



Nota Técnica sobre a Medida Provisória nº 869/2018

Alexandra Krastins Lopes
Gabriel Araújo Souto
Karoline Rodrigues de Moraes
Thiago Moraes

Resumo executivo da Nota Técnica

Introdução (p. 1)	Descrição do teor da Nota Técnica e de sua intenção no fomento e aprimoramento da MP 869.
Por que a MP 869 vai de encontro aos interesses do novo governo? (p. 1)	Explicação de como a redação da MP 869 contradiz a agenda econômica do atual governo e como a independência da ANPD fortaleceria a política liberal.
O modelo regulatório das autoridades europeias (p. 2)	Descrição do funcionamento de autoridades de proteção de dados internacionais e como a independência delas são essenciais para as suas atuações.
A opinião dos stakeholders durante a elaboração da LGPD (p. 3)	Breve panorama sobre a perspectiva dos setores sociais sobre a independência da ANPD.
Por que uma ANPD autárquica? (p. 4)	Embasamento argumentativo da independência da ANPD com base nos diplomas normativos brasileiros.
Como uma ANPD autárquica beneficiaria cada setor? (p. 5)	Demonstração dos efeitos positivos da ANPD autárquica em cada setor da sociedade.
Conclusão (p. 6)	Considerações finais sobre o tema e sugestões de modificação de artigos da LGPD introduzidos pela MP 869.

1. Introdução

A presente **Nota Técnica** tem por objetivo apresentar subsídios para o aprimoramento do texto da MP nº 869/2018 de maneira a fomentar discussões no processo de apreciação da matéria pelo Congresso Nacional. As propostas apresentadas decorrem de diagnóstico feito pelo Laboratório de Pesquisa em Políticas Públicas e Internet da Universidade de Brasília (Lapin/UnB), grupo de pesquisa da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília coordenado pela professora Ana Cláudia Farranha.

O ponto de partida da análise são as modificações propostas pela medida provisória no que cerne a Agência Nacional de Proteção de Dados (ANPD). Este parecer argumenta que é **essencial que a ANPD possua independência política, administrativa, técnica e financeira, o que não é garantido no modelo proposto pela MP nº 869/2018**. No modelo administrativo brasileiro, **a melhor resposta para a criação de uma autoridade independente é o regime autárquico**. Esta independência é **fundamental para se alinhar à política econômica liberal do atual governo**. A nota também compara o regime de proteção de dados brasileiro ao europeu, e avalia a importância da independência da ANPD para os diferentes setores da sociedade. A nota conclui sugerindo a revogação de alguns artigos da MP nº 869/2018 e a restauração de certos dispositivos presentes na versão final do Projeto de Lei da Câmara nº 53/2018, predecessor da atual Lei nº 13.709/2018, a Lei Geral de Proteção de Dados, ou LGPD.

2. Por que a MP nº 869/2018 vai de encontro aos interesses estratégicos do atual governo?

A ANPD, conforme estabelecida pela MP nº 869/2018, reforça o velho estatismo, que vai de encontro à ideologia liberalista governamental. A atual configuração dada pela MP 869 é **incompatível com a agenda econômica do atual governo**, pois a subordinação da autoridade prejudica o equilíbrio de interesses entre os setores público e privado, gerando entraves para o desenvolvimento de empresas dos diversos setores tecnológicos, e diminuindo seu poder competitivo no contexto internacional.¹

As alterações da medida provisória são marcadas pela **ausência de um debate aberto** que garante um equilíbrio multissetorial conforme adotado no processo de criação da LGPD. Assim, a ANPD, enquanto órgão subordinado à Presidência da República, está visivelmente sob ameaça

¹ Ver Philip Schütz, *Comparing formal independence of data protection authorities in selected EU Member States*, Conference Paper for the 4th Biennial ECPR Standing Group for Regulatory Governance Conference (2012) p. 10, <http://regulation.upf.edu/exeter-12-papers/Paper%20265%20-%20Schuetz%202012%20-%20Comparing%20formal%20independence%20of%20data%20protection%20authorities%20in%20selected%20EU%20Member%20States.pdf>.

de responder exclusivamente a interesses político-partidários e ter um posicionamento volátil conforme as transições governamentais, não fornecendo uma segurança jurídica e/ou previsibilidade ao mercado, às empresas e à sociedade.

