



São Paulo, 27 de abril de 2017

**Ao Excelentíssimo Sr. Senador
Ricardo Ferraço**

Aos cuidados da Sra. Kaliana Puppe Kalache e Fabrício Motta

**Assunto: Contribuições ao Parecer do Senador Ricardo Ferraço, Relator na
CAE do Projeto de Lei do Senado PLS 330 de 2013/Emenda Substitutiva n.31
CCT-CMA" - Marco Regulatório da Proteção de Dados Pessoais**

Exmo. Senhores,

1. A Associação Brasileira de Marketing Direto – ABEMD tem acompanhado o valioso trabalho realizado por Vossas Excelências para criar normas justas e que busquem a harmonização dos interesses das relações entre consumidores, cidadãos, governo e empresas, sempre visando o crescimento econômico e social de forma sustentável em nosso país, inclusive em virtude do que preceitua o artigo 170¹ da Constituição Federal.

2. Estimulados pela conduta de V.Exas. em sempre promover debates que permitam a criação de um arcabouço jurídico de consenso, que viabilize os

¹ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

II - propriedade privada;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; **(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)**

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;



avanços necessários para que o país acelere seu crescimento econômico e transformação social, e ao mesmo tempo criem condições favoráveis ao desenvolvimento de atividades produtivas, gostaríamos de apresentar à V.s. Exas. comentários ao substitutivo com o intuito de contribuir ao debate acerca do tema da proteção de dados pessoais.

3. A seguir, iremos apresentar considerações e propostas de alteração, inclusão ou exclusão de texto normativo previstos no projeto substitutivo relacionados aos seguintes pontos:

- I. Conceito de Dados Pessoais
- II. Formação do “Órgão Competente” e do “Conselho Nacional de Proteção de Dados e Privacidade”
- III. Livre circulação de dados e Livre Iniciativa como princípios da Lei
- IV. Dados Sensíveis (limitação ao dado Biométrico)
- V. Dados em Domínio Público
- VI. Interconexão Internacional de Dados
- VII. Tratamento Discriminatório de Dados Pessoais
- VIII. Decisões Automatizadas
- IX. Políticas de Boas Práticas
- X. Responsabilidade Solidária
- XI. Disposições Transitórias
 - X.1 – *Vacatio Legis*
 - X.2 - *Direito Adquirido (legitimidade da coleta antes da nova lei)*

Vejamos cada um dos pontos:

I – Conceito de Dados Pessoais



4. O Substitutivo anteprojeto define dado pessoal atrelando-o à “pessoa natural identificável ou identificada”, não falando nada sobre dados locais ou identificadores eletrônicos.

5. Este conceito, considerado expansionista, ao considerar dado pessoal informação referente a uma pessoa identificável, acabará por exigir que seja conferido o mesmo tratamento aos dados dissociados ou anonimizados, trazendo um vultoso custo operacional para as empresas, sem qualquer benefício correspondente ao consumidor ou titular dos dados.

6. Isso porque, com tecnologia e técnicas de comunicação mais avançadas, é possível identificar cada vez mais sutilezas do comportamento humano, havendo a possibilidade de cruzamento de informações para fins de identificação de uma pessoa, até então identificável. Isso significa dizer que provavelmente dados anônimos ou dissociados, poderão identificar uma pessoa com enorme esforço tecnológico e investimento financeiro.

7. Portanto, não se deve considerar um dado como “Dado Pessoal” pela sua potencialidade de permitir a identificação de um sujeito. Isto deve ser feito no momento em que um dado passe a identificar uma pessoa determinada para que seja considerado pessoal e, a partir de então, receba este tratamento e desencadeie todos os custos operacionais necessários a uma base de dados pessoais.

8. Não há, portanto, qualquer racionalidade que justifique que um dado seja tratado como pessoal, por ter o potencial de sê-lo pois, quando se tornar dado pessoal, passará a receber novo regime jurídico. Isso acontecerá, por exemplo, quando ao se agregar informações a um determinado dado anônimo, que permitirá identificar um sujeito específico.



9. Verifica-se, também, que o conceito de dado pessoal trazido no substitutivo deixou uma lacuna ao não tratar de identificadores eletrônicos que possam identificar uma pessoa. Da mesma forma, é importante lembrar que a partir de números identificativos, dados locacionais ou identificadores eletrônicos, identifica-se uma máquina e não necessariamente uma pessoa. Tanto é verdade que os códigos e endereços podem identificar lugares e objetos vinculados a uma ou mais pessoas (endereço de IP, endereço de domicílio e comercial, etc.) e não necessariamente um sujeito determinado.

