

A Federação do Comércio de Bens, Serviços e Turismo do Estado de São Paulo (“FecomercioSP”), vem por meio desta, apresentar a seguinte proposta de alteração:

Proposta de alteração ao art. 20, do anexo I - Eliminar hierarquização das modalidades de transferência internacional

- a) **Proposta de alteração:** Recomendamos a eliminação do §1º, do art. 20, do anexo I.
- b) **Fundamento:** O §1º do art. 20 se traduz em proibição à adoção de cláusulas contratuais específicas, enquanto fundamento das transferências internacionais de dados, ressalvada situação excepcional, comprovada pelo Controlador, que impossibilite a utilização de cláusulas-padrão contratuais.

A previsão cria entraves à liberdade comercial e negocial das partes, pois ainda que a cláusula contratual padrão possa (em teoria) ser aplicada, essa solução pode não ser a melhor (ou a mais adequada), o que pode forçar as partes a regularem sua relação contratual por cláusulas que não sejam as mais adequadas.

Além disso, a previsão apresentada cria hierarquia entre as modalidades de transferência internacional de dados, que não encontra reflexo na legislação, a qual autoriza, a princípio, o Exportador a adotar a modalidade de transferência internacional mais adequada às suas necessidades, inexistindo relações de subsidiariedade entre as hipóteses do art. 33, II, da LGPD.

Nesse sentido, destacamos a Consideranda nº 108 do Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia (“GDPR”), o qual, ressalvada a decisão de adequação, parece estabelecer as demais modalidades de transferência internacional de dados enquanto opções alternativas, não subsidiárias umas das outras:

Na falta de uma decisão sobre o nível de proteção adequado, o responsável pelo tratamento ou o subcontratante deverá adotar as medidas necessárias para colmatar a insuficiência da proteção de dados no país terceiro dando para tal garantias adequadas ao titular dos dados. Tais garantias adequadas podem consistir no recurso a regras vinculativas aplicáveis às empresas, cláusulas-tipo de proteção de dados adotadas pela Comissão, cláusulas-tipo de proteção de dados adotadas por uma autoridade de controlo, ou cláusulas contratuais autorizadas por esta autoridade (...). Deverá ser obtida a autorização da autoridade de controlo competente quando as garantias previstas em regimes administrativos não forem juridicamente vinculativas. (...)

De igual modo, o Guia de Proteção de Dados para Pequenos Negócios (*Data Protection Guide For Small Business*) do Comitê Europeu de Proteção de Dados (*European Data Protection*

Board – “EDPB”)[1], não apresenta qualquer relação de subsidiariedade para as cláusulas contratuais específicas, tratando o seu uso como liberalidade (decisão) dos agentes de tratamento:

“If data controllers or data processors decide not to use the European Commission's standard contractual clauses, they can draft their own contractual clauses (“ad hoc” clauses) offering sufficient data protection safeguards. Prior to any data transfer, such ad hoc contractual clauses must be authorised by the competent national DPA in line with Art. 46(3)(a) GDPR, following an opinion of the EDPB.”

Desta feita, embora a experiência europeia tenha demonstrado preferência prática pela adoção de cláusulas-padrão contratuais, considerada a maior segurança jurídica e facilidade de uso que elas proporcionam (dada a desnecessidade de prévia aprovação pelo regulador), a escolha da modalidade de transferência internacional deve recair sobre os agentes de tratamento, diante das particularidades de sua relação negocial, não devendo a ANPD criar imposições sobre a modalidade de transferência internacional de dados a ser adotada.

São Paulo (SP), 04 de setembro de 2023.

Rony Vainzof[2] | Caio Lima[3] | Jean Santana[4]

[1] Disponível em: https://edpb.europa.eu/sme-data-protection-guide/home_en. Último acesso em: 04.09.2023.

[2] Consultor em Proteção de Dados da FecomercioSP e Sócio-Fundador do VLK Advogados.

[3] Sócio-Fundador do VLK Advogados.

[4] Advogado do VLK Advogados.