Em contrapartida, se a independência da ANPD for garantida, a autoridade realizaria suas competências com melhor eficiência do que se atrelada às burocracias tradicionais,² o que fortaleceria o posicionamento liberal da agenda econômica do atual governo. Além disso, ela organizaria seus processos de tomada de decisão de uma forma mais aberta e transparente, permitindo a economia de recursos e a autofiscalização.³

Dentre as alterações propostas pela MP nº 869/2018, está a criação da ANPD como um órgão subordinado à presidência (art. 55-A), o que coloca em xeque a independência de suas decisões, sendo-lhe garantida a mera autonomia técnica (art. 55-B). Esta configuração também é incompatível com o modelo no qual a legislação brasileira se espelhou, a Regulação Geral de Proteção de Dados europeia, RGPD (ou GDPR, em inglês).

3. O modelo regulatório das autoridades europeias

O artigo 52 da RGPD dispõe amplamente sobre o **poder de independência das autoridades supervisoras** (gênero ao qual a ANPD pertence), de forma a que se mantenham **livres de influência externa**, direta ou indireta, e não recebam ordens de nenhuma outra instituição (§ 2º). Ademais, essas autoridades também devem ser **providas com recursos financeiros, técnicos e humanos** para a efetiva realização de suas competências (§ 4º). A **estabilidade de seus agentes** também é prevista como essencial para garantir o correto funcionamento das autoridades (§ 5º). Por fim, a independência dessas entidades não as exime de **controle externo**, de forma que também estejam sujeitas a um sistema de salvaguardas e *accountability* (§ 6º).

O requisito de independência é de tal importância, que, dentro do sistema europeu, a Corte de Justiça da União Europeia (CJUE) exigiu que alguns Estados membros revisassem a estrutura das autoridades supervisoras de seus países, por estarem demasiadamente atreladas a órgãos máximos do Executivo, como foram os **casos da Comissão Europeia vs. Alemanha**, em 2010,⁴ **vs. Áustria**, em 2012⁵ e **vs. Hungria**, em 2014.⁶

² *Id.*, p. 5.

³ *Id.*, p. 5.

⁴ *Commission v. Germany*, C-518/07, ECLI:EU:C:2010:125, Acórdão de 9 de Março de 2010. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-518/07>> Acesso em: 8 Fev. 2019.

⁵ *Commission v. Austria*, C-614/10, ECLI:EU:C:2012:631, Acórdão de 16 de Outubro de 2012. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-614/10>> Acesso em: 8 Fev. 2019.

⁶ *Commission v. Hungary*, C-288/12, ECLI:EU:C:2014:237, Acórdão de 8 de Abril de 2014. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/documents.jsf?num=C-288/12>> Acesso em: 8 Fev. 2019.

No caso austríaco, a CJUE determinou que a constituição de órgão independente é um componente necessário ao sistema de proteção de dados. Segundo o tribunal europeu, para que operem de forma objetiva e imparcial, os órgãos necessitam de orçamento próprio, ainda que se vinculem à estrutura do Estado.

A nível internacional, o caso emblemático é o de *Maximilliam Schrems v. Data Protection Commissioner* (2015),⁷ no qual o antigo acordo internacional de Safe Harbour para transferência de dados pessoais entre a União Europeia e os Estados Unidos foi declarado inválido. Dentre os motivos, estava o de que o regime enfraquecia o poder de independência das autoridades supervisoras europeias, impedindo a proteção adequada oferecida pelo modelo europeu. Isto levou à atualização para o sistema conhecido como **EU-US Privacy Shield**,⁸ que passou a prever regras que respeitam a autonomia das entidades de proteção de dados.

O Conselho Europeu, que também regula a proteção dos dados pessoais pelo tratado conhecido como **Convenção 108**, expressamente estabelece no art. 1(3) do Protocolo Adicional, que as autoridades supervisoras devem exercer suas funções em completa independência.

Sem uma autoridade supervisora independente política, administrativa e financeiramente, o modelo regulatório de proteção de dados brasileiro será incompatível ao que é adotado por outras grandes nações, o que poderá criar entraves para o desenvolvimento da economia digital no Brasil. Este argumento será revisitado nas próximas seções desta nota técnica.

