



Excelentíssima Senhora Deputada Bruna Furlan

Presidente da Comissão Especial destinada a proferir parecer à Proposta de Emenda à Constituição nº 17-A, de 2019, do Senado Federal, que *"altera a Constituição Federal para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais e para fixar a competência privativa da União para legislar sobre proteção e tratamento de dados pessoais"*

Excelentíssimo Senhor Deputado Orlando Silva

Relator na Comissão Especial destinada a proferir parecer à Proposta de Emenda à Constituição nº 17-A, de 2019, do Senado Federal, que *"altera a Constituição Federal para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais e para fixar a competência privativa da União para legislar sobre proteção e tratamento de dados pessoais"*

Com os mais elevados cumprimentos, o Laboratório de Pesquisa em Políticas Públicas e Internet da Universidade de Brasília (LAPIN/UnB) apresenta proposta de emenda à PEC nº 17/2019, considerando motivos de ordem técnica, jurídica, regulatória e política, demonstrados na justificção em anexo.

Brasília, 27 de novembro de 2019.

Laboratório de Pesquisa em Políticas Públicas e Internet da Universidade de Brasília
(LAPIN/UnB)¹

¹ Essa proposta é resultado do esforço conjunto do/as seguintes pesquisadores/as do LAPIN/UnB: Eduarda Costa Almeida, José Renato Laranjeira de Pereira e Thiago Guimarães Moraes.



PROPOSTA DE EMENDA À PEC 17/2019

Propõe alterar o art. 1º da PEC 17/2019 com vistas a garantir maior efetividade à proteção de dados pessoais enquanto direito fundamental, por meio da previsão de autoridade dotada de independência e autonomia administrativa.

Art. 1º O art. 1º da PEC nº 17/2019 passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 5º

.....
.....
XII-A – é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive por meio da atuação de uma autoridade supervisora permanente, dotada de independência funcional e autonomia administrativa, com jurisdição em todo o território nacional e competência para representação do Brasil quanto ao tema em âmbito internacional;”

OU

“XII-A – é assegurado o direito à proteção dos dados pessoais, nos termos da lei, que disporá sobre o regime de proteção de dados e a criação de uma autoridade supervisora permanente, dotada de independência funcional e autonomia administrativa, com jurisdição em todo o território nacional e competência para representação do Brasil quanto ao tema em âmbito internacional;” (inspirado no inciso XI do art 21)

.....
.....” (NR)

Brasília, em xxx de xxxxxx de 2019.

Deputado

JUSTIFICATIVA

A presente emenda propõe alterar o art. 1º da PEC 17/2019 com vistas a robustecer a previsão constitucional ao direito fundamental à proteção de dados pessoais por meio da previsão de autoridade supervisora dotada de independência e autonomia administrativa, características necessárias para dar efetividade ao regime de proteção de dados pessoais no território nacional. A defesa desse direito torna-se inviável sem uma autoridade independente e autônoma para atuar perante agentes controladores de dados pessoais, sejam eles privados ou públicos.

A proposta justifica-se por três principais razões:

- I. **importância do poder de supervisão (*oversight*)**, com garantia de atuação isonômica, tanto com relação a entes privados quanto aos entes públicos que realizem qualquer espécie de tratamento de dados pessoais;
- II. **adequação do Brasil ao cenário internacional de proteção de dados**, para inserção a nível global de sua economia digital; e
- III. **risco de captura regulatória**, na hipótese de uma autoridade não-independente.

Esses três argumentos serão discutidos a seguir.

(1) IMPORTÂNCIA DO PODER DE SUPERVISÃO (*OVERSIGHT*)

1a) Independência como elemento essencial de um mecanismo de *oversight*

A existência de uma autoridade de proteção de dados independente é requisito fundamental para a manutenção de um mecanismo de supervisão bem estruturado. Para alcançar tal independência e garantir a efetiva aplicação da lei sem a interferência de interesses políticos ou econômicos externos, é recomendado que a estrutura desse ente se apoie em uma combinação

dos métodos de supervisão adotados no âmbito administrativo, judicial e legislativo, a fim de ser capaz de garantir transparência, prestação de contas e imparcialidade.²

A autoridade supervisora deve realizar o acompanhamento gerencial da concretização dos direitos fundamentais mediante opções regulatórias de encaminhamento do setor regulado.³ Desse modo, **a independência é elemento essencial** para que a autoridade seja capaz de **efetivar um controle regulatório sobre interesses políticos e mercadológicos** para, de fato, exercer supervisão.