10. Portanto, a **ABEMD** entende que a disposição do artigo 3º, I deveria ser alterada, para que o conceito dado pessoal se restringisse apenas para informações que levem a uma pessoa identificada, ainda por meio de identificadores eletrônicos.

PROPOSTA DE ARTIGO

Art. 3º,

II – dado pessoal: dado relacionado a pessoa natural exclusivamente identificada, inclusive por meio de números identificadores, dados locacionais ou identificadores eletrônicos, quando eles estiverem relacionados a uma pessoa.

II - Formação do “Órgão Competente” e do “Conselho Nacional de Proteção de Dados e Privacidade:



11. Como consta no próprio substitutivo ora comentado, é necessário a criação do “Órgão Competente” que terá competência para regulação, fiscalização e investigação de cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e, apesar de ser, a criação, uma iniciativa privativa do Presidente da República, a ABEMD entende ser importante a inserção no substitutivo de previsão desta criação, nos termos do artigo 61, §1º, alínea “e”, da Constituição Federal ².

12. A ausência deste órgão poderá tornar inócua a letra da lei ou gerar a fiscalização por diversos órgãos não especializados, o que poderá levar à insegurança jurídica e, muitas vezes, a aplicação equivocada das normas de proteção de dados pessoais.

13. Deve ser ressaltado que o poder de fiscalização e controle do Órgão Competente, deve respeitar o segredo industrial, de forma que tal competência esteja alinhada com o que já dispõe o Código de Defesa do Consumidor, que ao tratar da competência dos órgãos da União, Estados, Municípios e Distrito Federal, esclareceu em seu artigo 55, § 4º³ que os órgãos oficiais poderão expedir notificações aos fornecedores para que prestem informações sobre questões de interesse do consumidor, resguardado o segredo industrial.

² Art.61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição. § 1º São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que: (...)e) criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 84, VI (**Redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001**).

³ Art. 55. A União, os Estados e o Distrito Federal, em caráter concorrente e nas suas respectivas áreas de atuação administrativa, baixarão normas relativas à produção, industrialização, distribuição e consumo de produtos e serviços.

(...)

§ 4º Os órgãos oficiais poderão expedir notificações aos fornecedores para que, sob pena de desobediência, prestem informações sobre questões de interesse do consumidor, resguardado o segredo industrial.



14. Ainda, referente à criação deste órgão ou autoridade de proteção de dados pessoais, o entendimento da ABEMD é o de que é de fundamental importância que este conte, em sua formação, com um Conselho Consultivo e Deliberativo com formação Paritária para auxiliar nas regulamentações necessárias, formado por membros do governo, sociedade civil e setor empresarial, com comprovada atuação na temática de Marketing Orientado por Dados Pessoais.

15. Tais disposições foram parcialmente contempladas nos artigos 53 à 55 do Projeto de Lei 5.276/2016, que também dispõe sobre tratamento de dados pessoais, reforçando-se a necessidade de preservação do segredo industrial e da paridade de participação de representantes da iniciativa privada e governo na formação do Conselho. Desta forma, sugere-se a inserção dos seguintes artigos, cuja redação guarda parcial relação com as disposições mencionadas:

PROPOSTA DE ARTIGO

Art. ____. O órgão competente designado para zelar pela implementação e pela fiscalização desta Lei terá as seguintes atribuições:

I - zelar pela proteção dos dados pessoais, nos termos da legislação;

II - elaborar diretrizes para uma Política Nacional de Proteção de Dados Pessoais e Privacidade;

*III - realizar auditoria nos tratamentos de dados pessoais e processos envolvidos com dados pessoais visando garantir a sua conformidade aos princípios e regras desta Lei, **sempre resguardando o segredo industrial**;*

IV - promover entre a população o conhecimento das normas e das políticas públicas sobre proteção de dados pessoais e as medidas de segurança;

V - promover estudos sobre as práticas nacionais e internacionais de proteção de dados pessoais e privacidade;

VI - estimular a adoção de padrões para serviços e produtos que facilitem o exercício de controle dos titulares sobre seus dados pessoais;

