

PINHEIRONETO

ADVOGADOS

SÃO PAULO

R. Hungria, 1.100
01455-906
São Paulo - SP
t. +55 (11) 3247 8400

RIO DE JANEIRO

R. Humaitá, 275
16º andar
22261-005
Rio de Janeiro - RJ
t. +55 (21) 2506 1600

BRASÍLIA

SAFS. Quadra 2 Bloco B
Ed. Via Office - 3º andar
70070-600
Brasília - DF
t. +55 (61) 3312 9400

PALO ALTO

228 Hamilton Avenue,
3rd floor
CA 94301 USA
t. +1 650 798 5068

TÓQUIO

1-6-2 Marunouchi,
Chiyoda-ku, 21st floor
100-0005
Tokyo - Japan
t. +81 (3) 3216 7191

São Paulo, 02 de outubro de 2020

PARA / TO:

Fernanda Aline Soares

DE / FROM:

Bruno Balduccini
André Giacchetta
Ciro Torres Freitas
Felipe Tucunduva van Heemstede
Marcelo Junqueira de Mello
Ana Cristina do Val Fausto
Kauê Almeida Curti
Alexandre de Arruda Machado

E-MAIL:

bbalduccini@pn.com.br
azgiacchetta@pn.com.br
cfreitas@pn.com.br
fheemstede@pn.com.br
mmello@pn.com.br
afausto@pn.com.br
kcurti@pn.com.br
aamachado@pn.com.br

EMPRESA / COMPANY:

ANBIMA

REF.:

Análise da Lei Geral de Proteção de Dados e da Lei de Sigilo Bancário, vis-à-vis as regras de Prevenção à Lavagem de Dinheiro e ao Financiamento do Terrorismo

1. Este Memorando foi elaborado a pedido da Associação Brasileira das Entidades dos Mercados Financeiro e de Capitais (“ANBIMA”) e tem por objetivo analisar determinados aspectos relacionados à Lei Geral de Proteção de Dados (“LGPD”) e à Lei Complementar 105, de 10 de janeiro de 2001 (“Lei de Sigilo Bancário” ou “LC 105/01”), vis-à-vis as regras de Prevenção à Lavagem de Dinheiro e ao Financiamento do Terrorismo (“PLDFT”), conforme o questionário que nos foi encaminhado pela ANBIMA em 14 de setembro de 2020.

2. Ressalvamos que ainda não houve qualquer teste ou discussão aprofundada no Brasil sobre a efetiva interpretação da LGPD, bem como que não há precedentes judiciais ou administrativos no Brasil que auxiliem na interpretação da LGPD (sobretudo, em relação a temas como “legítimo interesse” e “transferência internacional de dados pessoais”), o que será objeto de eventuais diretrizes, orientações e decisões proferidas pela futura Autoridade Nacional de Proteção de Dados (“ANPD”). Dessa forma, a análise por nós realizada foi feita com base nas primeiras impressões a respeito do tema e as discussões travadas até o momento. Trata-se de matéria dinâmica que deverá ser revisitada pela ANBIMA, caso surjam novas interpretações da LGPD pela futura Autoridade Nacional de Proteção de Dados.

3. Feita essa ressalva, seguem abaixo nossas respostas e considerações às questões que nos foram encaminhadas pela ANBIMA.

1. A Lei de Sigilo Bancário se aplica às gestoras de recursos?

4. A Lei de Sigilo Bancário, em seu artigo 1º, dispõe que as instituições financeiras conservarão em sigilo suas operações ativas e passivas e serviços prestados. Por sua vez, a definição de quem são consideradas como instituições financeiras para fins do ordenamento jurídico brasileiro se reporta ao artigo 17 da Lei 4.595, de 31 de dezembro de 1964 (“Lei 4.595/64”):

Art. 17. Consideram-se instituições financeiras, para os efeitos da legislação em vigor, as pessoas jurídicas públicas ou privadas, que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros.

Parágrafo único. Para os efeitos desta lei e da legislação em vigor, equiparam-se às instituições financeiras as pessoas físicas que exerçam qualquer das atividades referidas neste artigo, de forma permanente ou eventual.

5. A Lei 4.595/64 é a base para toda a legislação bancária, bem como para competência tanto do Conselho Monetário Nacional (“CMN”), quanto do Banco Central do Brasil (“Banco Central”) para a edição das regulamentações aplicáveis a todas as pessoas que exercerem as atividades descritas no artigo 17 acima transcrito.

6. Recepcionada pela Constituição Federal de 1988 como lei complementar, a Lei 4.595/64 também dispunha em seu artigo 38 sobre o dever de sigilo a ser exercido pelas instituições financeiras em suas operações ativas e passivas. Entretanto, pela especificidade¹ da matéria e pelo disposto no artigo 13 da LC 105/01, o referido artigo 38 foi revogado. Adicionalmente à revogação do

¹ Nos termos do artigo 2º, §1º do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942: “A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.”

artigo 38, a LC 105/01 alargou a definição daqueles que estão sujeitos à obrigação de sigilo. Com efeito, o artigo 1º, §§ 1º e 2º da Lei de Sigilo Bancário trouxe uma lista de entes que, mesmo não se enquadrando na definição da Lei 4.595/64, passaram a ser equiparados a instituições financeiras para fins do cumprimento do dever de sigilo em suas operações e serviços prestados, vejamos:

Art. 1º As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.

§ 1º São consideradas instituições financeiras, para os efeitos desta Lei Complementar:

I – os bancos de qualquer espécie;

II – distribuidoras de valores mobiliários;

III – corretoras de câmbio e de valores mobiliários;

IV – sociedades de crédito, financiamento e investimentos;

V – sociedades de crédito imobiliário;

VI – administradoras de cartões de crédito;

VII – sociedades de arrendamento mercantil;

VIII – administradoras de mercado de balcão organizado;

IX – cooperativas de crédito;

X – associações de poupança e empréstimo;

XI – bolsas de valores e de mercadorias e futuros;

XII – entidades de liquidação e compensação;

XIII – outras sociedades que, em razão da natureza de suas operações, assim venham a ser consideradas pelo Conselho Monetário Nacional.

§ 2º As empresas de fomento comercial ou *factoring*, para os efeitos desta Lei Complementar, obedecerão às normas aplicáveis às instituições financeiras previstas no § 1º.

7. A partir da leitura da disposição legal acima, a LC 105/01 ampliou o rol de instituições financeiras estabelecido pela Lei 4.595/64 para fazer dele constar entes que sabidamente não foram e não são considerados como instituições financeiras pela legislação. A doutrina de Eduardo Salomão Neto confirma essa visão, indicando que esse é o caso de sociedades administradoras de cartão de crédito, sociedades de arrendamento mercantil, entidades administradoras de mercado de balcão, sociedades de fomento comercial, dentre outras.²

8. Ante a análise das normas positivadas e da doutrina sobre o assunto, como fizemos acima, chegamos à conclusão de que a delimitação do campo de aplicação da Lei de Sigilo Bancário está

² SALOMÃO NETO, Eduardo. Direito Bancário. São Paulo: Atlas, 2005, p. 503.

adstrita a três tipos de instituições, quais sejam, (i) aquelas que se encaixam no conceito do artigo 17 da Lei 4.595/64, (ii) aquelas expressamente referidas pelo parágrafo 2º do artigo 1º da LC 105/01, (iii) bem como aquelas que estejam sujeitas a normas que façam referência à LC 105/01 (como é o caso do art. 16 da Resolução CMN nº 4.282, de 4 de novembro de 2013, que estabelece que os instituidores de arranjos de pagamento e as instituições de pagamento ficam sujeitos ao disposto LC 105/01). Como se pode notar da leitura desses dispositivos, as gestoras de recursos não são mencionadas ou mesmo exercem quaisquer das atividades que nos levariam a concluir pela necessidade destas de cumprirem as regras destinadas a instituições financeiras. Em outras palavras, via de regra, a LC 105/01 não deve se aplicar às gestoras de recursos.