A respeito do papel da regulação para a efetiva proteção de direitos fundamentais, o professor Márcio Aranha indica que “*o pressuposto do Estado Regulador [...] é a compreensão da intervenção estatal como garantia de preservação das prestações materiais essenciais à fruição dos direitos fundamentais*”⁴. Essa intervenção deve ser feita por uma autoridade independente, capaz de garantir a proteção dos direitos fundamentais a partir do alinhamento de interesses políticos e econômicos.

1b) Diferença entre autonomia administrativa e independência

Embora o art. 55-B da Lei nº 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais - LGPD) assegure autonomia técnica e decisória à ANPD, isso não é suficiente para o pleno exercício de suas funções. Existe uma **relevante diferença entre autonomia administrativa e independência**. A primeira “*é inerente a qualquer entidade da administração indireta, em razão do fato de receber, por lei, uma personalidade jurídica própria*”⁵. Já uma autoridade

² MORAES, T. G.s. **A Spark of Light in the Going Dark: Legal Safeguards for Law Enforcement’s Encryption Circumvention Measures**. 2019. Dissertação (Master Thesis in the Law and Technology LLM Program), Tilburg (NL) – Jun/2019, pag. 41.

³ ARANHA, Márcio Iório. **Manual de direito regulatório: Fundamentos de direito regulatório**. 3ª edição. London: Laccademia Publishing, 2015, p. 73.

⁴ Ibidem.

⁵ SOUTO, Marcus Juruena Villela. **As Agências reguladoras e os princípios constitucionais**. Revista de Direito Constitucional e Internacional, [S. l.], p. 220 - 234, mar. 2007.

independente é aquela que possui força para “*repudiar a intervenção político-partidária nos critérios técnicos de busca*”⁶ de equilíbrio entre interesses conflitantes.

Desse modo, é necessário o elemento de independência à ANPD, visto que autonomia não é suficiente para garantir proteção à autoridade contra intervenções externas. Para que a autoridade tenha a capacidade de se blindar contra a influência de grupos de pressão, devem estar presentes elementos como **independência decisória, garantia de estabilidade durante os mandatos de seus membros e autonomia financeira e gerencial**⁷.

1c) A independência da ANPD é consenso entre diversos *stakeholders* por ser a solução para evitar conflitos de interesse e permitir o crescimento da economia digital brasileira

Na audiência pública realizada pela Comissão Mista da Medida Provisória nº 869/2018⁸ em 09/04/2019, houve consenso entre os representantes multissetoriais presentes quanto à constatação de que **a efetividade e funcionalidade à LGPD somente será possível com a existência de uma autoridade independente.**⁹

O representante do Ministério da Economia, Paulo Spencer, afirmou que a LGPD garante segurança jurídica aos brasileiros para interagirem com o mundo digital. Nesse sentido, cabe à ANPD regulamentar de forma técnica e avaliar, nos casos concretos, a implementação da lei. Além disso, Paulo Spencer apontou o risco de a LGPD entrar em vigência sem uma autoridade

⁶ Ibidem.

⁷ WALD, Arnaldo & DE MORAES, Luiza Rangel. **Agências Reguladoras**. Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/457/r141-12.pdf?sequence>. Acesso em 22 de nov. de 2019.

⁸ SENADO FEDERAL. **Proteção de dados pessoais**. 2019. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/ecidada/visualizacaoaudiencia?id=15393>>. Acesso em: 19 de nov. de 2019.

⁹ Convidados presentes na audiência:

Paulo Spencer- Secretário Especial da Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital do Ministério da Economia

Bia Barbosa- Representante da Coalizão Direitos na Rede

Felipe Cascaes Sabino Bresciani- Subchefe Adjunto Executivo da Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República

Laura Schertel- Professora da Universidade de Brasília

Fabício da Mota Alves- Advogado

Vitor Moraes de Andrade- Representante da Associação Brasileira de Marketing Direto - ABEMD

Confederação Nacional da Indústria - CNI

estruturada e capaz de emitir regulamentos ao mercado e às entidades que operam, armazenam e processam dados pessoais.

Em concordância ao explicitado, Felipe Bresciani, representante da Casa Civil da Presidência da República, defendeu a importância de uma autoridade robusta, independente e autônoma para o bom desenvolvimento da proteção prevista na LGPD.

Bia Barbosa, representante da organização da sociedade civil Coalizão Direitos na Rede - CDR, apresentou pesquisa da Universidade de *New South Wales* que demonstra como regimes de proteção de dados pessoais só foram efetivos em ordenamentos em que as autoridades eram independentes.¹⁰ A representante da CDR citou também como a legislação de proteção de dados pessoais da Argentina teve pouca efetividade por anos, até que o sistema foi reformado para conceder independência à autoridade supervisora.