VII - promover ações de cooperação com autoridades de proteção de dados



- de outros países, de natureza internacional ou transacional;*
- VIII - dispor sobre as formas pelas quais se dará a publicidade das operações de tratamento;*
- IX - solicitar, a qualquer momento, às entidades do Poder Público que realizem operações de tratamento de dados pessoais, informe específico sobre o âmbito, natureza dos dados e demais detalhes do tratamento realizado, podendo emitir parecer técnico complementar para garantir o cumprimento desta Lei;*
- X - estabelecer normas complementares para as atividades de comunicação de dados pessoais;*
- XI - elaborar relatórios anuais acerca de suas atividades;*
- XII - editar normas sobre proteção de dados pessoais e privacidade; e*
- XIII - realizar demais ações dentro de sua esfera de competência, inclusive as previstas nesta Lei e em legislação específica.*
- Art. ____.* *O Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade será composto por até **17 representantes titulares**, e seus respectivos suplentes, dos seguintes órgãos:*
- I - sete representantes do Poder Executivo federal;*
- II - um representante indicado pelo Congresso Nacional;*
- III - um representante indicado pelo Conselho Nacional de Justiça;*
- IV - um representante indicado pelo Conselho Nacional do Ministério Público;*
- V - um representante indicado pelo Comitê Gestor da Internet no Brasil;*
- VI - um representante da sociedade civil;*
- VII - um representante da academia; e*
- VIII - **quatro representantes do setor privado.***
- § 1 Os representantes serão designados por ato do Ministro de Estado da Justiça e terão mandato de dois anos, permitida uma recondução.*
- § 2 A participação no Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade será considerada atividade de relevante interesse público, não remunerada.*
- § 3 Os representantes referidos no inciso I a V do caput e seus respectivos suplentes serão indicados pelos titulares dos respectivos órgãos e entidades.*
- § 4 Os representantes referidos nos incisos VI a VIII do caput e seus respectivos suplentes serão indicados na forma do regulamento.*



Art. _____. Compete ao Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade:

I - fornecer subsídios para a elaboração da Política Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade;

II - elaborar relatórios anuais de avaliação da execução das ações da Política Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade;

III - sugerir ações a serem realizadas pelo órgão competente;

IV - realizar estudos e debates sobre a proteção de dados pessoais e da privacidade; e

V - disseminar o conhecimento sobre proteção de dados pessoais e privacidade à população em geral.

III - Livre circulação de dados e Livre Iniciativa como Princípios da Lei

16. Verifica-se da análise do artigo 1º do referido Substitutivo, que este elenca como fundamentos da lei de proteção de dados pessoais somente a dignidade da pessoa humana, a proteção da privacidade, a garantia da liberdade e a inviolabilidade da honra e da imagem das pessoas, deixando de lado os princípios da Livre Iniciativa e da Livre Circulação de dados.

17. Em relação a tal ponto, o posicionamento da ABEMD é a de que uma norma de tratamento de dados pessoais deve visar o equilíbrio entre a privacidade do titular e a livre circulação de dados a fim de não engessar a nova economia surgida com a Internet.

18. Assim, entende-se que a livre circulação de dados igualmente deve ser inserida como um dos fundamentos desta Lei, este posicionamento, ora destacado, possui embasamento legal nas discussões internacionais mais recentes sobre o



assunto, com intuito de demonstrar tal assertiva cumpre mencionar exposição de motivos da proposta de Regulamento de Proteção de Dados Pessoais do Parlamento e Conselho Europeu, a saber:

“A presente exposição de motivos apresenta mais em pormenor o novo quadro jurídico proposto para a proteção dos dados pessoais na União Europeia, como consagrado na Comunicação COM (2012) final. Este novo quadro jurídico consiste em duas propostas legislativas:

– **uma proposta de regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados (regulamento geral sobre a proteção de dados), e**

– uma proposta de diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelas autoridades competentes para efeitos de prevenção, investigação, deteção e repressão de infrações penais ou de execução de sanções penais, e à livre circulação desses dados”⁴.

19. Há, ainda, que considerar os resultados da recente Pesquisa Mundial sobre Marketing Orientada por Dados (3ª edição), realizada com mais de 3000 mil profissionais de 18 países (*“The Global Review of Data-Driven Marketing and Advertising”*⁵). No Brasil, referida pesquisa foi coordenada pela ora requerente, associação representativa dos interesses do mercado.

⁴ <http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?f=ST+5853+2012+INIT&l=pt>, acessado em 09 de setembro de 2015.