9. Não obstante o acima exposto, ressaltamos que gestoras de recursos (i.e. administradores de carteiras de valores mobiliários registrados na categoria “gestor de recursos”) são regulados pela Instrução da Comissão de Valores Mobiliários (“CVM”) nº 558, de 26 de março de 2015 (“Instrução CVM 558”), a qual estabelece, em seu artigo 21, incisos I e III, a obrigação de gestoras de recursos em (i) assegurar o controle de informações confidenciais a que tenham acesso os administradores, empregados e colaboradores da gestora de recursos; assim como de (ii) implantar e manter programa de treinamento de administradores, empregados e colaboradores que tenham acesso a informações confidenciais, participem de processo de decisão de investimento ou participem de processo de distribuição de cotas de fundos de investimento.

10. Adicionalmente, referido normativo também obriga, em seu artigo 24, incisos III e IV, que o exercício da administração de carteiras de valores mobiliários (incluindo gestoras de recursos) deve ser segregado das demais atividades exercidas pela pessoa jurídica, por meio da adoção de procedimentos operacionais, com o objetivo de preservar informações confidenciais e permitir a identificação das pessoas que tenham acesso a elas e de restringir o acesso a arquivos e permitir a identificação das pessoas que tenham acesso a informações confidenciais. Tal Instrução, ainda, coloca que, para o cumprimento do artigo acima referido, o administrador de carteiras de valores mobiliários deve manter manuais escritos, que detalhem as regras e os procedimentos adotados relativos à confidencialidade, definindo as regras de sigilo e conduta adotadas, com detalhamento das exigências cabíveis, no mínimo, para os seus sócios, administradores, colaboradores e empregados.

11. Consequentemente, ainda que a Lei de Sigilo Bancário possa não ser aplicável à gestora de recursos em uma hipótese concreta, a gestora de recursos estará sujeita às obrigações de confidencialidade dispostas na Instrução CVM 558 descritas acima.

2. A Lei de Sigilo Bancário se aplica entre os prestadores de serviços do fundo de investimento?

12. Conforme nossos comentários acima à primeira questão, a fim de verificar se a norma se aplica a determinada pessoa, é necessário caracterizá-la como instituição financeira ou identificá-la com qualquer uma das instituições identificadas nos parágrafos 1º e 2º do artigo 1º da LC 105/01 ou existir norma que estabeleça a sujeição da pessoa à LC 105/01. Assim, se os prestadores de serviços do fundo de investimento não forem instituições financeiras ou identificados no rol de entidades mencionadas, a Lei de Sigilo Bancário não deveria ser aplicável a tais prestadores.

3. *Fundo de investimento “A” é registrado no Brasil e sua carteira de investimentos é gerida pelo gestor de recursos “X”. O gestor “X” também atua como distribuidor das cotas do fundo “A”, conforme autorizado pela Instrução CVM 558.*

3.A. *O compartilhamento de dados pessoais de seus clientes (que são cotistas do fundo “A”) por “X” (na qualidade de distribuidor) com os demais prestadores de serviços do fundo “A”, para fins de identificação do beneficiário final (de acordo com a legislação e regulamentação de PLDFT), pode ser respaldado pela LGPD (i.e., existe base legal que justificaria tal compartilhamento)?*

13. O artigo 7º da LGPD estabelece 10 (dez) bases legais distintas para o tratamento de dados pessoais, sendo de particular interesse para esta análise três delas: a) o consentimento; b) o cumprimento de obrigação legal ou regulatória; e c) o legítimo interesse.

Consentimento

14. A LGPD define consentimento (artigo 5º, XII) como “*manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada*”.

15. Considerando a estrutura das operações no Brasil, entendemos que existem formas de se obter o consentimento dos cotistas para o compartilhamento de dados, caso se entenda vantajoso seguir dessa forma. Por exemplo, quando um investidor investe em um fundo de investimento no Brasil, o investidor deve assinar um “termo de adesão e ciência de risco”, o qual poderia conter uma autorização para compartilhamento de dados.

16. Todavia, apesar de ser operacionalizável, a base legal do consentimento não nos parece a melhor opção a se adotar, na medida em que o consentimento poderia ser retirado a qualquer momento, e o compartilhamento dos dados deveria parar de ocorrer.

Cumprimento de obrigação legal ou regulatória

17. O artigo 7º, inciso II da LGPD autoriza o tratamento de dados pessoais para o cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador.

18. No âmbito da regulamentação da CVM, a Instrução CVM nº 617, de 5 de dezembro de 2019 (“Instrução CVM 617”) é o principal ato normativo que dispõe a respeito da PLDFT no âmbito do mercado de valores mobiliários, aplicando-se, na forma do seu artigo 3º da referida Instrução, tanto a administradores de carteira de valores mobiliários quanto a distribuidores de valores mobiliários³.

19. Nessa linha, a Instrução CVM 617 obriga que as entidades mencionadas nos incisos I a III do seu artigo 3º (“Prestadores de Serviço com Obrigação Cadastral”) que tenham relacionamento direto com o investidor devem identificá-lo, mantendo seu cadastro atualizado de acordo com tal normativo⁴. Além disso, em determinadas hipóteses dispostas no artigo 13 da Instrução CVM 617⁵, as informações cadastrais dos investidores devem abranger as pessoas naturais autorizadas a representá-los, todos seus controladores, diretos e indiretos, e as pessoas naturais que sobre eles tenham influência significativa, até alcançar a pessoa natural caracterizada como beneficiário final, observadas as exceções mencionadas no § 2º de referido artigo.

20. A respeito do compartilhamento de informações, a Instrução CVM 617 estabelece, em seu artigo 17, parágrafo 1º, inciso II, que os Prestadores de Serviço com Obrigação Cadastral que não têm relacionamento direto com os investidores devem, no limite de suas atribuições, buscar a implementação de mecanismos de intercâmbio de informações com as áreas de controles internos

³ “Art. 3º Sujeitam-se às obrigações previstas nesta Instrução, no limite de suas atribuições:

I – as pessoas naturais ou jurídicas que prestem no mercado de valores mobiliários, em caráter permanente ou eventual, os serviços relacionados à distribuição, custódia, intermediação, ou administração de carteiras; II – entidades administradoras de mercados organizados e as entidades operadoras de infraestrutura do mercado financeiro; III – as demais pessoas referidas em regulamentação específica que prestem serviços no mercado de valores mobiliários, incluindo: a) os escrituradores; b) os consultores de valores mobiliários; c) as agências de classificação de risco; d) os representantes de investidores não residentes; e e) as companhias securitizadoras; e IV – os auditores independentes no âmbito do mercado de valores mobiliários.

§ 1º A presente Instrução não se aplica aos analistas de valores mobiliários e às companhias abertas, desde que não exerçam outras atividades abrangidas pelos incisos I a IV do caput.

§ 2º As instituições integrantes do sistema de distribuição de valores mobiliários devem submeter os agentes autônomos de investimento e demais prepostos a elas vinculados à sua respectiva política de PLDFT, bem como às regras, procedimentos e controles internos estabelecidas nos termos da presente Instrução.