A professora Dra. Laura Schertel, especialista em privacidade e proteção de dados da Universidade de Brasília, explicou que a Presidência da República não seria o *locus* adequado à ANPD, devido ao risco de não conseguir exercer suas atividades de forma plena, ante a possibilidade de intervenção externa por entes estatais. Por essa razão, sugeriu que a autoridade fizesse parte da administração indireta, de modo a não ter suas decisões subordinadas a outros órgãos.

O setor privado, por sua vez, foi representado pela Associação Brasileira de Marketing Direto (ABMD) e pela Confederação Nacional da Indústria (CNI), que também destacaram a relevância de uma ANPD vinculada à administração pública indireta como forma de viabilizar e auxiliar o desenvolvimento de negócios com atores internacionais.

Essas instituições apresentaram o entendimento de que, no plano internacional, especialmente no comércio exterior, a falta de independência da ANPD seria um entrave para o compartilhamento de dados com outras regiões do globo, como a União Europeia. Isto porque o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados europeu (RGPD) prevê que empresas de fora da

¹⁰ UNSW Law. **Global Data Privacy 2019: DPAS, PEAS, and their networks**. 2019. Disponível em: <<http://www5.austlii.edu.au/au/journals/UNSWLRS/2019/68.pdf>>. Acesso em: 19 de nov. de 2019.

União que pretendam tratar dados coletados no continente devem garantir grau de proteção similar ao da Europa. Uma vez que a previsão de uma autoridade independente é basilar para a legislação europeia, previsão similar no ordenamento jurídico brasileiro seria fundamental para garantir a adequação entre LGPD e RGPD, de modo a impedir futuros entraves nas relações econômicas com o bloco.

Ademais, as entidades também frisaram que a **Organização de Cooperação e de Desenvolvimento Econômico (OCDE)** recomenda que autoridades supervisoras sejam independentes e possuam mecanismos que permitam a tomada de decisões livres de influências que comprometam a imparcialidade, objetividade e integridade da instituição¹¹.

1d) Estrutura atual da ANPD em posição hierárquica inferior a órgãos da Administração Direta

O processo legislativo que levou à promulgação da LGPD foi marcado por intensos debates, concessões e acordos realizados por atores do setor privado, da academia, de organizações da sociedade civil e do governo, que inspiraram a criação de uma autoridade independente e autônoma no primeiro texto aprovado pelo Congresso Nacional. No entanto, a realidade orçamentária influenciou a modificação da estrutura da autoridade.

A ANPD passou então, nos termos do art. 55-A, da Lei nº 13.709/2018, a ser órgão da administração pública federal **direta** subordinada à Presidência da República e cujo provimento de cargos e funções está subordinado à expressa autorização física e financeira na lei orçamentária anual e à permissão na lei de diretrizes orçamentárias.

Apesar da necessidade de se compatibilizar o cenário de restrição orçamentária com a premente necessidade de se garantir independência à ANPD, a lei buscou previsões que garantissem tal requisito, ainda que em médio prazo. Para tanto, ainda que com dificuldade de implementação prática, a LGPD previu “*autonomia técnica e decisória*” à autoridade (art. 55-B)

¹¹ OECD. **The OECD privacy Framework**. 2013. Disponível em: <https://www.oecd.org/sti/ieconomy/oecd_privacy_framework.pdf>. Acesso em: 26 nov. 2019, pag. 28.

e determinou que sua natureza jurídica fosse revista em até dois anos da entrada em vigor da estrutura regimental da ANPD (art. 55-A, §1º).

Tais previsões, por si sós, demonstram que a lei buscou compatibilizar os interesses e condições existentes à época. Contudo, muitos são os questionamentos sobre se a Autoridade, na prática, conseguirá atuar de modo autônomo da forma como está estruturada, inclusive perante o próprio Poder Executivo Federal, ao qual está hierarquicamente subordinada.

Existem diversas competências previstas no art. 55-J da LGPD que só poderão ser efetivamente exercidas se a ANPD detiver efetiva independência, pois deverá ser capaz de exercê-las sem estar refém de interesses políticos ou econômicos.

Nesse ponto, destacam-se a missão educativa da autoridade, bem como a de fiscalizar e aplicar sanções por violações à proteção de dados, seja por entes públicos ou privados. Além disso, detém o poder de apreciar reclamações de titulares de dados contra controladores de dados, incluindo a Casa Civil e demais órgãos públicos e o poder de aplicar sanções contra práticas ilegais envolvendo tratamento de dados. Tudo isso de acordo com o **princípio de mínima intervenção nas relações econômicas**, nos termos do art. 55-J, §1º, da Lei nº 13.709/2018.