⁵A íntegra da pesquisa está disponível nos links

http://www.abemd.org.br/interno/Global_Review_2016_destaque.pdf

http://www.abemd.org.br/interno/Global_Review_Brasil_2016.pdf



20. Segundo apurado em referida pesquisa “**Dados**” tornaram-se um **ativo de marketing** indispensável, sendo que 79,6% dos entrevistados globais disseram que os dados dos clientes são críticos para seus esforços de marketing e publicidade. De forma a ratificar a importância da utilização de dados pelo setor da Comunicação Social, mais da metade dos entrevistados em escala global (53,4%) disseram que aumentaram seus gastos com marketing orientado por dados em 2016, sendo que 89,6% dos participantes disseram que sua prática de marketing estava focada na manutenção de bancos de dados de clientes e prospects – com os recursos tipicamente destinados a oferecer melhores e mais relevantes ofertas e comunicações gerais aos clientes.

21. Portanto, considerando a necessidade de harmonização dos interesses das relações entre consumidores, cidadãos, governo e empresas, sempre visando o crescimento econômico e social de forma sustentável em nosso país. Por tais razões, sugere-se a alteração do *caput* do artigo 1º do Substitutivo de forma a comportar tais princípios, por meio da seguinte redação:

PROPOSTA DE ARTIGO

Art. 1º Esta Lei estabelece princípios, garantias, direitos e obrigações referentes à proteção, ao tratamento e ao uso de dados de pessoas naturais, tendo como fundamento a harmonização dos princípios da dignidade da pessoa humana, da livre iniciativa, da proteção da privacidade, da livre circulação de dados, da garantia a liberdade e a inviolabilidade da honra e das pessoas.

IV - Dados Sensíveis (limitação ao dado Biométrico)



22. A disposição do Substitutivo que trata de dados sensíveis se mostra demasiadamente genérica, incluindo nesta definição “orientação religiosa, convicção filosófica, orientação política”, isto é, expressões muito abertas que, na ânsia de não deixar englobar algum dado relevante, acabam por não construir um conceito preciso e adequado. Dessa forma, da maneira como o conceito fora construído, qualquer tipo de dado, diante de qualquer argumentação, pode ser classificado como sensível.

23. Além disso, considerar indistintamente informações biométricas como sendo dados sensíveis, sem qualquer correlação ao uso destas informações, causará uma restrição na utilização de dados biométricos quando forem utilizados para fins de identificação ou confirmação de identidade de pessoas naturais. Isso porque, o artigo 4º, V do Substitutivo, exige que o tratamento de dados sensíveis só podem ocorrer com consentimento prévio e expresso, diferente das outras modalidades de dados, que exige consentimento livre, específico, inequívoco e informado do titular.

24. Isso porque, o uso da Biometria vem se consolidando no Brasil e no Mundo para operações corriqueiras de identificação de pessoas naturais por meio impressões digitais, íris e voz, o que vem sendo incorporado em diferentes segmentos da indústria e comércio. De acordo com estudo realizado pela consultoria norte-americana Tractica, a expectativa é que esse mercado salte de US\$ 2 bilhões em 2015 para quase US\$ 15 bilhões em 2024, com receita acumulada de US\$ 67,8 bilhões em dez anos. Ainda de acordo com o estudo, alguns usos serão especialmente beneficiados pela biometria na próxima década: finanças, dispositivos de consumo, saúde, governo, empresas, defesa, educação, aplicação da lei e organizações não-governamentais.



25. Portanto, ao se considerar qualquer dado biométrico, como um dado sensível, estar-se-á criando um empecilho indevido e sem qualquer racionalidade jurídica ou econômica para tal restrição.

PROPOSTA DE ARTIGO

Art. 3º (...)

II – Dado pessoal sensível: qualquer dado pessoal que revelem a orientação religiosa, sexual, a origem racial ou étnica, informações de saúde, genéticas ou biométricas do titular dos dados, salvo quando sua utilização for exclusivamente para identificação de pessoas naturais, hipótese em que o dado será considerado pessoal, nos termos do inciso I.

V – Dados de Domínio Público

26. Atualmente existem milhões de dados e informações que circulam pela internet, redes sociais e diversas outras aplicações, muitas vezes bastando que o interessado faça pesquisas em buscadores como google ou outras plataformas.

27. Portanto, as informações que já são de domínio público não devem estar no escopo da regulamentação de proteção de dados pessoais, uma vez que já estão disponíveis a qualquer interessado, seja pela própria natureza ou origem do dano, seja porque o usuário promoveu a publicação ou disponibilização da informação.

PROPOSTA DE ACRÉSCIMO A INCISO/ARTIGO

Art. 2º, §3º Esta lei não se aplica: (...)