4. A opinião dos *stakeholders* durante a elaboração da LGPD

Como descrito pela **relatoria da Comissão Especial do Projeto de Lei 4060/2012** (Apensados Projetos de Lei nº 5276/2016 e 6291/2016), “é consenso que uma aplicação da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais depende da criação de um órgão técnico, centralizado e com independência e autonomia administrativa e financeira para expedir normas complementares e fiscalizar o setor.”⁹

⁷ *Maximilliam Schrems v. Data Protection Commissioner*, C-362/14, ECLI:EU:C:2015:650, Acórdão de 06 de Outubro de 2015, <<http://curia.europa.eu/juris/documents.jsf?num=c-362/14>> Acesso em: 8 Feb. 2019.

⁸ COMISSÃO EUROPEIA. *EU-US Privacy Shield*. Disponível em: <https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/data-transfers-outside-eu/eu-us-privacy-shield_e>. Acesso em: 8 fev. 2019.

⁹ BRASIL, Relatório da Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 4.060/2012. (2017). Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1663305&filename=Tramitacao-PL+4060/2012> Acesso em: 8 fev. 2019.

Instituições representantes dos diferentes *stakeholders* da sociedade emitiram pareceres na fase de elaboração do projeto de lei que culminou na edição da LGPD. **Em diversos pareceres apresentados nas audiências públicas do PL 4.060/2012 foi ponderada a importância da independência da ANPD**, cabendo destacar aqui algumas delas.

Representando o setor empresarial, a Associação Brasileira das Empresas de Tecnologia da Informação e Comunicação (**BRASSCOM**) defendeu que as vantagens de um modelo de autoridade federal independente estão na consistência das interpretações, a especialização técnico-jurídica sobre o tema, a certeza regulatória e a independência necessária para atuar de modo eficaz e sopesar todos os direitos e interesses em jogo.¹⁰

Ademais, a Prof. Cíntia Rosa Pereira de Lima, da **Universidade de São Paulo**,¹¹ destacou que o mais aconselhável seria a não subordinação hierárquica da entidade, para assegurar a sua completa independência e autonomia, sendo que tais prerrogativas devem ser garantidas em lei. A vantagem deste modelo é a independência em relação ao Poder Público, ou seja, as agências têm plena autonomia político-administrativa e econômico-financeira, fundamentais para o melhor exercício das funções atribuídas.

No mesmo sentido, e ainda ressaltando a importância da centralização do poder ao órgão que seria a futura ANPD, o **Information Technology Industry Council** reconheceu os desafios orçamentários decorrentes da criação de uma nova agência de fiscalização, porém defendeu a existência de uma nova agência federal e independente.¹² Conforme seu parecer, uma autoridade supervisora independente, com exclusão de competência de qualquer outra autoridade para impor direitos de proteção de dados, seria o melhor veículo para garantir conhecimentos suficientes e a independência necessária para efetivamente aplicar a lei. A mesma ideia foi defendida pela **U.S.**

¹⁰ BRASSCOM, Contribuições à Comissão Especial –Dados Pessoais da Câmara dos Deputados sobre a Lei de Tratamento e Proteção de Dados Pessoais. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/55a-legislatura/pl-40-60-12-tratamento-e-protecao-de-dados-pessoais/documentos/outros-documentos/Brasscom.pdf>>. Acesso em 07 fev. 2019

¹¹ LIMA, C. *Parecer Técnico encaminhado pela Professora Livre Docente de Direito Civil da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto/USP, Dra. Cíntia Rosa Pereira de Lima*. (2017) Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/55a-legislatura/pl-40-60-12-tratamento-e-protecao-de-dados-pessoais/documentos/outros-documentos/dra-cintia-rosa-pereira-de-lima-usp>>. Acesso em 07 fev. 2019.

¹² ITIC, *Comentários do Information Technology Industry Council em Resposta à solicitação feita pela Comissão Especial da Câmara de Deputados encarregada de discutir o projeto de lei sobre tratamento e proteção de dados*. (2017) Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/55a-legislatura/pl-40-60-12-tratamento-e-protecao-de-dados-pessoais/documentos/outros-documentos/ITIInformationTechnologyIndustryCouncil.pdf>>. Acesso em 08 fev. 2019.

Chambers of Commerce¹³, o SindiTeleBrasil - Sindicato Nacional das Empresas de Telefonia e Serviço¹⁴, e a AMCHAM - Câmara Americana de Comércio para o Brasil¹⁵.