§ 3º O disposto no § 2º não exime a responsabilidade das instituições integrantes do sistema de distribuição de valores mobiliários pelo cumprimento dos comandos previstos nesta Instrução.”

⁴ Art. 11. As pessoas mencionadas nos incisos I a III do art. 3º desta Instrução que tenham relacionamento direto com o investidor devem identificá-lo, manter seu cadastro atualizado de acordo com o conteúdo indicado nos Anexos 11-A e 11-B e nos termos da alínea “b”, inciso II do art. 4º.

⁵ Art. 13. As informações cadastrais relativas a clientes classificados nos incisos II a V do art. 1º do Anexo 11-A devem abranger as pessoas naturais autorizadas a representá-los, todos seus controladores, diretos e indiretos, e as pessoas naturais que sobre eles tenham influência significativa, até alcançar a pessoa natural caracterizada como beneficiário final ou qualquer das entidades mencionadas no § 2º.

dos Prestadores de Serviço com Obrigação Cadastral que tenham tal relacionamento direto, observados eventuais regimes de sigilo ou restrição de acesso previstos na legislação.

21. Ainda, a Instrução CVM 617 também determina, por meio do inciso IV do parágrafo 1º de seu artigo 17, que os Prestadores de Serviço com Obrigação Cadastral que não têm relacionamento direto com os investidores devem avaliar a pertinência e a oportunidade de solicitar informações adicionais aos Prestadores de Serviço com Obrigação Cadastral que tenham relacionamento direto com os investidores, por meio dos mecanismos de intercâmbio a que se refere o parágrafo acima, caso aplicáveis, em observância às diretrizes estabelecidas na política de PLDFT e à avaliação interna de risco.

22. Dessa forma, conforme a Instrução CVM 617, os Prestadores de Serviço com Obrigação Cadastral, dentre os quais se incluem administradores de carteira de valores mobiliários e distribuidores, observadas as regras acima, devem compartilhar informações para os fins da Instrução CVM 617, de modo que Prestadores de Serviço com Obrigação Cadastral que não tenham relacionamento direto com os investidores obtenham as informações requeridas pela referida norma.

23. Sendo assim, nos parece razoável afirmar que o compartilhamento descrito nesta questão poderia ser justificado pela base legal de cumprimento de obrigação legal ou regulatória (artigo 7º, inciso II), nos termos da Instrução CVM 617. Importante enfatizar que tal compartilhamento deverá ser restrito aos dados efetivamente necessários para o atingimento da finalidade, de forma que não se crie o risco de tratamento de dados em excesso, o que poderia gerar sanções administrativas e desdobramentos judiciais.

24. Ressaltamos que a análise realizada acima compreendeu apenas a possibilidade de compartilhamento de dados em decorrência das regras relativas à PLDFT, sendo que podem existir outras normas ou obrigações regulatórias da CVM⁶ e/ou de outros órgãos reguladores ou governamentais que também eventualmente possam dar respaldo ao compartilhamento de dados dos cotistas ou das correspondentes carteiras dos fundos para outros fins.

Legítimos Interesses

25. O inciso IX do artigo 7º da LGPD autoriza o tratamento de dados pessoais quando necessário para atender aos interesses legítimos do controlador ou de terceiro, exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais.

⁶ Tais como determinadas regras na Instrução CVM 555, de 17 de dezembro de 2014, referente à troca de informações entre administradores fiduciários e distribuidores, assim como as regras relativas a troca de informações dispostas na Instrução CVM 505, de 27 de setembro de 2011 ("Instrução CVM 505") e na Instrução CVM 560, de 27 de março de 2015.

26. O tratamento de dados pessoais com base no legítimo interesse é, normalmente, a base legal mais flexível entre as 10 (dez) disponíveis, já que não está atrelado a uma finalidade específica, mas nem sempre é a base legal mais apropriada para todas as situações. A utilização do legítimo interesse sempre representa um risco jurídico, na medida em que a avaliação de seus elementos deve ser documentada em relatório de impacto à proteção de dados pessoais e está sujeita à revisão, e possível discordância, por parte da Autoridade Nacional de Proteção de Dados.

27. Na aplicação prática do legítimo interesse como base legal de tratamento, o controlador deve efetuar um teste com três etapas:

(i) teste da finalidade: identificação de qual é o interesse legítimo e se esse interesse legítimo é próprio ou de terceiros;

(ii) teste da necessidade: demonstração de que o tratamento dos dados pessoais é necessário para alcançar esse interesse legítimo; e

(iii) teste da proporcionalidade: balanceamento desse interesse legítimo com os direitos e as liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais.

28. Sempre que o interesse legítimo for utilizado como base legal, esse teste deve ser documentado em um relatório de impacto à proteção de dados pessoais, independentemente da prévia requisição da sua elaboração pela ANPD. Isso porque o artigo 10, parágrafo 3º da LGPD, estabelece que *“a autoridade nacional poderá solicitar ao controlador relatório de impacto à proteção de dados pessoais, quando o tratamento tiver como fundamento seu interesse legítimo, observados os segredos comercial e industrial”*.

29. Destaque-se que, pelo artigo 38 da LGPD, a futura ANPD também pode determinar ao controlador que elabore relatório de impacto à proteção de dados pessoais em outros cenários, inclusive de dados sensíveis, referente a suas operações de tratamento de dados, nos termos de regulamento, observados os segredos comercial e industrial.

30. Note-se, porém, que são obrigações distintas: enquanto o artigo 38 estipula que a futura ANPD pode determinar a elaboração de relatório, o artigo 10 da mesma Lei destaca que a Autoridade poderá solicitar ao controlador esse relatório, o que significa que o documento já deve ter sido elaborado anteriormente, no momento da decisão pela utilização do legítimo interesse e antes que qualquer tratamento de dados pessoais fundamentado nessa base legal efetivamente ocorra.

31. É importante reforçar que o interesse legítimo pode ser tanto do controlador quanto de terceiros e, assim, pode incluir interesses comerciais, individuais ou mesmo interesses da coletividade e da sociedade amplamente considerados.

32. Quando se trata de legítimo interesse do próprio controlador, a LGPD dispõe, em seu artigo 10, que esse interesse legítimo somente pode fundamentar o tratamento de dados pessoais para finalidades legítimas, consideradas a partir de situações concretas, que incluem, mas não se limitam a: (i) apoio e promoção de atividades do controlador; e (ii) proteção, em relação ao titular, do exercício regular de seus direitos ou prestação de serviços que o beneficiem, respeitadas as legítimas expectativas dele e os direitos e liberdades fundamentais.

33. Além disso, quando o tratamento for baseado no legítimo interesse do controlador, somente os dados pessoais estritamente necessários para a finalidade pretendida poderão ser tratados, sendo que o controlador deverá adotar medidas para garantir a transparência do tratamento de dados baseado em seu legítimo interesse, observado que a autoridade nacional poderá solicitar a esse controlador relatório de impacto à proteção de dados pessoais, observados os segredos comercial e industrial.

34. O legítimo interesse de terceiros, por outro lado, engloba não apenas os terceiros em uma relação negocial, mas também a própria sociedade amplamente considerada, ou seja, o legítimo interesse de categorias de pessoas ou mesmo de toda a população, conforme o caso.

35. Assim sendo, nos parece que o compartilhamento dos dados necessários para fins de identificação do beneficiário final, nos termos da legislação aplicável, poderia ser justificado tanto pelo legítimo interesse do controlador, quanto de terceiros. De toda forma, apesar da possibilidade de utilização do legítimo interesse, considerando haver legislação específica que seria suficiente para justificar o compartilhamento por meio da base legal de cumprimento de obrigação legal ou regulatória, sugerimos não utilizar a base legal do legítimo interesse para esses casos.