V - “quando dados pessoais estiverem disponíveis ao público, sem qualquer restrição, por mero acesso ou pesquisa em plataformas ou aplicações de internet.”

VI – Interconexão Internacional de Dados

28. Infelizmente o Substitutivo cria regras que indevidamente restringem a livre circulação de dados, sobretudo internacionalmente. Isso porque, o artigo 4º, V ao exigir prévio e expreso consentimento quando os dados forem objeto de interconexão internacional, retira qualquer racionalidade e operabilidade para o tratamento de dados, substituindo a análise sobre a natureza do dado para a localização do dado, como elemento capaz de definir o tipo de consentimento que será exigido para o seu tratamento.

29. A preocupação com o nível de proteção de dados de cada país, já está equacionada pelos artigos 26 à 28 do substitutivo, que criou regras de calibragem para quando forem identificado problemas de assimetria regulatória. Desta forma, não há porque se estabelecer um critério que analise a circulação do dado e não sua natureza, para se definir a forma de consentimento, sobretudo pelo fato de que bastará que uma empresa utilize um servidor em outro país para tratar ou armazenar dados, que terá de exigir consentimento prévio e expreso de todos os dados tratados.

30. Isso, pois, é possível que uma empresa esteja localizada em um determinado país e o servidor que armazena seus dados em outro, fato este que tem se tornado muito comum com a contratação pelas empresas de fornecedores da



computação em nuvem⁶, os quais propiciam a guarda de dados “em nuvem” (ex: Dropbox) e que possuem servidores localizados em um determinado país, nem sempre conhecido pela empresa contratante. Assim sendo, em segundos dados são transferidos pela rede por diversos países, sendo certo que tal proibição possa vir a engessar e inviabilizar muitas transações.

31. Tal exigência afronta a livre iniciativa e estabelece parâmetros que dificulta a livre concorrência nacional e internacional, de forma que as empresas acabem por terem de restringir o envio de dados ao exterior ou que tenham de utilizar, exclusivamente, datacenters no Brasil⁷.

32. Além disso, há que se considerar a alternativa do chamado *soft opt in*, utilizado pelo CAPEM⁸ (Código de Autorregulamentação para a prática de e-mail marketing) e também pelo PLS 281 de atualização do CDC para o Comércio Eletrônico, de forma que a renovação do consentimento restaria comprovada pela continuidade da relação comercial ou social desenvolvida entre o titular do dado e quem realiza o seu tratamento.

33. Some-se, ainda, a diferenciação entre pessoas jurídicas de direito privado e de direito público, uma vez que o consentimento prévio e expresso

⁶ Utilização da **memória** e das capacidades de armazenamento e cálculo de **computadores** e **servidores** compartilhados e interligados por meio da **Internet**.

⁷ “Em suma, do ponto de vista de políticas públicas, o excesso de dependência de consentimento, na verdade, não protege os indivíduos. A experiência comprova que a maioria dos indivíduos não lê nem compreende as longas e complicadas políticas e avisos de privacidade. Consequentemente, não representam uma base eficaz de escolha e controle do indivíduo e, na verdade, qualquer "consentimento" baseado nesses avisos é ilusório. Um exemplo disso é a exigência, na Europa, de obtenção de consentimento expresso para o uso de cookies e qualquer tecnologia de rastreamento de hard drives de um indivíduo. Resultou em uma avalanche de avisos sem sentido sobre cookies em websites europeus que o usuário, em vez de realmente ler, simplesmente clica para que esses avisos desapareçam. Obviamente, o processo de consentimento não está funcionando nesse contexto” (Comentários ao Anteprojeto de Lei de Proteção de Dados Pessoais do Centre for Information Policy Leadership).

⁸ <http://www.capem.org.br/arquivos/codigo.pdf>



somente será necessário quando se tratar de interconexão internacional de dados realizado por banco de dados privados e não público.

34. A **ABEMD** entende esta ausência de paridade (Banco de Dados Público x Banco de Dados Privado, sem qualquer fundamento jurídico, como inconstitucional, já que a própria Constituição determina que Empresas públicas e sociedades de economia mista que exploram atividades econômicas se sujeitarão ao regime jurídico próprio das empresas privadas. Nesse sentido é a interpretação conferida ao artigo 173⁹ pelo Prof. Celso Antonio Bandeira de Mello, a saber:

“Se a entidade for exploradora de atividade econômica, suas relações negociais com terceiros, salvo alguma exceção (...), serão sempre regidas integralmente pelo Direito Privado. Assim, seus contratos não serão contratos administrativos. Sua responsabilidade, contratual ou extracontratual, estará sob a mesma disciplina aplicável às empresas privadas (...)”¹⁰.

