



15 de setembro de 2022

15 de setembro de 2022

Waldemar Gonçalves Ortunho Junior
Presidente, Conselho de Administração
Autoridade Nacional de Proteção de Dados

Re: Regulamento de Dosimetria e Aplicação de Sanções Administrativas

BSA | The Software Alliance (BSA)¹ congratula a oportunidade de fornecer feedback à Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) sobre o projeto de resolução que aprova o Regulamento de Dosimetria e Aplicação de Sanções Administrativas (Regulamento) sob a Lei Brasileira de Proteção de Dados Pessoais (LGPD).

A BSA é a principal defensora da indústria global de software. Nossos membros são empresas business-to-business que criam produtos e serviços de tecnologia que impulsionam outras empresas, incluindo serviços de armazenamento em nuvem, software de gerenciamento de relacionamento com o cliente, serviços de gerenciamento de identidade e software de colaboração no local de trabalho. Os membros da BSA investem significativamente em privacidade e segurança, e fizeram da proteção da privacidade dos dados de seus clientes sua principal prioridade.

A BSA apoia regras de proteção de dados que são baseadas em risco, neutras em tecnologia e flexíveis. Reconhecemos que, para ser eficaz, um regulador de privacidade precisa de ferramentas de aplicação suficientes e deve impor medidas apropriadas às entidades que violam a lei de proteção de dados. Elogiamos a ANPD por seus esforços para desenvolver regulamentos de aplicação destinados a reduzir a complexidade e criar um processo transparente e justo com uma gama de remédios possíveis.

¹ Membros da BSA: Adobe, Alteryx, Atlassian, Autodesk, Bentley Systems, Box, Cisco, CNC/Mastercam, CrowdStrike, DocuSign, Dropbox, Graphisoft, IBM, Informatica, Intel, Kyndryl, MathWorks, Microsoft, Okta, Oracle, Prokon, PTC, Salesforce, SAP, ServiceNow, Shopify Inc., Siemens Industry Software Inc., Splunk, Trend Micro, Trimble Solutions Corporation, TriNet, Twilio, Unity Technologies, Inc., Workday, Zendesk, and Zoom Video Communications, Inc.

Na medida que as sanções são avaliadas, uma consideração fundamental deve ser se a sanção é proporcional ao risco de danos resultantes de violações da lei. Nossos comentários concentram-se em alcançar melhor este equilíbrio em três aspectos do Regulamento: (1) assegurar critérios apropriados para a classificação das infrações; (2) atribuir o peso apropriado aos fatores agravantes e mitigadores; e (3) articular critérios mais específicos para sanções severas não monetárias. Essas recomendações podem ajudar a criar uma base confiável para a imposição de sanções, criando um conjunto claro de sanções baseadas no risco e que sejam proporcionais aos danos que se propõem a tratar.

I. Critérios de Classificação de Infrações

O artigo 8 do Regulamento identifica três categorias diferentes de infrações: leve, média e grave. Estas categorias estabelecem as bases para o cálculo do valor base das penalidades por violações da LGPD. Apoiamos os esforços da ANPD para aplicar sanções graduais com base em diferentes classes de violações, mas encorajamos a ANPD a rever os critérios para estas classificações de modo que elas visem apropriadamente as atividades que apresentam riscos substanciais de danos e que forneçam notificação clara acerca da conduta prosrita.

- **Infrações Médias.** O Regulamento prevê que uma designação “média” será aplicada se a infração envolver processamento em larga escala ou afetar significativamente os direitos fundamentais do titular. Esta norma poderia permitir tal designação somente devido ao processamento em larga escala, mesmo em circunstâncias em que a infração subjacente represente riscos mínimos.

Recomendamos fortemente que as designações se concentrem nos riscos associados à infração real, ao invés da escala do processamento associado. O Regulamento indica que as considerações para determinar se existe um processamento de dados pessoais em larga escala incluem um número significativo de pessoas, o volume de dados envolvidos e a duração, frequência e extensão geográfica do processamento realizado. Aplicando-se esta norma, o Regulamento pode atingir todas as empresas globais que fazem negócios no Brasil enquadrando-as, pelo menos, em uma infração de nível médio, uma vez que o fator para esta classificação se baseia apenas na ocorrência de processamento em larga, e não nos riscos criados pela infração específica. Por exemplo, o risco de privacidade associado a um incidente pode ser mínimo porque envolveu informações criptografadas, no entanto, a classificação utilizada pode ser aplicada em qualquer processamento em larga escala. Exortamos a ANPD a modificar a base da classificação média para que ela implemente efetivamente uma abordagem baseada no risco para a aplicação da lei.