Finalmente, a **Coalizão Direitos na Rede**, uma rede independente de organizações da sociedade civil, ativistas e acadêmicos, defensora dos direitos digitais, também defendeu que **os padrões internacionais e vários especialistas brasileiros têm como consenso** que a Autoridade Nacional de Proteção de Dados deve ser criada a partir de **cinco parâmetros**: autonomia administrativa, autonomia financeira, autonomia política, participação social e transparência.”¹⁶

5. Por que uma ANPD autárquica?

Diante do acima exposto, fica claro que **o modelo autárquico é a melhor proposta para garantir o grau de independência esperado**, ao garantir **independência administrativa e financeira, ausência de subordinação hierárquica e estabilidade de seus dirigentes**, conforme expresso no artigo 52 da RGPD, a "regulação mãe" da Lei 13.709/2018.¹⁷

Este modelo inclusive estava previsto na versão final do Projeto de Lei do Senado, PLS 53/2018, que foi enviado para sanção presidencial durante o governo Temer.¹⁸ Em seu artigo 55, criava-se a ANPD como integrante da administração pública federal indireta, submetida a regime autárquico especial e vinculada ao Ministério da Justiça (MJ).

Ademais, o § 3º desse artigo previa a independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira.

¹³ U.S.Chamber of Commerce comenta as emendas ao Projeto de Lei 4060/2012 da Câmara dos Deputados. <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/55a-legislatura/pl-4060-12-tratamento-e-protecao-de-dados-pessoais/documentos/outros-documentos/CmaradeComrciadosEstadosUnidos.pdf>>. Acesso em 08 fev. 2019.

¹⁴ SINDITELEBRASIL, *Contribuições do Sinditelebrasil para o Projeto de Lei 5.276*. (2017) <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/55a-legislatura/pl-4060-12-tratamento-e-protecao-de-dados-pessoais/documentos/outros-documentos/SindiTelebrasil.pdf>>. Acesso em 08 fev. 2019.

¹⁵ ANCHAM, *Sugestões da Amcham Brasil para a Comissão Especial destinada a apreciar o Projeto de Lei sobre o Tratamento e a Proteção de Dados Pessoais*. (2017) Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/55a-legislatura/pl-4060-12-tratamento-e-protecao-de-dados-pessoais/documentos/outros-documentos/AMCHAMBrasil.pdf>>. Acesso em 08 fev. 2019.

¹⁶ COALIZÃO DIREITOS NA REDE, *Sobre Manutenção da Autoridade Nacional de Proteção de Dados Pessoais - nota pública* (2018). Disponível em: <<https://medium.com/direitos-na-rede/nota-p%C3%BAblica-da-coaliz%C3%A3o-direitos-na-rede-sobre-manuten%C3%A7%C3%A3o-da-autoridade-nacional-de-prote%C3%A7%C3%A3o-de-21462a865ce3>>. Acesso em 11 fev. 2019.

¹⁷ INTERSOFT CONSULTING. *General Data Protection Regulation (GDPR), Art. 52*. Disponível em: <<https://gdpr-info.eu/art-52-gdpr/>>. Acesso em: 8 fev. 2019.

¹⁸ BRASIL. *Redação Final do Projeto de Lei da Câmara nº 53, de 2018*. Brasília, DF, 1018.

Contudo, no modelo constitucional brasileiro, a criação de uma autarquia deve ser de iniciativa do presidente da República, chefe do Executivo (CF/88, arts. 37, XIX c/c 61, § 1º, II), o que resultou no veto presidencial à época da promulgação da LGPD.¹⁹

Este óbice procedimental, entretanto, não justifica a reconfiguração da ANPD em um formato totalmente avesso ao necessário para seu correto funcionamento. Uma autoridade supervisora sem o grau de independência necessário irá resultar em inefetividade do regime de proteção de dados pessoais, o que trará malefícios econômicos, políticos e sociais.

6. Como uma ANPD autárquica beneficiaria cada setor?

Governo

A adoção de **uma ANPD autárquica facilitará a compatibilização do regime de proteção de dados brasileiro ao modelo europeu**, que está sendo adotado por cada vez mais países no globo: além das 28 nações da União Europeia, 12 outros países tiveram seus regimes regulatórios considerados adequados à GDPR, dentre os quais cabe destacar Uruguai, Argentina, Israel e Estados Unidos.²⁰ O Japão também está a vias de ter seu modelo aprovado.²¹ Em suma: as grandes potências do globo (à exceção da China) possuem regimes compatíveis ao europeu, o que facilita as transações comerciais que envolvam processamento de dados entre esses países.