3.B. O compartilhamento de dados pessoais de seus clientes (que são cotistas do fundo “A”) por “X” (na qualidade de distribuidor) com os demais prestadores de serviços do fundo “A”, para fins de identificação do beneficiário final (de acordo com a legislação e regulamentação de PLDFT), pode ser respaldado pela Lei de Sigilo Bancário?

36. Para análise dessa questão é necessário distinguir dois cenários: (i) Cenário A: no qual os demais prestadores de serviços do fundo “A” são instituições sujeitas à Lei de Sigilo Bancário,

conforme discutido nos comentários à questão 1 acima; e (ii) Cenário B: no qual os demais prestadores de serviços do fundo “A” não são instituições sujeitas à LC 105/01, conforme discutido.

37. No caso do Cenário A, a LC 105/01 em seu artigo 1º, §3º, I estabelece que: “*não constitui violação do dever de sigilo a troca de informações entre instituições financeiras, para fins cadastrais, inclusive por intermédio de centrais de risco, observadas as normas baixadas pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central*”. Nesse sentido, nos termos do dispositivo legal transcrito e assumindo que os demais prestadores de serviços do fundo “A” são instituições financeiras ou instituições equiparadas a instituições financeiras, para fins da Lei de Sigilo Bancário, entendemos pela possibilidade do compartilhamento de dados pessoais dos clientes por “X”, na qualidade de distribuidor.

38. Em relação ao Cenário B, isto é, assumindo que os demais prestadores de serviços do fundo “A” não estejam sujeitos ao cumprimento do dever de sigilo de que fala a LC 105/01, à primeira vista a resposta à possibilidade de compartilhamento seria negativa pela ausência de previsão legal ou regulamentar permitindo a quebra do dever de sigilo bancário.

39. Contudo, dado que a leitura do artigo 1º da LC 105/01 prescreve a manutenção do sigilo sobre “*operações ativas e passivas e serviços prestados*”, e não há uma definição clara acerca de quais dados seriam considerados sigilosos no âmbito de uma relação comercial e, portanto, abarcados pelo dispositivo, abre-se margem para discussão a respeito de quais informações estão abarcadas pela lei. Verifica-se, sobretudo, divergência quanto à aplicabilidade do conceito de sigilo bancário aos dados cadastrais, informações não relacionadas diretamente com movimentações ou operações financeiras junto às instituições financeiras.

40. Nesse sentido, é possível identificar, em especial, dois posicionamentos jurisprudenciais e doutrinários expostos a seguir. O primeiro (i) defende que o conceito de sigilo bancário atinge todos os dados relacionados às operações e movimentações financeiras, incluindo os dados cadastrais dos clientes, enquanto o segundo (ii) acredita que informações cadastrais não estão protegidas por nenhuma das nuances que se buscou proteger por meio do sigilo bancário.

41. Apesar de persistirem os posicionamentos jurisprudenciais e doutrinários expostos acima, o Superior Tribunal de Justiça (“STJ”) entendeu, em decisão proferida em 2018⁷, que dados cadastrais bancários de correntistas não estão protegidos pelo sigilo bancário, ao contrário dos dados

⁷ “Os dados cadastrais bancários (informações de seus correntistas tais como número da conta corrente, nome completo, RG, CPF, número de telefone e endereço) estão incluídos na definição de dados cadastrais e não estão, portanto, protegidos por sigilo bancário, que abriga apenas os serviços da conta (aplicações, transferências, depósitos e etc) e não os dados cadastrais de seus usuários.” (STJ – RESP 1561191 / SP / 2015/0237207-3 Ministro Herman Benjamin).

relacionados aos serviços. Seguindo a linha argumentativa do precedente, há argumentos para defender a possibilidade do compartilhamento de dados cadastrais dos clientes por “X”, na qualidade de distribuidor no Cenário B.

42. Em todo caso, insta salientar que tais argumentos seriam prejudicados para se defender que informações cadastrais mais sensíveis e que envolvam relações de convivência privada não estão abrangidas pelo sigilo bancário – tais como: data de relacionamento com o cliente, interrupções de prestação de serviços, razões pelas quais os serviços foram interrompidos, interesses e outros.

43. Por último, vale também destacar o já mencionado artigo 1º, §3º da LC 105/01, que determina situações nas quais o fornecimento de informações sigilosas poderá ocorrer legalmente, dentre as exceções, há o consentimento expresso dos interessados. Em miúdos, o compartilhamento de informações, ante o Cenário B, também seria possível a partir da anuência concedida pelos quotistas, nos termos do artigo 1º, §3º, V da LC 105/01. A esse respeito, é importante compreender de que forma tal anuência poderá ser obtida, para fins de validade perante as autoridades.

44. Idealmente, a autorização da parte interessada deve ser expressa no que diz respeito à divulgação de suas informações confidenciais e, ainda, ser feita com base em autorização específica, e não em autorização genérica dada pelo cliente ao iniciar a relação com a entidade obrigada ao sigilo. Apesar disso, não há indicação legal ou regulamentar sobre como exatamente esse consentimento deva ser manifestado. Por essa razão, e considerando precedentes próximos ao assunto na área consumerista, entendemos que no contexto de um contrato, a autorização deve ser realizada separadamente e de forma destacada (i) por meio de *check-box* com ênfase dos trechos principais em negrito, no qual o contratante possa clicar para manifestar seu consentimento, ou alternativamente, (ii) mediante disponibilização de termo e/ou contrato em apartado, tratando especificamente da referida anuência.

45. Em termos práticos, a escolha da ferramenta para obtenção da anuência pode variar de acordo com o serviço prestado e depende do nível de conforto para comprovar o consentimento expresso do cliente, no caso de eventual questionamento. Além disso, salientamos que, mesmo nas situações em que a instituição está autorizada a promover a quebra do sigilo, é fundamental que todas as providências necessárias à defesa dos interesses de seus clientes devam ser observadas, cabendo à instituição selecionar com cuidado as informações a serem compartilhadas e verificar se todos os requisitos legais para o compartilhamento foram cumpridos.

4. Fundo de investimento “A” é registrado no Brasil. Fundo de investimento “B” é registrado no Brasil e investe seus recursos integral ou majoritariamente em cotas do fundo “A”.

4.A. O compartilhamento de dados pessoais dos cotistas pelos prestadores de serviços do fundo “B” com os prestadores de serviços do fundo “A”, para fins de identificação do beneficiário final (de acordo com a legislação e regulamentação de PLDFT), pode ser respaldado pela LGPD (i.e., existe base legal que justificaria tal compartilhamento)?

46. Assim como para a pergunta 3.A, e com base nos mesmos argumentos, as bases legais do consentimento, do cumprimento de obrigação legal ou regulatória e do legítimo interesse poderiam ser utilizadas para justificar tal compartilhamento.

47. Tal qual mencionado anteriormente, sugerimos a utilização da base legal do cumprimento de obrigação legal ou regulatória, com base na Instrução CVM 617. Conforme mencionado na resposta à pergunta 3.A acima, na forma da Instrução CVM 617, os Prestadores de Serviço com Obrigação Cadastral, dentre os quais se incluem distribuidores de valores mobiliários, observadas as regras da Instrução CVM 617, devem compartilhar informações para os fins da referida Instrução CVM 617, de modo que Prestadores de Serviço com Obrigação Cadastral que não tenham relacionamento direto com os investidores obtenham as informações requeridas pela referida norma. Tendo em vista que distribuidores também se enquadram na regra acima, o mesmo racional da resposta à pergunta 3.A deveria ser aplicável a este cenário.