- **Infrações graves.** O Regulamento prevê que a classificação grave se aplica, entre outras coisas, se a entidade obtiver ou pretender obter uma vantagem econômica como resultado da infração. Esta formulação parece ir além da contemplação da LGPD sobre a vantagem obtida pela entidade sancionada, e poderia ser interpretada de forma ampla para estender a classificação grave a qualquer entidade que realize negócios simplesmente porque seu uso de dados acontece em um contexto comercial. Isto não deveria ser a base para uma classificação alta. Ao contrário, a classificação mais alta deveria prever circunstâncias graves.

Segundo o regulamento, a classificação alta também se aplica caso o "infrator prevalecer sobre a fraqueza ou ignorância do titular, em vista de sua idade, saúde, conhecimento ou condição social". Esta norma é vaga e não identifica suficientemente as circunstâncias que desencadeiam sua aplicação. Se lida de forma ampla, ela poderia incluir circunstâncias onde há um poder de barganha desigual, o que poderia acontecer

sempre que uma entidade corporativa estiver interagindo com um indivíduo. Também não está claro que evidências são suficientes para demonstrar o conhecimento da idade, saúde, conhecimento ou condição social de um indivíduo e, mesmo quando há conhecimento demonstrável, que houve a intenção de tirar proveito do indivíduo com base nesses fatores. Se a ANPD pretende abordar diferentes circunstâncias envolvendo má fé, esta exigência deve ser feita explicitamente no texto.

Exortamos a ANPD a eliminar estes dois fatores para classificar uma infração como grave e, se eles não forem totalmente eliminados, modificá-los para serem mais específicos para que a ANPD possa tratar inequivocamente as condutas graves que justifiquem penalidades mais rigorosas.

II. Atribuição de Peso Adequado aos Fatores Agravantes e Mitigantes

Os artigos 14 e 15 do Regulamento estabelecem os fatores agravantes e atenuantes ao calcular uma multa. Apreciamos os esforços da ANPD para identificar a conduta apropriada para aumentar ou reduzir uma multa. Para implementar efetivamente uma abordagem baseada no risco, a ANPD deve reduzir os incrementos de multa propostos para fatores agravantes e, inversamente, dar mais peso aos fatores atenuantes. A ANPD também deve assegurar que todos os fatores atenuantes sejam considerados ao aplicar sanções em casos individuais.

- **Fatores agravantes.** O Regulamento aplica um aumento de 20% em uma multa simples por não cumprimento de medidas preventivas durante o processo de inspeção ou procedimento preparatório, mas a ANPD pode aumentar a multa em até 80%. Da mesma forma, o Regulamento aplica um aumento de 30% na multa por não cumprimento de medidas corretivas, e isto pode ser aumentado em até 90%. Estes incrementos de multa são excessivamente severos. O fator agravante poderia, por si só, quase dobrar a multa. O Regulamento também não exige que estas multas sejam proporcionais à gravidade da infração subjacente. Exortamos a ANPD a reduzir as porcentagens máximas dos aumentos de multa com base em fatores agravantes para garantir que a sanção seja proporcional ao dano.
- **Fatores atenuantes.** Em contraste, a ANPD deveria aumentar o peso atribuído aos fatores atenuantes para reduzir ainda mais as multas quando há esforços para minimizar os danos. Apoiamos as reduções de multas como forma de diminuir as infrações, entretanto, o Regulamento atribui peso mínimo a outros fatores atenuantes. O Regulamento reduz a multa em 20% se uma entidade implementar uma política de governança ou adotar mecanismos internos capazes de minimizar os danos antes que a primeira decisão seja proferida durante o processo de sanção administrativa. O Regulamento também reduz a multa em 20% quando uma entidade sancionada comprovar a implementação de medidas capazes de reverter ou mitigar os efeitos da violação antes do início do procedimento preparatório ou do procedimento de sanção administrativa. O Regulamento ainda reduz a multa em 5% quando há cooperação ou boa fé.

É importante ressaltar que a boa fé e a cooperação são fundamentais para garantir o cumprimento, e estes fatores criam fortes incentivos para as empresas que interagem

com a ANPD. Estes fatores merecem uma consideração mais completa para fins de mitigação de uma infração. Além disso, como os percentuais máximos são tão altos para os fatores agravantes, não há paridade com o percentual de reduções para os fatores atenuantes. Se o não cumprimento de uma medida corretiva pode levar a um aumento de 80% ou 90% da multa, a implementação de medidas internas que minimizem o risco de dano deve ter um impacto substancial sobre a multa também maior do que 20%. Exortamos a ANPD a aumentar o valor de redução das multas por fatores mitigadores relacionados à boa fé, aos atores cooperativos e à implementação de políticas de governança ou outras medidas internas que minimizem o risco de danos.