35. Dessa forma, sugere-se a alteração do artigo 4º, V do substitutivo, nos seguintes termos:

PROPOSTA DE ARTIGO

Art. 4º (...)

⁹ “Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. § 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) (...)II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)”.

¹⁰ Mello, Celso Antonio Bandeira de. “Curso de Direito Administrativo”. Malheiros Editores: São Paulo, 1998. 10ª ed.



V – consentimento livre, específico, inequívoco e informado do titular de dados como requisito à coleta de dados pessoais e, ainda, prévio e expresso quando se tratar de dados sensíveis.

VII – Tratamento Discriminatório de Dados Pessoais

36. O artigo 6º, XII coloca como direito básico do titular dos dados o tratamento não discriminatório de dados pessoais, assim compreendido aquele que causar dano ao titular dos dados.

37. Tal disposição trata de forma genérica e ampla o que poderá ser entendido como “tratamento não discriminatório”. Como toda a atividade de marketing orientado por dados exigem algum nível de discriminação legal como, por exemplo, direcionar apenas para adultos campanhas comerciais em que forem estes o público alvo; promoções apenas para quem for cliente de determinado programa de fidelização ou tiver determinada característica econômica ou comercial, etc.

38. Pela amplitude e extensão do conceito poder-se-á inviabilizar qualquer atividade de comunicação dirigida por dados, bem como a destinação de qualquer produto ou serviço que tenha a análise de dados um instrumento viabilizador da atividade.

39. Além disso, verifica-se que a redação genérica de um dispositivo, também conflita com a boa técnica e regras para atividade legislativa, tal como dispõe os artigos 11 e seguintes da Lei Complementar 95/1998.

PROPOSTA DE EXCLUSÃO DE ARTIGO / INCISO



Propõe-se a exclusão do inciso XII do artigo 6º (...) do substitutivo.

VIII – Decisões automatizadas

40. Praticamente toda a atividade de marketing e comunicação orientada por dados, assim como também acontece com a comercialização e indicação de produtos e serviços, concessão de crédito, dentre outros, tem por base sistemas automatizados capazes tratar informações relevantes e reproduzir parâmetros de decisões definidas pelas empresas e seus gestores.

41. E não são apenas questões ligadas a atividades de comunicação social que serão prejudicadas e terão uma indevida restrição na sua atividade. Qualquer atividade de desenvolvimento e tecnologia sofrerá restrições por possuir, em algum ou todos os momentos da atividade, decisões tomadas com base em tratamento automatizados de dados pessoais e que, de forma ou outra, afetarão os interesses dos titulares.

42. Tal disposição criará embaraços até ao próprio Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações (MCTIC) que ao criar o Plano Nacional de Internet das Coisas para nortear que as ações e políticas públicas até 2022, buscando aquecer a economia, estimulando o desenvolvimento nacional, busca criar inovações que tem na tomada de decisões por meio de tratamento automatizado de dados, grande fonte de matéria prima.

PROPOSTA DE EXCLUSÃO DE ARTIGO / INCISO



Propõe-se a exclusão do inciso XIII do artigo 6º (...) do substitutivo.

IX – Políticas de Boas Práticas

43. Toda a temática de proteção de dados, tem sido apresentada em extensos textos e artigos, inclusive documentos (Termos de Uso e Privacidade) que usualmente dizem garantir privacidade do Titular dos Dados, mas acabam sendo escritos de forma demasiadamente longa para o cumprimento dos requisitos legais.

44. Isto porque, o uso adequado desses dados resulta em muitos benefícios para toda atividade produtiva nacional e para toda sociedade, como a redução do custo de transação das mercadorias e serviços dado um menor investimento em comunicação comercial, e a assertividade no direcionamento de produtos e serviços adequados ao interesse do consumidor. Além disso, o livre fluxo de informações é essencial para inovação e desenvolvimento social, cultural e econômico do país.

45. Por isso precisamos evoluir para padrões minimamente aceitáveis na utilização de dados pessoais, inclusive por meio de instrumentos que permitam sua internalização por parte da empresa, de forma mais detalhada e assertiva que as disposições legais, evitando-se abusos e permitindo o crescimento econômico e social sustentável em nosso país para empresas que utilizam banco de dados.