48. Importante ressaltar que, assim como a resposta da pergunta 3.A acima, a análise realizada para esta resposta compreendeu apenas a possibilidade de compartilhamento de dados em decorrência das regras relativas à PLDFT, sendo que podem existir outras normas ou obrigações regulatórias da CVM e/ou de outros órgãos reguladores ou governamentais que também eventualmente possam dar respaldo ao compartilhamento de dados dos cotistas ou das correspondentes carteiras para outros fins.

4.B. O compartilhamento de dados pessoais dos cotistas pelos prestadores de serviços do fundo “B” com os prestadores de serviços do fundo “A”, para fins de identificação do beneficiário final (de acordo com a legislação e regulamentação de PLDFT), pode ser respaldado pela Lei de Sigilo Bancário?

49. Conforme discutido nas questões 1 e 2, o primeiro passo para conseguirmos identificar a aplicabilidade da Lei de Sigilo Bancário é saber se os prestadores de serviços seja do fundo “A” ou

“B” são destinatários da referida lei. Assim, caso tais prestadores sejam (i) instituições financeiras; ou (ii) instituições equiparadas a tal para fins da LC 105/01, conforme rol taxativo descrito no artigo 1º, §§ 1º e 2º da LC 105/01, é possível encontrar respaldo na lei para a troca de informações entre as duas instituições, para fins cadastrais, conforme excetua o §3º, I do artigo 1º da LC 105/01.

50. Ante hipótese contrária, caso os prestadores não sejam nenhuma das instituições indicadas em (i) e (ii) acima, não há falar em respaldo da Lei de Sigilo Bancário, por não ser esta aplicável.

51. Vale notar a importância de documentar de maneira pormenorizada e formal o compartilhamento, quando permitido, de modo a construir prova de cumprimento das disposições legais em caso de questionamento por parte das autoridades.

5. Fundo de investimento “A” é registrado no Brasil e investe integral ou majoritariamente em cotas de um fundo de investimento “B” (ou veículo de investimento similar) registrado no exterior.

5.A. O compartilhamento de dados pessoais dos cotistas pelos prestadores de serviços do fundo “A” com os prestadores de serviços do fundo offshore “B”, para fins de cumprimento da legislação e regulamentação de PLDFT de outro país, pode ser respaldado pela LGPD (i.e., existe base legal que justificaria tal compartilhamento)?

52. Novamente, tal qual mencionado para a resposta 3.A, entendemos que, a depender de especificidades da operação, o compartilhamento poderia ser justificado pelas bases legais do consentimento, do cumprimento de obrigação legal ou regulatória, e do legítimo interesse.

53. Esta hipótese, porém, traz alguma limitação à base legal do cumprimento de obrigação legal ou regulatória. Isso porque, não há na legislação brasileira qualquer obrigação aplicável ao fundo A que determine o compartilhamento de informações para cumprimento de legislações de outras jurisdições.

54. Desta forma, o que definirá a possibilidade de utilização dessa base legal será o fato de a legislação estrangeira ser ou não aplicável ao fundo A, ainda que indiretamente. Por exemplo, se houver na legislação estrangeira qualquer disposição no sentido de que, para se investir em fundos naquela jurisdição deve-se cumprir com as obrigações relacionadas à legislação de PLDFT local, ou contribuir com seu cumprimento pelo investido, poder-se-ia dizer que o fundo A, para investir no fundo B, deve contribuir com suas obrigações de PLDFT e, portanto, seriam obrigações também aplicáveis ao fundo A. Nesses casos, poder-se-ia justificar tal compartilhamento pela base legal de cumprimento de obrigação legal ou regulatória.

55. Se, por outro lado, a legislação estrangeira não for aplicável ao fundo A, enquanto investidor, entendemos que essa base legal não poderia ser utilizada. Isso porque, a LGPD determina que o cumprimento de obrigação legal ou regulatória deve se dar pelo controlador (que, neste caso, para fins de LGPD, é o fundo A), e, portanto, se a obrigação não se aplica a ele, não poderia justificar o cumprimento de obrigação legal de terceiros por meio dessa base legal. Nesses casos, apesar de não existir obrigação específica nesse assunto, recomenda-se que os titulares de dados sejam informados acerca da sujeição do fundo a tais normas e, portanto, das atividades de tratamento que dela decorrem, como boas práticas de transparência.

56. Nesses casos, em não sendo possível utilizar a base legal do cumprimento de obrigação legal ou regulatória, o compartilhamento poderia ser justificado pelas bases legais do consentimento ou do legítimo interesse, desde que cumpridos os requisitos mencionados na resposta à pergunta 3.A. Tal qual sugerido na resposta à pergunta 3.A, entendemos que a utilização do legítimo interesse parece mais vantajosa, em razão da possibilidade de revogação do consentimento e consequente cessação da atividade de tratamento.

5.B. O compartilhamento de dados pessoais dos cotistas pelos prestadores de serviços do fundo “A” com os prestadores de serviços do fundo offshore “B”, para fins de cumprimento da legislação e regulamentação de PLDFT de outro país, pode ser respaldado pela Lei de Sigilo Bancário?

57. Fazemos referência ao nosso comentário à questão 4. Caso ambas as instituições em questão sejam destinatárias do cumprimento das obrigações de sigilo impostas pela LC 105/01, é possível o compartilhamento de dados, para fins cadastrais, entre as instituições, conforme o disposto no §3º, I do artigo 1º da lei.

58. Considerando que o dispositivo da lei que permite o compartilhamento de dados, para fins cadastrais, entre instituições financeiras não estipula a necessidade de que essa troca de informações ocorra entre pessoas nacionais ou aqui estabelecidas, não vemos óbice para a hipótese de que troca ocorra com uma das partes localizada fora do território nacional.

6. Existem outras hipóteses de compartilhamento de dados pessoais dos cotistas entre os prestadores de serviços de um fundo de investimento, para fins de PLDFT, que poderiam ser respaldadas pela LGPD (i.e., existe(m) base(s) legal(is) que justificariam outras hipóteses de compartilhamento)?

59. Considerando especificamente atividades de tratamento previstas na regulação e, portanto, justificáveis por meio da base legal de cumprimento de obrigação legal ou regulatória, no âmbito da regulamentação da CVM, a própria Instrução CVM 617, assim como a Instrução CVM 505, permitem a realização de cadastro simplificado de investidor não-residente por intermediário estrangeiro, desde que observadas as disposições das correspondentes regras (as quais envolvem a troca de informações entre Prestadores de Serviço com Obrigação de Cadastro e o intermediário estrangeiro).

60. No âmbito do Banco Central, por sua vez, a Circular nº 3.978, de 23 de janeiro de 2020 (“Circular nº 3.978/20”) permite situações como: (i) a realização de comunicações por meio do Sistema de Controle de Atividades Financeiras (Siscoaf) de forma centralizada por meio de instituição do conglomerado prudencial, em nome da instituição na qual ocorreu a operação; e (ii) nos casos de relação de negócio com cliente residente no exterior, que também seja cliente de instituição do mesmo grupo no exterior, fiscalizada por autoridade supervisora com a qual o Banco Central mantenha convênio para a troca de informações, admite-se que as informações relativas ao beneficiários final e pessoa exposta politicamente sejam obtidas da instituição no exterior, desde que assegurado o acesso à autoridade monetária das informações e procedimentos adotados.