- **Fatores do artigo 52 da LGPD.** O artigo 7º do Regulamento identifica os fatores enumerados no artigo 52 da LGPD, reconhecendo que a ANPD os leva em consideração ao definir os parâmetros das sanções. Esses fatores são:
 - a severidade e a natureza das infrações e dos direitos pessoais afetados;
 - a boa-fé do infrator;
 - a vantagem recebida ou pretendida pelo infrator;
 - a condição econômica do infrator;
 - recidiva;
 - o nível de dano;
 - a cooperação do infrator;
 - adoção de mecanismos e procedimentos internos capazes de minimizar os danos;
 - adoção de boas práticas e política de governança;
 - a rápida adoção de medidas corretivas; e
 - a proporcionalidade entre a gravidade da infração e a intensidade da sanção.

Notavelmente, o artigo 52 da LGPD também contempla a consideração destes fatores no caso particular. Os fatores agravantes e atenuantes aplicados no Regulamento para calcular uma multa simples trata de alguns dos fatores, mas não todos. Em alguns casos, outras sanções, como o bloqueio ou a eliminação de dados pessoais mencionados abaixo, não fazem qualquer referência dos fatores listados na LGPD.

A ANPD deve avaliar todos os fatores do artigo 52, caso a caso, para garantir que a sanção seja proporcional ao risco de dano. Observamos que o artigo 28 do Regulamento permite a substituição das sanções quando a sanção estabelecida for desproporcional ao dano causado, desde que outros requisitos, tais como demonstrar o interesse público protegido, sejam atendidos. Apoiamos este esforço para incorporar uma avaliação de proporcionalidade. Entretanto, para garantir um resultado adequado em cada caso individual, a proporcionalidade - juntamente com todos os fatores atenuantes - deve ser avaliada na avaliação inicial da sanção.

Exortamos a ANPD a reconhecer todos os fatores atenuantes previstos no artigo 52 da LGPD como parte da investigação de fatos específicos e da imposição de sanções apropriadas.

III - Articulação de critérios específicos para penalidades severas não-monetárias

Leis eficazes de proteção de dados impõem soluções que dissuadem suficientemente as violações da lei e, em alguns casos, incluem severas sanções não monetárias. Por exemplo, a LGPD identifica o bloqueio e o apagamento de dados pessoais, a suspensão parcial da operação do banco de dados e a suspensão das atividades de processamento como

possíveis soluções para as infrações. Reconhecemos a necessidade de que a ANPD tenha autoridade suficiente para tratar de violações da lei, mas instamos a agência a estabelecer critérios específicos de conduta que justifiquem estas graves sanções.

- **Critérios de Articulação para Aplicação de Penalidades Não Monetárias Graves.** Os artigos 22 a 25 do Regulamento autorizam a suspensão temporária das atividades de tratamento de dados até que a irregularidade seja tratada pela parte infratora (referida como bloqueio de dados pessoais), o apagamento de dados pessoais, a suspensão parcial da operação do banco de dados e a suspensão das atividades de tratamento, respectivamente. Entretanto, o Regulamento não estabelece critérios para sanções não monetárias tão severas. Ele observa apenas com relação às suspensões (artigo 24) os fatores que são considerados para a duração da suspensão, mas não os aspectos considerados para a imposição da sanção. Critérios mais específicos para a aplicação de tais penalidades são necessários para garantir que a penalidade seja aplicada de forma proporcional ao risco de dano, incluindo os critérios do artigo 52 da LGPD. As sanções graduadas reconhecem que algumas condutas justificam sanções mais brandas, utilizando advertências em alguns casos em vez de sanções financeiras. Uma vez imposta uma sanção mais severa, deve haver critérios claros para justificá-la, considerando que a conduta objeto da sanção tenha causado danos substanciais. Exortamos a ANPD a estabelecer critérios mais rigorosos para penalidades severas não monetárias, a fim de garantir que a penalidade seja aplicada apenas para lidar com condutas graves.

* * *

A BSA agradece a solicitação da ANPD de feedback sobre o Regulamento e se coloca à disposição para servir como um recurso para consultas posteriores.

Sinceramente,

BSA | A Aliança de Software