Contudo, o fato de a autoridade ter sido criada como ente da administração direta, integrante da Presidência da República, leva à sua inevitável subordinação à estrutura hierárquica da Casa Civil. Diante disso, o efetivo exercício das competências acima listadas torna-se inviável, uma vez que, na prática, seria no mínimo *sui generis* **a possibilidade de a autoridade supervisionar um órgão hierarquicamente superior**.

Tal realidade demonstra-se ainda mais perceptível diante da estrutura hierárquica atribuída ao órgão máximo da autoridade pela LGPD. Isso porque, de acordo com o art. 55-D, da Lei nº 13.709/2018, os membros do Conselho Diretor da ANPD ocuparão cargo em comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores - DAS, no mínimo, de nível 5.

De acordo com o Sistema de Informações Organizacionais - SIORG,¹² haveria cerca de dois níveis hierárquicos acima de um DAS de nível 5, em geral um DAS de nível 6 e os cargos de Natureza Especial (NEs). Isso significa que atividades coordenadas por Ministros de Estado (geralmente, NEs) e seus secretários (tradicionalmente ocupantes de DAS de nível 6), estariam em níveis superiores ao do poder da entidade. A título de comparação, os conselheiros do Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência - CADE têm DAS de nível 6 ou, no caso de seu Presidente, um cargo de nível NE, nos termos do art. 124, da Lei n. 12.529/2012.

O exemplo é ilustrativo apenas para se perceber que, de acordo com a estrutura de cargos atual do Poder Executivo Federal e com o cenário de restrição orçamentária atualmente vivenciado quanto à criação da autoridade, tudo indica que o mais alto cargo da ANPD será um DAS nível 5, o que não coloca seus mais altos membros em posição de paridade com os chefes de outros órgãos (i.e. Ministérios) que a entidade deverá fiscalizar.

Isso significa que o ente responsável por zelar pelo direito fundamental à proteção de dados pessoais e fiscalizar, regular e sancionar controladores desses dados, incluindo o governo e grandes empresas, será dotado de pouca ou quase nenhum poder efetivo de supervisão (*oversight*) dentro da administração pública direta.

Percebe-se, portanto, que o nível de independência a ser exercido pela futura autoridade de dados brasileira ainda não é o desejável, e apresenta sérios riscos à efetiva garantia da proteção de dados pessoais como direito fundamental. Desse modo, **a previsão de uma autoridade independente na Constituição Federal configura-se como elemento essencial à efetividade do direito fundamental à proteção de dados pessoais que a PEC 017/2019 visa a garantir.**

Não bastasse isso, a falta de estatura constitucional da ANPD tem um agravante a mais em relação a, por exemplo, outras agências reguladoras. Por poder exercer sua competência em

¹² Informações Organizacionais. Tabela de Remuneração de Cargos Comissionados. Disponível em: <https://siorg.planejamento.gov.br/siorg-cidadao-webapp/pages/listar_cargos_funcoes/listar_cargos_funcoes.jsf>. Acesso em: 26 nov. 2019.

relação a órgãos das administrações públicas direta e indireta e também dos poderes legislativo e judiciário, suas atribuições podem vir a colidir com os de órgãos de estatura constitucional.

Um exemplo é o Conselho Nacional de Justiça - CNJ, que tem como competência o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário, nos termos do art. 103-B, §4º, da Constituição. Por isso, tem o poder de fiscalizar a atuação de órgãos como cartórios, controladores de imensa quantidade de dados pessoais.

Uma vez sendo os cartórios vinculados ao controle do CNJ, a ausência de previsão constitucional da ANPD pode gerar discussões a respeito de qual das duas entidades terá jurisdição sobre cartórios. Isso causaria uma forte sensação de insegurança jurídica dentro do poder público e agravaria a ausência de assertividade e efetividade quanto às decisões de uma autoridade, cuja própria lei não lhe atribui o grau de independência necessário para exercício de suas funções.

(2) INDEPENDÊNCIA DA ANPD COMO UM DOS REQUISITOS PARA A ADEQUADA INSERÇÃO DO BRASIL NA ECONOMIA DIGITAL

2a) Fluxo internacional de dados como a forma mais valiosa de integração econômica internacional da atualidade