61. Em relação a outras atividades de tratamento, seria necessário entendermos com mais profundidade os dados que se pretende compartilhar e as respectivas finalidades para que possamos identificar se há ou não a possibilidade de justificar tal tratamento por meio de uma ou mais bases legais da LGPD.

7. A Instrução CVM nº 617/19 e a Circular BACEN nº 3.978/20 determinam que as instituições financeiras contem com mecanismos de compartilhamento de informações com áreas internas de conglomerados financeiros ou com clientes/parceiros que tenham relacionamento comercial direto com o cliente.

7.A. No contexto de compartilhamento com entidades sediadas no exterior, quais critérios seguir para observar o disposto nos arts. 33 e seguintes da LGPD, dado que até o momento a Autoridade Nacional de Proteção de Dados não definiu o conteúdo das cláusulas padrão (art. 35)?

62. De acordo com o artigo 5º, inciso XV, da LGPD, a transferência internacional de dados pessoais é a “transferência de dados pessoais para país estrangeiro ou organismo internacional do qual o país seja membro”.

63. Em seu artigo 33, a LGPD apresenta as 14 (quatorze) hipóteses em que um controlador está autorizado a transferir os dados pessoais para outro país ou organismo internacional:

Art. 33. A transferência internacional de dados pessoais somente é permitida nos seguintes casos:

I - para países ou organismos internacionais que proporcionem grau de proteção de dados pessoais adequado ao previsto nesta Lei;

II - quando o controlador oferecer e comprovar garantias de cumprimento dos princípios, dos direitos do titular e do regime de proteção de dados previstos nesta Lei, na forma de:

a) cláusulas contratuais específicas para determinada transferência;

b) cláusulas-padrão contratuais;

c) normas corporativas globais;

d) selos, certificados e códigos de conduta regularmente emitidos;

III - quando a transferência for necessária para a cooperação jurídica internacional entre órgãos públicos de inteligência, de investigação e de persecução, de acordo com os instrumentos de direito internacional;

IV - quando a transferência for necessária para a proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro;

V - quando a autoridade nacional autorizar a transferência;

VI - quando a transferência resultar em compromisso assumido em acordo de cooperação internacional;

VII - quando a transferência for necessária para a execução de política pública ou atribuição legal do serviço público, sendo dada publicidade nos termos do inciso I do caput do art. 23 desta Lei;

VIII - quando o titular tiver fornecido o seu consentimento específico e em destaque para a transferência, com informação prévia sobre o caráter internacional da operação, distinguindo claramente esta de outras finalidades; ou

IX - quando necessário para atender as hipóteses previstas nos incisos II, V e VI do art. 7º desta Lei.

64. Vale ressaltar que não existe relação hierárquica entre essas hipóteses legais. Aquela escolhida dependerá da finalidade e contexto da transferência e conteúdo da informação, sendo necessário uma avaliação cuidadosa de cada caso concreto para que se chegue na hipótese legal mais apropriada.

65. Apresentamos a seguir algumas características próprias de cada uma dessas hipóteses.

Nível de proteção adequado

66. A primeira hipótese legal mencionada refere-se ao nível de proteção de dados pessoais do país ou organismo internacional que irá receber os dados pessoais. Nesse sentido, nos termos do inciso I “*a transferência internacional de dados pessoais somente é permitida (...) para países ou organismos internacionais que proporcionem grau de proteção de dados pessoais adequado ao previsto nesta Lei*”.

67. A avaliação do grau de proteção dos países será feita pela ANPD, que levará em consideração em sua análise: (i) as normas gerais e setoriais em vigor no país ou organismo internacional; (ii) a natureza dos dados; (iii) a observância de princípios gerais de proteção de dados e direitos dos titulares; (iv) a adoção de medidas de segurança; (v) a existência de garantias judiciais e institucionais para o respeito aos direitos de proteção de dados; e (vi) outras circunstâncias específicas que forem relevantes para a transferência. Assim, uma vez declarada a adequação do nível de proteção de determinado país ou organismo internacional, os controladores poderão transferir dados pessoais livremente para tal território, sem a necessidade de anuência da ANPD ou do titular.

68. Dada a influência europeia, é de se esperar que a ANPD utilize como referência o conceito europeu de “nível adequado de proteção”, por meio do qual se entende que um país não precisa assegurar nível de proteção idêntico, mas “substancialmente equivalente”. Nesse sentido, seria importante avaliar não somente o texto da lei, mas também os meios para se assegurar a proteção – particularmente a existência conjunta de uma Autoridade de Proteção de Dados Pessoais capaz de dar efetividade à tutela dos direitos dos titulares.

69. A título ilustrativo, ressalta-se que a Comissão Europeia, ainda à luz da Diretiva 95/46/EC havia reconhecido a adequação do nível de proteção dos seguintes países: Andorra, Argentina, Canadá, Ilhas Faroé, Guernsey, Israel, Jersey, Ilha de Man, Japão, Nova Zelândia, Suíça, Uruguai e Estados Unidos.

Cláusulas contratuais específicas

70. Na ausência de uma decisão da ANPD acerca do nível de proteção do país que receberá os dados pessoais, o controlador poderá realizar a transferência internacional, mediante cláusulas contratuais específicas, devidamente autorizada pela autoridade.

71. A LGPD não fornece maiores detalhes com relação aos procedimentos para a obtenção de referida autorização. Para os critérios de avaliação, a Lei dispõe 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]. Vale destacar, ainda, que quaisquer alterações substanciais em referidas cláusulas deverão ser comunicadas à ANPD.

Cláusulas-padrão contratuais

72. Outra hipótese prevista em lei para a transferência internacional de dados pessoais é a utilização de cláusulas-padrão contratuais. Tratam-se de cláusulas-modelo elaboradas pela ANPD, contendo as obrigações das partes envolvidas na transferência e os direitos dos titulares dos dados a serem transferidos.

73. Dessa forma, caso o controlador adote as cláusulas-padrão contratuais elaboradas pela autoridade, ele poderá realizar a transferência dos dados pessoais sem a necessidade da anuência da ANPD ou do respectivo titular.

74. A LGPD não traz maiores orientações acerca das cláusulas-padrão contratuais. Não obstante, acredita-se que a União Europeia deva influenciar, mais uma vez, a atuação da ANPD. No direito europeu, tais cláusulas são chamadas de *Standard Contractual Clauses* (SCCs) e divulgadas online pela Comissão Europeia em (https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/data-transfers-outside-eu/model-contracts-transfer-personal-data-third-countries_en).

75. Outro exemplo é o *Information Commissioner's Office* (ICO), autoridade responsável pela proteção de dados no Reino Unido. Ao tratar da transferência internacional e, mais especificamente, das cláusulas-padrão, a ICO orienta que as SCCs devem ser adotadas de forma integral e sem alterações. Além disso, ela instrui que seria possível incluir outras cláusulas relacionadas a questões comerciais, desde que elas não estejam em conflito com as *Standard Contractual Clauses*.

76. É importante esclarecer que embora a legislação (brasileira e europeia) fale em “cláusula”, os termos elaborados pela autoridade constituem em realidade um contrato por si só, contendo definições, direitos e obrigações.

77. A mencionada Diretiva 95/46/EC, que antecedeu o GDPR no regime de proteção de dados no direito europeu, já previa o uso das *Standard Contractual Clauses*. Ainda no âmbito da Diretiva, a Comissão Europeia aprovou o texto de três cláusulas-padrão. Espera-se que o Comitê Europeu para a Proteção de Dados elabore, em breve, novos modelos para serem adotados.

