de opções de fiscalização a considerar para determinar qual solução é apropriada dados os fatos de um caso em particular. Especificamente, a minuta de resolução reconhece que em certos casos a solução apropriada será emitir orientações, aplicar medidas preventivas, solicitar regularização ou entrar em um plano de cumprimento – e que estas opções possam ser apropriadas quando a aplicação de sanções não for uma solução proporcional. Essas opções reconhecem que, em muitos casos, as empresas que são informadas ou advertidas de sua conduta podem estar violando a lei possam corrigir sua conduta voluntariamente e forneçam às empresas fortes incentivos para fazê-lo. Ao mesmo tempo, a minuta de resolução reconhece apropriadamente a capacidade da ANPD de buscar sanções quando as empresas não tomam medidas apropriadas em tempo hábil.

- **Busca de fatos específicos de cada caso.** A minuta de resolução também reconhece que as decisões de fiscalização serão baseadas nos critérios estabelecidos pela LGPD, que prevê que qualquer sanção deva ser imposta de acordo com as “peculiaridades do caso em particular” e deve levar em conta critérios incluindo a gravidade e a natureza da infração, a boa fé do infrator, a vantagem recebida ou pretendida pelo infrator, a condição econômica do infrator, a reincidência, o nível de dano, a cooperação, a adoção de procedimentos internos capazes de minimizar o dano, a adoção de uma política de boa governança, a adoção imediata de medidas corretivas e a proporcionalidade entre a gravidade da infração e a intensidade da sanção (Minuta de Resolução Seção III, citação ao Art. 52 da LGPD). A minuta de resolução declara que uma decisão deva ser motivada por estes critérios, sem também declarar expressamente que os critérios estabelecidos pela LGPD serão especificamente referenciados nas decisões da ANPD. Acreditamos que a minuta de resolução deveria fazer referência mais expressa aos critérios da LGPD, tanto para ressaltar que esses critérios serão incorporados aos processos subjacentes da ANPD quanto para criar incentivos claros para que as empresas adotem políticas e práticas de boa governança em linha com esses critérios. Nesse sentido, sugerimos que o Art. 61 da minuta de resolução seja emendado para exigir que a ANPD esclareça que as decisões escritas pela ANPD farão referência expressa a cada um dos critérios específicos do Art. 52 da LGPD, o que não só aumentaria o foco sobre estes critérios exigidos, mas também aumentaria a transparência sobre como a ANPD considera e pesa estes critérios.
- **Prazos de fiscalização devem permitir a busca de fatos específicos para cada caso.** Por fim, notamos preocupações com os curtos prazos para responder a vários aspectos do processo de sanções da ANPD. Por exemplo, o Art 53 prevê que as empresas apresentarão uma defesa dentro de 10 dias após receberem uma citação; o Art. 59 prevê 10 dias para responder às alegações finais e o Art. 64 prevê que um recurso será apresentado dentro de 10 dias. Estes prazos curtos têm o potencial de impedir que as empresas reúnam o conjunto de informações factuais relevantes à investigação da ANPD e poderiam limitar a capacidade da agência de compreender o real contexto da suposta violação. Como resultado, estes prazos curtos podem prejudicar a capacidade da ANPD de assegurar que uma solução seja proporcional aos fatos particulares de um determinado caso. Sugerimos que seja assegurado que o processo de sanções contenha flexibilidade nessa linha do tempo, criando um prazo padrão superior a 10 dias e assegurando que as empresas possam buscar uma extensão destes prazos em casos específicos.

III. **Garantir que os remédios não sejam administrados de maneira que prejudiquem a privacidade ou a segurança**

A minuta de resolução também estabelece uma série de deveres impostos às empresas que estão sujeitas à jurisdição da ANPD. Embora compartilhemos o objetivo de assegurar que essas obrigações preservem a privacidade dos dados pessoais sujeitos à LGPD, destacamos duas preocupações com a linguagem atual, que poderiam inadvertidamente minar a privacidade e as boas práticas de segurança.

- **Potencial para auditorias locais.** No Art. 5º, a minuta de resolução prevê que as empresas devam permitir o acesso da ANPD às instalações e equipamentos para a avaliação de suas atividades de processamento de dados pessoais. Embora reconheçamos a necessidade de as empresas fornecerem informações apropriadas à ANPD no curso de uma ação de fiscalização, auditorias no

local como as contempladas pelo Art. 5º podem levantar preocupações específicas de segurança e privacidade, particularmente quando a empresa em questão forneça serviços comerciais a uma ampla gama de outras empresas cujas atividades não são o foco da investigação. Por exemplo, uma auditoria in loco de uma empresa agindo como prestador de serviços para dezenas ou centenas de clientes pode expor a equipe de autoria in loco a uma série de informações que não são objeto de seus esforços, a menos que o regulador e a empresa trabalhem para implementar salvaguardas de privacidade e segurança em relação à forma como as informações devem ser analisadas in loco. No contexto dos serviços em nuvem, por exemplo, as auditorias locais frequentemente oferecem poucas informações além das disponíveis através de outras fontes uma vez que os dados mais relevantes para uma investigação podem simplesmente precisar ser coletados dos servidores – e são revisados e analisados mais eficientemente em local externo às instalações do servidor. Portanto, recomendamos que o Art. 5º seja revisado para reconhecer que a ANPD deva limitar o uso de auditorias in loco e deva tomar medidas para tratar de questões de privacidade e segurança que possam ser levantadas por uma auditoria in loco em um determinado caso.

- **Retenção de dados.** De maneira similar, o Art. 5º também exige que as empresas retenham documentos físicos e digitais durante os períodos estabelecidos na LGPD, bem como durante todo o período de processamento dos processos administrativos nos quais eles são necessários. Se lido de forma ampla, esta linguagem poderia inadvertidamente criar riscos de privacidade e segurança, incentivando as empresas a reter dados que de outra forma não o fariam, incluindo dados para os quais pode não haver necessidade comercial de reter. Isto cria riscos à privacidade e à segurança uma vez que os dados permanecem acessíveis a alguns atores naquele momento, em vez de serem apagados ou desidentificados com segurança. Sugerimos que a ANPD esclareça que o Art. 5º não impõe nenhuma obrigação de retenção de dados além daqueles contidos na LGPD e em outras leis existentes.

* * *

A BSA agradece a ANPD pela oportunidade de oferecer comentários à minuta de resolução e ficaria lisonjeada em servir como um recurso ao desenvolvimento da resolução.

Respeitosamente,

BSA | The Software Alliance