46. Neste sentido, é valiosa a lição do mercado publicitário que percebeu cedo seus excessos e criaram o Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (CONAR). Este Conselho tem se colocado ao longo de sua história



como um importante balizador do mercado e da ética publicitária, capaz de influenciar não apenas o comportamento do mercado, como também, da legislação, e de incontáveis decisões judiciais, que se pautam nas regras de autorregulação e decisões do Conar, como um balizador para importantes decisões que afetam a sociedade nesta temática.

47. Baseado na experiência do CONAR e de inúmeros outros sistemas de autorregulação vigentes no país, é fundamental que a adoção a regras ou códigos de boas práticas, inclusive dentro de sistemas de autorregulação esteja não apenas prevista, mas também sejam incentivada pelo Substitutivo.

48. Um sistema de Boas-Práticas ou autorregulamentação para a utilização de dados para comunicação comercial poderia servir para finalidades complementares à da lei e, ainda instrumento legítimo para: i) Aconselhamento, sobre todos os aspectos, técnicos, legislativos, regulatórios e mercadológicos que circundam o tratamento de dados pessoais; de ii) Emissor de Diretrizes sobre melhores práticas para proteção de dados pessoais e privacidade dos consumidores; iii) Regras e ações de controle para receber queixas de consumidores, empresas, órgãos públicos, estabelecendo um procedimento para garantir o cumprimento das regras de privacidade.

49. Ao defendermos a autorregulação, não estamos defendendo a desregulação estatal, que seria a ausência total ou parcial de normas e controles estatais sobre o mercado ou atividade econômica desenvolvida sobre dados e sua utilização para fins comerciais. Nossa sugestão é que o Estado Regulador guarde seu papel apenas para corrigir desequilíbrios do mercado, quando alguma empresa por



conduta inconveniente, prejudicar os consumidores titulares dos dados ou o próprio mercado¹¹.

50. Ao que me parece, o convívio harmônico entre regulação estatal e autorregulação tem sido absorvido pelas normas que tratam da temática da proteção de dados. A recente regulamentação geral sobre proteção de dados da Europa (GDPR -General Data Protection Regulation) estimula expressamente que as associações ou outras entidades que representem categorias de responsáveis pelo tratamento ou de subcontratantes a elaborar códigos de conduta, com vista a facilitar a sua aplicação efetiva, tendo em conta as características específicas do tratamento efetuado em determinados setores. Além disso, esses códigos de conduta poderão regular as obrigações dos responsáveis pelo tratamento e dos subcontratantes, tendo em conta o risco que poderá resultar do tratamento dos dados no que diz respeito aos direitos e às liberdades das pessoas singulares.

51. Portanto, sugerimos que sejam absorvidas as considerações do PL 5276/2016, em especial, artigo 50/51

PROPOSTA DE INCLUSÃO DE ARTIGO / INCISO

Propõe-se criação de um capítulo com o seguintes texto:

ART. _____. Os responsáveis pelo tratamento de dados pessoais, individualmente ou por meio das associações poderão formular regras de boas práticas que

¹¹ Nesse sentido, Maria Mercè Darnaculleta i Gardella alertam que: [...] el tradicional modelo intervencionista, presidido pelas técnicas jurídicas articuladas en torno de grandes servicios públicos y a la noción de dominio público [...] está dando paso a un modelo concurrencial en el que el Estado debe reconducir su papel para situarse en una posición simplemente correctora de los desequilibrios del mercado. Con ello emergen, como no, nuevos espacios para la 'autorregulación del mercado' DARNACULLETA i GARDELLA, Maria Mercè. Autorregulación y Derecho Público: La Autorregulación Regulada. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. 2005, p. 56)



estabeleçam condições de organização, o regime de funcionamento, os procedimentos, as normas de segurança, os padrões técnicos, as obrigações e outros aspectos relacionados ao tratamento de dados pessoais.

§ 1º Ao estabelecer regras de boas práticas, o responsável pelo tratamento e o operador levarão em consideração a natureza, o escopo e a finalidade do tratamento e dos dados e a probabilidade e a gravidade dos riscos de danos individuais

§ 2º - As regras de boas práticas serão disponibilizadas publicamente e atualizadas e poderão ser reconhecidas e divulgadas pelo órgão competente.

Art___. O Órgão competente estimulará a adoção de padrões técnicos que facilitem o controle dos titulares dos seus dados pessoais.