Normas corporativas globais

78. As chamadas “normas corporativas globais” são outra opção disponível para casos de transferência internacional de dados pessoais entre empresas do mesmo grupo econômico.

79. Elas são similares às *Binding Corporate Rules* (ou BCRs) do direito europeu. Nos termos do GDPR, uma das empresas do grupo submete sua política interna de proteção de dados pessoais para avaliação. A análise é feita pela autoridade nacional competente, conforme a localização da empresa.

80. Em geral, as BCRs devem conter os princípios de proteção de dados pessoais, como transparência, qualidade e segurança, os meios que garantem a efetividade da política interna do grupo (auditoria, treinamento, etc.) e mecanismos que comprovem que a política seja, de fato, vinculante para as empresas do grupo.

81. Caso o grupo tenha suas BCRs aprovadas, todas as transferências internacionais de dados pessoais intra-grupo passam a estar em conformidade com o GDPR, não sendo necessário obter nova autorização da autoridade para realizá-las.

82. Embora não esteja claro na Lei, acredita-se que a ANPD seguirá o padrão utilizado na Europa, conforme brevemente descrito acima. Não obstante, a LGPD menciona que o controlador deve oferecer e comprovar garantias de cumprimento dos princípios, dos direitos do titular e do regime de proteção de dados pessoais. Menciona-se, ainda, a obrigação de comunicar à autoridade quaisquer alterações substanciais feitas nas normas.

Selos, certificados e códigos de conduta

83. A transferência internacional de dados pessoais também estará autorizada quando as partes envolvidas na transferência possuam selo, certificado ou código de conduta validados pela ANPD. Evidentemente, tais certificações ainda não existem e devem ser adotadas após a ANPD passar a funcionar.

84. Nos termos do artigo 35, §1º da LGPD, serão considerados os requisitos, as condições e as garantias mínimas para a observância de direitos, garantias e princípios da Lei.

85. Ainda de acordo com a LGPD, a ANPD poderá designar organismos de certificação validar tais documentos, de modo que os atos destes organismos poderão sempre ser revistos e, eventualmente, anulados pela ANPD se necessário.

Cooperação jurídica internacional

86. A LGPD, por meio do inciso III do artigo 33, também autoriza a transferência internacional quando “*necessária para a cooperação jurídica internacional entre órgãos públicos de inteligência, de investigação e de persecução, de acordo com os instrumentos de direito internacional*”.

87. Trata-se de hipótese restrita, em que o interesse público se sobrepõe ao direito de privacidade dos titulares dos dados transferidos, sem aplicação direta para o setor privado.

Proteção da vida ou incolumidade física

88. Também prevista como uma base legal para o tratamento de dados, a proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro pode justificar a transferência internacional de dados pessoais.

Autorização da ANPD

89. Bastante genérico, o inciso V do artigo 33 dispõe que a transferência internacional de dados pessoais pode ser realizada “*quando autoridade nacional autorizar a transferência*”. Considerando-se o silêncio da Lei quanto aos procedimentos e critérios de avaliação, será necessário aguardar a edição de normas e diretrizes por parte da ANPD para que se possa ter melhor compreensão de que forma a autoridade pretende utilizar referida competência.

Acordo de cooperação internacional

90. O inciso VI do artigo 33 dispõe que: “[*a transferência internacional de dados pessoais somente é permitida*] (...) *quando a transferência resultar em compromisso assumido em acordo de cooperação internacional*”. Referido dispositivo contém um erro material, de modo que onde se lê “*resultar em*” deveria se ler “*resultar de*”. Assim, tal hipótese legal refere-se a transferências internacionais que advenham de compromissos assumidos em acordos de cooperação internacional.

Execução de política pública

91. Disponível apenas para a administração pública, a LGPD autoriza a transferência internacional de dados pessoais quando ela for necessária para a execução de alguma política pública ou atribuição legal do serviço público.

92. Nos termos da LGPD, é necessário garantir a devida publicidade de tal transferência, obedecendo-se os termos do artigo 23, I, que exige a prestação de “informações claras e atualizadas sobre a previsão legal, a finalidade, os procedimentos e as práticas utilizadas para a execução dessas atividades, em veículos de fácil acesso, preferencialmente em sítios eletrônicos”.

Consentimento

93. O consentimento do titular dos dados pessoais é outra opção disponível ao controlador para realizar a transferência internacional. De acordo com a LGPD, o consentimento deve ser obtido especificamente para tal fim, recebendo o devido destaque. Além disso, o titular deve receber informação prévia sobre o caráter internacional da operação, distinguindo claramente a transferência internacional das demais finalidades.

94. Ao estabelecer tais requisitos, o objetivo do legislador foi garantir que o titular dos dados pessoais dê seu consentimento para a transferência internacional de maneira informada e consciente. Não obstante os requisitos específicos relacionados ao consentimento aplicáveis à transferência internacional de dados, os demais requisitos da Lei também se aplicam.

95. Nos termos do artigo 5º, inciso XII, consentimento é a “*manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada*”. Para que a manifestação seja inequívoca, o consentimento deverá ser fornecido por escrito ou por outro meio que demonstre a manifestação de vontade do titular, conforme o caput do artigo 8º. Caso o consentimento seja fornecido por escrito, esse deverá constar de cláusula destacada das demais cláusulas contratuais.

96. O controlador deverá ser capaz de demonstrar que obteve o consentimento do titular. Isso porque é do controlador o ônus da prova de que o consentimento foi obtido em conformidade com a LGPD.

97. Outro ponto importante a ser destacado é o direito do titular de revogar seu consentimento, previsto no § 5º do artigo 8º, em que se lê:

Art. 8º (...)

§ 5º O consentimento pode ser revogado a qualquer momento mediante manifestação expressa do titular, por procedimento gratuito e facilitado, ratificados os tratamentos realizados sob amparo do consentimento anteriormente manifestado enquanto não houver requerimento de eliminação, nos termos do inciso VI do caput do art. 18 desta Lei.

98. A revogação do consentimento pelo titular não afeta, portanto, as operações de tratamento realizadas anteriormente ao pedido de revogação. No entanto, a LGPD chama atenção para o direito dos titulares de solicitar a eliminação de seus dados, inclusive daqueles que já teriam sido transferidos para outros países ou organismos internacionais.

Obrigação legal ou regulatória

99. A LGPD encerra o rol de hipóteses legais para a transferência internacional fazendo referência a 3 (três) das 10 (dez) bases legais disponíveis para o tratamento de dados pessoais. A primeira delas é o cumprimento de obrigação legal ou regulatória do controlador dos dados.

100. Tal hipótese não exige que o controlador identifique na legislação ou regulação uma obrigação que requeira especificamente a realização de atividade de tratamento de dados. A questão é que a única finalidade da transferência deve ser o cumprimento de uma obrigação legal ou regulatória do controlador.

101. A transferência internacional não poderá se basear no cumprimento de obrigação legal ou regulatória caso o controlador possa atender ao respectivo comando de outra forma.

102. A LGPD não especifica se essa obrigação legal ou regulatória seria exclusivamente brasileira, ou se o cumprimento com normas jurídicas de outros países igualmente autorizaria a transferência internacional nessa hipótese. A ANPD deverá emitir opinião esclarecendo tal ponto.

Execução de contrato

103. O controlador também poderá realizar a transferência internacional de dados pessoais, caso: (i) tenha celebrado um contrato com o titular dos dados e a transferência seja necessária para cumprir suas obrigações, nos termos do contrato; ou (ii) muito embora um contrato ainda não tenha sido celebrado, o titular dos dados tenha solicitado a execução de procedimentos preliminares e a transferência seja necessária para tanto.