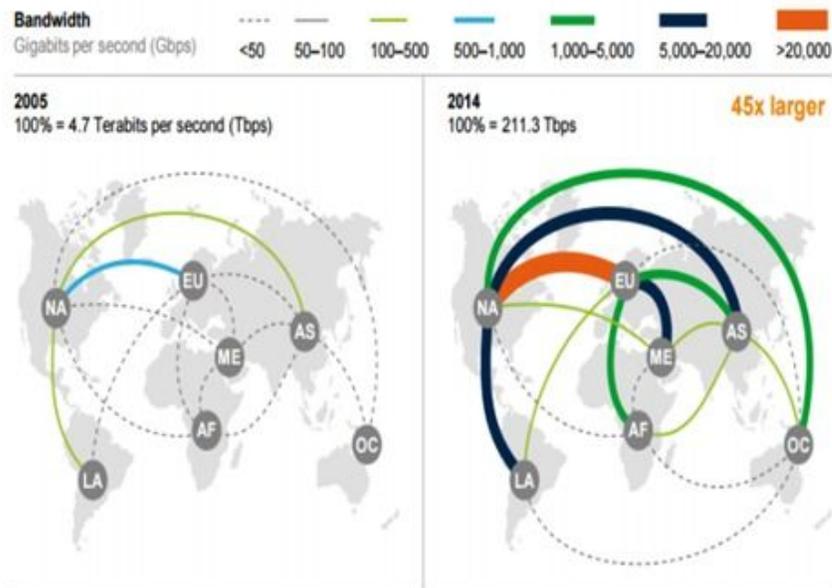
Vivemos atualmente num mundo conectado, baseado em dados e pautado na economia digital, que já nasce global. Segundo relatório do McKinsey Global Institute (MGI),¹³ embora o comércio global de mercadorias tenha se achatado e os fluxos de capitais transfronteiriços tenham diminuído acentuadamente desde 2008, a globalização não está se revertendo. Na realidade, estamos entrando em uma **nova fase definida pelo aumento dos fluxos de dados e informações**:

¹³ MANYIKA, James; et al. **Digital globalization: The new era of global flows**. 2016. Disponível em: <<https://www.mckinsey.com/business-functions/mckinsey-digital/our-insights/digital-globalization-the-new-era-of-global-flows>>. Acesso em: 25 nov 2019.



Crescimento de fluxo de dados a nível global, de 2005 a 2014 (Fonte: McKinsey, 2016).

O relatório registra que os fluxos digitais - praticamente inexistentes há 15 anos - agora exercem impacto maior no crescimento do PIB do que o comércio secular de mercadorias. A quantidade de largura de banda transfronteiriça usada aumentou 45 vezes desde 2005. Ademais, prevê-se aumento adicional de nove vezes nos próximos cinco anos, à medida que os fluxos de informações, pesquisas, comunicação, vídeo, transações e tráfego entre empresas continuam a aumentar.



Expansão da banda larga para exercer fluxo de dados, de 2005 a 2014 (Fonte: McKinsey, 2016).

O relatório ainda aponta que, além de transmitir fluxos de informações e idéias, os fluxos de dados permitem a circulação de mercadorias, serviços, finanças e pessoas. Praticamente todo tipo de transação transfronteiriça agora possui um componente digital.

Nesse sentido, os **fluxos internacionais de dados exercem papel preponderante sobre a inserção de qualquer nação no comércio mundial, e a garantia de regras de alto padrão para a transferência internacional de dados pessoais será preponderante para determinar o nível de inserção de um país na economia digital global.**

2b) Um sistema de alto nível de proteção de dados pessoais integra os requisitos para adesão do Brasil à OCDE

O atual governo federal tem manifestado publicamente interesse em aderir à Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)¹⁴. De forma a enviar mensagem

¹⁴ HESSEL, Rosana; SOARES, Ingrid. **Brasil na lista de espera: adesão à OCDE ainda vai demorar. 2019.** Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/economia/2019/10/11/internas_economia_796583/brasil-na-lista-de-espera-adesao-a-ocde-ainda-vai-demorar.shtml>. Acesso em: 26 out. 2019.

positiva à organização, é muito importante que nosso país **se adeque às recomendações** estabelecidas pela OCDE, expressas pelos documentos [*OECD Privacy Guidelines*](#), de 1980, e pela [*OECD Privacy Framework*](#), de 2013.

Essas recomendações estabelecem uma série de diretrizes relativas à **proteção da privacidade e do fluxo transfronteiriço de dados pessoais**. Por meio delas, a organização reconhece que dados pessoais criam novas relações entre países e contribuem para seu desenvolvimento econômico e social. Justamente por isso, recomenda que os Estados-Membros sigam padrões internacionais não só para assegurar a privacidade, mas também a própria proteção e transmissão internacional de dados, de modo a garantir segurança jurídica para que atores públicos e privados realizem negócios transfronteiriços.

No que diz respeito à autoridade de proteção de dados, a OCDE recomenda, entre outros itens, a criação de uma autoridade protetora da privacidade nos níveis mais altos da administração pública, com poderes para conduzir investigações e aplicar sanções de forma efetiva, objetiva, imparcial e consistente¹⁵.