X - Responsabilidade Solidária

52. O Substitutivo institui a responsabilidade solidária de forma indistinta a todos os responsáveis pelo tratamento de dados pessoais, nos termos do artigo 17 Parágrafo Único do Substitutivo.

53. A responsabilização genérica, sem qualquer alinhamento e nexo causal com as atividades exercidas pelas pessoas envolvidas no tratamento de dados, não apenas desestimula, mas praticamente inviabiliza que novos entrantes no mercado, sobretudo *startups*, iniciem suas atividades, já que terão sobre si, uma carga de responsabilidade civil de toda a cadeia produtiva.

54. Tal constatação, fica evidente com a leitura do conceito de Tratamento de Dados, previsto no inciso IV do artigo 3º Substitutivo, somado aos conceitos de Titular do Dado, Responsável, Operador e ainda às atividades de comunicação, Interconexão, e difusão, previstos nos incisos, V, VI, VII, VIII e XII também do



artigo 3º. Quem coleta dado, por não ter as mesmas atribuições não pode ter a mesma responsabilidade de quem modifica, utiliza, fornece a terceiros, transfere, faz interconexão ou difusão dos dados.

55. A responsabilização das empresas que tratam dados e prestam serviço ao usuário em relação aos dados pessoais deve se dar de forma diferenciada, a depender da atividade exercida e o nexos de causalidade em relação ao dano e conduta do fornecedor, considerando as especificidades das empresas cedentes (empresas que coletam dados e prestam serviço ao usuário); cessionárias (empresas subcontratadas na cadeia de tratamento) e aquelas que apenas utilizam dos dados, inteligência ou serviços produzidos por estas ou outras empresas intermediárias.

PROPOSTA EXCLUSÃO DE ARTIGO / INCISO

Propõe-se a alteração do artigo 17, § único com o seguintes texto:

ART. 17.

Parágrafo Único Os responsáveis pelo tratamento de dados pessoais responderão de acordo com os limites de sua atuação, pelos danos causados aos titulares ou terceiros, decorrentes na cadeia de tratamento de dados.

XI - Disposições transitórias

XI.1 – Vacatio Legis



56. Por fim, vale destacar que a *vacatio legis* prevista é muito estreita (04 meses), não possibilitando a devida preparação daqueles que serão atingidos pela Lei ao seu cumprimento. Dessa forma, a **ABEMD** propõe que, em virtude da complexidade da norma¹², bem como da necessidade de investimentos e adaptações que esta gerará às empresas, este *vacatio legis* seja estendido ao período de 3 anos.

XI.2 – Direito Adquirido (legitimidade da coleta antes da nova lei)

57. O direito brasileiro adota como regra geral a irretroatividade dos efeitos da nova lei, protegendo o ato jurídico perfeito. Os novos requisitos a serem trazidos pela futura lei não invalidam os dados coletados e tratados sob a égide da legislação vigente à época. Condiciona-se, porém, novos tratamentos, bem como os direitos de acesso e retificação, ao disposto na futura lei. Sugere-se, portanto, que os dados pessoais armazenados pelos responsáveis em conformidade com a legislação vigente à época de sua coleta não estarão sujeitos às regras, inclusive acerca do consentimento, aplicando-se às subsequentes operações de seu tratamento, contudo, as demais disposições desta lei.

PROPOSTA DE ARTIGO

Art. 37. Esta Lei entrará em vigor três anos após a sua publicação.

Parágrafo único. O órgão competente estabelecerá normas sobre a adequação progressiva de bancos de dados constituídos até a data de entrada em vigor desta Lei, considerada a complexidade das operações de tratamento e a natureza dos dados, bem como respeitando-se o direito adquirido e ato jurídico perfeito.

¹² Lei Complementar 95/98. Art. 8º A vigência da lei será indicada de forma expressa e de modo a contemplar prazo razoável para que dela se tenha amplo conhecimento, reservada a cláusula "entra em vigor na data de sua publicação" para as leis de pequena repercussão.



58. Diante desta manifestação, a **ABEMD** espera ter contribuído mais uma vez com as discussões e formação de opinião acerca da legislação de Proteção ao tratamento de dados no país, bem como se coloca à disposição de Vossa Excelência para colaborar com o que for necessário à elaboração de uma norma equilibrada e que atenda aos princípios da ordem econômica - a livre concorrência e a defesa do consumidor.

59. Reiteramos nossos protestos de estima e consideração.

Atenciosamente,

Efraim Kapulski

Presidente