104. É importante notar que é requisito essencial de tal hipótese que o titular dos dados transferidos seja parte do contrato em questão. Da mesma forma, o pedido para a execução dos procedimentos preliminares também deve partir do próprio titular e não de um terceiro. Ressalta-se, ainda, que o uso do termo “contrato” pela LGPD não deve ser entendido apenas como um instrumento formal, na forma escrita, assinado pelas partes. O termo tem um sentido mais amplo, abarcando todo tipo de acordo feito entre as partes, bem como as providências necessárias no

cotidiano de contratos de execução prolongada, tais como contratos de trabalho, desde que observados os requisitos mínimos legais.

105. Sendo assim, a partir de referida hipótese legal para a transferência internacional de dados, seria possível justificar todo tratamento de dados realizado no exterior que seja necessário para que o controlador possa cumprir as obrigações previstas em contrato celebrado com o titular e/ou atender às solicitações feitas pelo titular na fase pré-contratual.

106. Dessa forma, um controlador poderia justificar, com base na necessidade de execução de contrato, por exemplo, o processamento da folha de pagamento de seus funcionários no exterior. Nesse caso específico, a transferência internacional seria necessária para que o empregador (controlador dos dados pessoais) possa cumprir as obrigações inerentes ao contrato de trabalho celebrado com seus funcionários.

107. No mesmo sentido, caso o cumprimento de obrigações oriundas de contrato celebrado com clientes exija o processamento dos dados fora do território nacional, o controlador poderá se valer de referida base legal. Seria o caso, por exemplo, da contratação de serviços auxiliares à atividade do controlador, como e-mail corporativo gerenciado por terceiros e computação em nuvem.

108. Cumpre ressaltar que no GDPR foram impostas limitações ao uso da execução de contrato como base legal para a transferência internacional. Na Europa, os controladores somente poderiam fundamentar a transferência internacional de dados em execução de contrato de forma eventual (*i.e.*, não recorrente). Tal limitação, contudo, não se encontra presente na legislação brasileira, o que viabiliza o uso dessa base legal de forma mais abrangente.

Exercício regular de direitos

109. A última hipótese legal para transferência internacional de dados pessoais mencionada na LGPD é o exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral. Assim, caso o controlador seja parte em um processo de natureza judicial, administrativa ou arbitral no Brasil ou no exterior, ele poderá realizar a transferência internacional para que possa exercer seus direitos integralmente.

110. Por meio de tal hipótese legal, o legislador quis garantir que não fossem impostas barreiras no exercício do direito de defesa do controlador, seja ele exercido no território nacional ou fora dele.

111. Nesse sentido, com base no exercício regular de direitos, um controlador poderia, por exemplo, transferir dados para fora do território nacional quando necessário para obter aprovação de uma operação em órgãos reguladores ou preparar sua defesa em uma investigação.

112. Por fim, para facilitar o entendimento acerca de quais mecanismos de transferência internacional já podem ser utilizados pelos controladores, encontre abaixo uma tabela indicado quais mecanismos estão disponíveis e quais dependem da ANPD:

Disponíveis	Dependem de regulação posterior
<ul style="list-style-type: none">• Consentimento específico e em destaque para a transferência• Cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador• Execução de contrato com o titular ou procedimentos preliminares• Exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral• Proteção da vida ou incolumidade física do titular ou de terceiro	<ul style="list-style-type: none">• Para países com grau de proteção adequado à LGPD• Se a ANPD autorizar a transferência• Quando o controlador comprovar e garantir o cumprimento da LGPD por meio de:<ul style="list-style-type: none">Cláusulas contratuais específicasCláusulas-padrão contratuaisNormas corporativas globaisSelos, certificados e códigos de conduta regularmente emitidos

7.B. Seria possível estabelecer antecipadamente à manifestação da ANPD algum padrão mínimo dessas cláusulas, para que as instituições financeiras já comecem a trabalhar em seus documentos?

113. Tal qual mencionado na pergunta 7.A, as SCC elaboradas pelas autoridades europeias podem ser um bom ponto de partida para demonstrar boas práticas e a preocupação das instituições financeiras com questões envolvendo transferência internacional de dados. Todavia, tais cláusulas não poderiam, na ausência de manifestação da ANPD, ser consideradas como mecanismos válidos de transferência internacional, tão somente como boas práticas.

8. A Instrução CVM nº 617/19 e a Circular BACEN nº 3.978/20 determinam a coleta de informações pessoais de representantes legais de pessoas jurídicas para fins de PLDFT. Estas informações são entregues pelas pessoas jurídicas sem que as instituições financeiras tenham contato direto com estas pessoas naturais.

8.A. Conquanto seja possível enquadrar a necessidade de coleta de tais dados em diversos dispositivos do art. 7º da LGPD (obrigação regulatória, legítimo interesse, necessário para a execução de contratos, etc.), quais seriam os cuidados ou pontos de atenção – se é que haveria algum – para as instituições financeiras em relação aos seus clientes (as pessoas jurídicas) no fornecimento de dados pessoais de pessoas naturais com quem não têm relacionamento direto (os representantes legais dessas PJs)?

114. É importante que as instituições financeiras atuem para garantir transparência aos titulares de dados pessoais acerca da existência dessas atividades de tratamento. Considerando que não haverá relação direta com essas pessoas, sugerimos que as instituições considerem cláusulas específicas em seus contratos determinando que os clientes garantam transparência aos seus representantes legais acerca do compartilhamento de dados com as instituições financeiras, e as respectivas finalidades.

9. A Instrução CVM nº 617/19 autoriza a realização de cadastro simplificado, pelo qual as informações cadastrais de clientes estrangeiros serão coletadas por intermediário estrangeiro com quem o intermediário brasileiro mantém contrato (obrigando o intermediário estrangeiro a realizar o cadastro dos clientes, enviar informações mínimas, e encaminhar outros dados a requerimento dos reguladores).

9.A. Os direitos previstos na LGPD se aplicariam aos investidores não residentes que são cadastrados neste modelo (e que portanto não interagem diretamente com a entidade brasileira)?

115. A LGPD se aplicará a toda atividade de tratamento de dados pessoais que:

- I. seja realizada no território nacional;
- II. tenha por objetivo a oferta ou o fornecimento de bens ou serviços ou o tratamento de dados de indivíduos localizados no território nacional; ou

III. os dados pessoais objeto do tratamento tenham sido coletados no território nacional.

116. Sendo assim, se os dados dos investidores não residentes, ainda que coletados e cadastrados por intermediários estrangeiros, estiverem enquadrados em uma das hipóteses mencionadas acima, os direitos previstos na LGPD aplicar-se-ão de forma integral. Desta forma, ainda que não possua relacionamento direto com os investidores estrangeiros, caberá à entidade brasileira garantir o exercício dos direitos desses titulares.

9.B. Caso a resposta ao item anterior seja positiva, eles se aplicariam a todas as informações, ou apenas as que forem compartilhadas efetivamente com a entidade brasileira?

117. Os direitos mencionados na resposta anterior serão aplicáveis tão somente aos dados pessoais que se enquadrem nas hipóteses mencionadas anteriormente.

*** ** ** **

Permanecemos à disposição para prestar eventuais esclarecimentos adicionais que se fizerem necessários.

PINHEIRO NETO ADVOGADOS

Bruno Balduccini

André Giacchetta

Ciro Torres Freitas

Felipe Tucunduva van Heemstede

Marcelo Junqueira de Mello

Ana Cristina do Val Fausto

Kauê Almeida Curti

Alexandre de Arruda Machado