2c) Importância da LGPD para a transferência internacional de dados e seus reflexos para a economia digital

De forma a **proteger sua economia digital**, é muito importante para o Brasil que sua legislação de proteção de dados esteja em plena eficácia, de forma a tornar possível aplicar as **regras sobre transferência internacional de dados pessoais**. Estas regras estão bem delimitadas nos artigos 33 a 35 da LGPD, e visam garantir que os parceiros econômicos internacionais estejam alinhados a nossa legislação.

¹⁵ Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico. **Recommendation of the Council concerning Guidelines governing the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data** (2013). Disponível em <https://www.oecd.org/sti/ieconomy/2013-oecd-privacy-guidelines.pdf>, pp. 11, 13 e 17. Acesso em 26 de nov. 2019.

De uma forma reflexa, regiões que já adotam legislações robustas de proteção de dados (como a Europa ou o Estado da Califórnia) exigem regras similares. Isso significa que **empresas de tecnologia internacionais darão preferência a realizar negócios com as empresas de ordenamentos jurídicos que adotam regimes de proteção de dados similares**. Um ótimo exemplo é a Microsoft, que anunciou publicamente que irá priorizar parceiros que adotem políticas de proteção de dados transparentes e efetivas.¹⁶

Ademais, nota-se uma **tendência mundial** quanto à adoção de acordos bi/multilaterais sobre transferência internacional de dados. A União Europeia e os Estados Unidos regulam suas operações de transação de dados de acordo com o **Privacy Shield**.¹⁷ Do outro lado do globo, a Cooperação Econômica Ásia Pacífico adotou o **Sistema CBPR** (Cross-Border Privacy Rules) para lidar com as questões relacionadas com o fluxo transfronteiriço de dados pessoais.

Durante a Audiência Pública de 26 de novembro de 2019, que ocorreu na Comissão Especial que discutiu a PEC 17/2019, o Embaixador da União Europeia, Ignacio Ybáñez, destacou o Acordo de Adequação Mútua entre União Europeia e Japão, que permite o livre fluxo de dados entre as partes sem mecanismos dispendiosos como contratos e certificações de suas empresas. O acordo permitiu maior desenvolvimento do comércio entre o bloco europeu e a nação japonesa, e beneficiou inclusive pequenas e médias empresas. Ao fim de sua fala, o embaixador convidou o Brasil a tomar passo semelhante para aprofundar suas relações com a União¹⁸.

Isso deixa mais que claro que, **se o Brasil não adotar rapidamente uma postura adequada, suficientemente protetiva e em par com os padrões internacionais** quanto ao seu regime de proteção de dados, **poderá perder muitas oportunidades** de desenvolver sua economia digital a nível internacional.

¹⁶ MICROSOFT. **Microsoft will honor California's new privacy rights throughout the United States**. 2019. Disponível em: <<https://blogs.microsoft.com/on-the-issues/2019/11/11/microsoft-california-privacy-rights/>>. Acesso em: 26 out. 2019.

¹⁷ PRIVACY SHIELD. 2019. Disponível em: <<https://www.privacyshield.gov/welcome>>. Acesso em: 26 nov. 2019.

¹⁸ Câmara dos Deputados. Reunião Deliberativa Ordinária - 26/11/2019. <https://www.camara.leg.br/evento-legislativo/58789>. Acesso em: 26 nov. 2019.



LAPIN
LABORATÓRIO DE POLÍTICAS
PÚBLICAS E INTERNET



2d) Proteção de Dados é tema relevante na política internacional - Declarações do Relator Especial de Privacidade da ONU

As Nações Unidas, no artigo 17 da **Convenção Internacional sobre Direitos Civis e Políticos** (*International Covenant on Civil and Political Rights*, ICCPR), estabelecem que "*ninguém será sujeito a interferências arbitrárias ou ilegais em sua **privacidade**, família, lar ou correspondência, nem a ataques ilegais à sua honra e reputação.*"

Por outro lado, embora a ONU ainda não tenha adotado expressamente o direito à proteção de dados em suas convenções, ela possui um Relator Especial do direito à privacidade¹⁹ (*UN Special Rapporteur on the right to privacy*) que já expressou em diversos relatórios a **importância da adoção de uma postura internacional para a proteção dos dados pessoais**: em 2018, ele recomendou que os países aderissem à Convenção 108 (ver abaixo),²⁰ solicitou consulta pública no tratamento de dados abertos e *big data*²¹ e, mais recentemente, em 2019, alertou para preocupações a respeito da privacidade no tratamento de dados de saúde.²²

(3) UMA AUTORIDADE NÃO-INDEPENDENTE CORRE ALTO RISCO DE CAPTURA REGULATÓRIA

Com a crise do Estado-Social, marcada pela globalização, pelas dificuldades fiscais e pela proliferação da doutrina neoliberal, ascende o Estado pós-moderno, Regulador ou ainda

¹⁹ OHCHR. **Special Rapporteur on the right to privacy**. Disponível em:

<<https://www.ohchr.org/EN/Issues/Privacy/SR/Pages/SRPrivacyIndex.aspx>>. Acesso em: 26 nov. 2019.

²⁰ UN. **UN Special Rapporteur on the right to privacy calls on countries to accede to Convention 108+**. 2018. Disponível em:

<<https://www.coe.int/en/web/data-protection/-/un-special-rapporteur-on-the-right-to-privacy-calls-on-countries-to-accede-to-convention-108->>. Acesso em: 26 out. 2019.

²¹ OHCHR. **United Nations Special Rapporteur on the right to privacy Big Data-Open Data interim report Consultation**. 2018. Disponível em:

<https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Privacy/SR_Privacy/ConsultationBDODReportDec2017.pdf>. Acesso em: 26 out. 2019.

²² OHCHR. **UN expert warns of enormous privacy concerns over health data as he unveils international protection standards**. 2019. Disponível em:

<<https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25221&LangID=E>>. Acesso em: 26 out. 2019.

Neoliberal²³. Para Márcio Iorio Aranha, esse Estado regulador consideraria tanto o mercado quanto a intervenção estatal como “*variáveis, cujo comportamento interfere nos rumos tomados por uma Administração Pública gerencial em prol da consecução dos direitos fundamentais*”²⁴.

Desse modo, o poder público se torna responsável pela interlocução com a sociedade, principalmente com os atores sociais diretamente envolvidos no desenvolvimento de atividades econômicas. Assim, processos decisórios são resultado de um arranjo complexo de interações entre os envolvidos, podendo ser fortemente afetados pelos grupos que tenham mais poder de influência.

Sobre tal aspecto, entre as teorias regulatórias, desenvolveram-se as **Teorias do Interesse Privado**, que chamam atenção para o risco de que o resultado concreto da regulação seja apenas a sedimentação dos anseios dos agentes regulados. Em uma vertente política, as teorias do interesse privado apontam também para a regulação como decorrência da atuação de grupos organizados com a finalidade de influenciar o processo de formulação político-decisório, apresentando versões privadas de interesse público²⁵.

Entre elas, destaca-se a **Teoria da Captura ou Modelo Cíclico** (*Capture Cyclical model*), a partir de casos em que reguladores e regulados apenas atingiam consenso quando o ente regulatório era capturado pelos interesses dos regulados. Nessa teoria, portanto, regulação seria um meio de proteger os interesses privados em detrimento dos consumidores e novos entrantes no mercado²⁶.

Segundo Aranha, nessa linha estaria também a **Teoria da Public Choice**, que entende que grupos de interesses “*competiriam por bens regulatórios, ou mais friamente, pela compra de legislação de políticos e burocratas, bem como outras medidas regulatórias para o benefício de*

²³ WIMMER, Miriam. **Pluralismo jurídico e as transformações do Estado contemporâneo**. Revista de Direito Público da Economia, v. 20, p. 183-207, 2007, p. 6-8

²⁴ ARANHA, Márcio. **Manual de Direito Regulatório: Fundamentos de Direito Regulatório**. 4ª Edição. London: Laccademia publishing, 2018, p. 67.

²⁵ LUND, Luana. **Teorias ciberregulatórias e o caso brasileiro. Entre regulação e governança**. Dissertação. Mestrado. Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, Brasília, 2019.

²⁶ MURRAY, Andrew. **The Regulation of Cyberspace: Control in the Online Environment**. Routledge-Cavendish, 2007, p. 35-36.

seus interesses privados”, o que geraria incentivos à cooptação de reguladores para garantia de atuação em benefício de alguns grupos²⁷.

Tais receios são plenamente fundados, considerando que a complexidade do esquema de forças e o peso do poder econômico e político pode significar grande risco de captura da autoridade reguladora por empresas e pelo próprio governo. Com vistas a estabelecer mecanismos de controle para evitar esse quadro, no Brasil, a partir da inspiração nas experiências americana e europeia, as autoridades reguladoras surgiram a partir de estrutura especializada e descentralizada da atuação estatal, com poderes de **supervisão, fiscalização e normatização de atividades**²⁸.

Contudo, esta não seria a única medida necessária para garantir a não captura e a não subordinação política e econômica. Aspectos como autonomia orçamentária e decisória (órgão máximo da autoridade como última instância), bem como a previsão de inamovibilidade de seus membros, são aspectos fundamentais para se estabelecer garantias contra a captura de autoridades reguladoras.²⁹

E, por óbvio, tal independência em nenhum momento significaria arbítrio ilimitado, pois estaria sempre vinculada, por um lado, à realização do interesse público e do usuário, e, por outro, à eficiência da atividade regulada. Tais objetivos são colocados sob a tutela do Estado pelo fato de prevalecerem tanto sobre a mera maximização dos lucros, do ponto de vista do setor privado, quanto sobre a maximização das receitas fiscais, do ponto de vista estatal³⁰.

Desse modo, verifica-se que muitas das características necessárias à não captura da autoridade de dados pessoais pelos poderes econômicos e políticos, pelas empresas e pelo governo, não estão presentes na estrutura prevista pela LGPD para a futura ANPD.

²⁷ ARANHA, Márcio. **Manual de Direito Regulatório: Fundamentos de Direito Regulatório**. 4ª Edição. London: Laccademia publishing, 2018, p. 36.

²⁸ ARANHA, Márcio. **Manual de Direito Regulatório: Fundamentos de Direito Regulatório**. 4ª Edição. London: Laccademia publishing, 2018, p. 97.

²⁹ Ibidem, p. 106

³⁰ Ibidem, p. 106 e 111.

Tal realidade não apenas gerará dificuldades concretas para atuação da Autoridade frente ao governo e a empresas, mas ampliará o risco de inefetividade ou demora na eficácia de suas decisões, pois a estrutura prevista atualmente gera espaço para recorrentes questionamentos quanto às determinações da Autoridade, com tendência de grande esforço e gasto de recursos da ANPD para assegurar a efetividade de suas atribuições e de seu papel legal.

Assim, ao invés de estar exercendo seu papel de garantir o direito fundamental à proteção de dados pessoais, a Autoridade estará antes ocupada em firmar, junto a todas instituições políticas e jurídicas, o seu papel de ente regulador do tema, sua necessária autonomia e as razões pelas quais sua atuação deve ser garantida no ordenamento jurídico brasileiro.

(4) CONCLUSÃO

Como demonstrado, apenas uma Autoridade Nacional de Proteção de Dados independente será capaz de exercer supervisão do setor e de garantir aplicação da LGPD para promover o adequado tratamento de dados pessoais. Somente com uma entidade reguladora não subordinada será possível assumir a função de zelar pela proteção de dados pessoais e fiscalizar as operações de tratamento de dados por meio de ampla supervisão. Essa independência se reflete em aspectos econômicos e internacionais quanto à devida aplicação da Lei de proteção de dados.

Para o pleno exercício de competências educacionais, fiscalizatórias e sancionatórias, a previsão de uma autoridade de proteção de dados independente na Constituição Federal configura-se como elemento integrante da promoção desse direito, considerando:

- (i) a importância de se garantir **poder de supervisão** à Autoridade, com independência (não apenas autonomia), para cumprir suas competências;
- (ii) a independência como um dos requisitos para adequada **inserção do Brasil na economia digital**, já que o fluxo internacional de dados tem se mostrado a forma mais valiosa de integração econômica internacional da atualidade. Nesse cenário,

somente um alto nível de proteção de dados pessoais permitirá adequada inserção do país na economia global; e

(iii) o alto **risco de captura de uma autoridade não-independente**, tendo em vista que muitas das características necessárias à superação de influências econômicas e políticas externas, seja por empresas ou pelo governo, não estão presentes na estrutura prevista pela LGPD para a futura ANPD.

Tal noção é corroborada pelas recomendações da OCDE citadas acima. A organização é clara ao demonstrar como a proteção de dados e a defesa da privacidade são elementos essenciais para o desenvolvimento econômico e social de países. Levando em conta o interesse expresso do governo federal em tornar-se um Estado-Membro do grupo, é vital levar em conta seu posicionamento. Além disso, é de extrema relevância que a regulação do setor seja feita por uma autoridade especializada, de modo a garantir a concretização de direitos fundamentais, como o defendido por essa PEC.

A ANPD, como está estruturada hierarquicamente na Lei nº 13.709/2018, não está em conformidade com o efetivo exercício de suas competências de forma livre e independente, já que prevê a incomum possibilidade de supervisionar um órgão hierarquicamente superior e, ainda, é formada por servidores em posição hierárquica não correspondente às atividade que exercem.

Nesse sentido, para evitar que a garantia do direito à proteção de dados pessoais seja prejudicada pela ausência do nível de independência necessário para que a ANPD cumpra com todas as competências que lhe são atribuídas, é necessário assegurar sua independência. Só assim o Brasil poderá se posicionar adequadamente face à economia digital global, cumprindo todo seu potencial de desenvolvimento.

Brasília, em xxx de xxxxxx de 2019.

Deputado