Ademais, como se verá na próxima seção, as inúmeras competências associadas à ANPD dificilmente seriam concretizadas se limitadas ao poder orçamentário da Casa Civil, que teria que **desviar recursos críticos para a atuação eficiente da entidade**. Em contrapartida, se esses recursos não forem disponibilizados, as atividades da autoridade supervisora estão fadadas ao fracasso.

Empresas

Empresas multinacionais, das quais cabe destacar as Gigantes da Internet Google e Facebook, **estão reconfigurando seus modelos de negócio para se compatibilizar ao modelo europeu**.²²

¹⁹ BRASIL. *Mensagem nº 451, de 14 de agosto de 2018*. Brasília, DF, 2018.

²⁰ COMISSÃO EUROPEIA. *Adequacy of the protection of personal data in non-EU countries*. Disponível em: <https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/data-transfers-outside-eu/adequacy-protection-personal-data-non-eu-countries_en>. Acesso em: 8 fev. 2019.

²¹ GERENCSEK, Gabor. *Japan's long road for adequacy under the GDPR*. Disponível em: <<https://iapp.org/news/a/japans-long-road-for-adequacy-under-the-gdpr/>>. Acesso em: 8 fev. 2019.

²² HUNTER, Daniel. *Internet giant proposes GDPR-style approach to data privacy in the US*. Disponível em: <<https://gdpr.report/news/2018/09/26/internet-giant-proposes-gdpr-style-approach-to-data-privacy-in-the-us/>>. Acesso em: 8 fev. 2019.

Isso gera um efeito "bola-de-neve" que acaba sendo acompanhado por empresas menores, as startups, seja porque não querem perder seu poder de competitividade na economia digital, seja porque serão forçadas a adotar essas regras por modelos contratuais.²³

A autoridade supervisora autárquica seria a única capaz de lidar com todas as tarefas necessárias para o **correto acompanhamento das atividades empresariais**, o que inclui **condução de auditorias, aprovação de certificações, revisão de relatórios de impacto de privacidade de dado e elaboração de cláusulas contratuais padrão**.²⁴ Isto porque apenas o regime autárquico teria os recursos financeiros, técnicos e humanos necessários para a realização de todas essas complexas atividades, o que dificilmente seria realizado com a mesma eficiência por um órgão subordinado à Casa Civil.

Sociedade Civil

Por fim, somente a existência de uma ANPD autárquica e independente poderá **garantir aos titulares de dados a devida proteção de seus dados pessoais e a concretização de seus direitos**. Para que os requisitos ao tratamento de dados pessoais sejam corretamente verificados (arts. 7º a 14 da LGPD), a autoridade supervisora necessita de recursos humanos e técnicos suficientes, o que a estrutura atual não conseguirá fornecer. O mesmo vale para a efetividade dos direitos dos titulares de dados (arts. 17 a 22), que incluem o direito de petição em relação aos seus dados e o direito à revisão de decisões automatizadas. Esses direitos necessitam da atuação da ANPD, conforme previstos respectivamente nos arts. 18, §1º e 20, §2º da LGPD.

7. Conclusão

Para que o modelo regulatório de proteção de dados brasileiro possa alcançar sua plena concretude, é essencial que a ANPD, além de autonomia técnica, possua **independência política, administrativa, e financeira**. Dentro do regime administrativo de nossa jurisdição, a melhor forma para tal é a **criação de uma autarquia**.

Desse modo, o LAPIN sugere a **alteração dos seguintes artigos da LGPD**, os quais foram introduzidos pela MP 869/2018:

- a) **Revogação** do art. 3º, incisos II e III, da MP nº 869/2018 ;
- b) **Modificação** dos artigos 4º, § 3º; 55-A e 55-J:

²³ SIGURDSSON, Joi. *GDPR: The Quick and Dirty Guide to getting compliant for Startups and small business*. Disponível em:

<<https://startupresources.io/blog/gdpr-the-quick-and-dirty-guide-to-getting-compliant-for-startups-and-small-business/index.htm>> Acesso em: 8 fev. 2019.

²⁴ Essas competências estão direta ou indiretamente previstas no art. 55-J da LGPD.

“Art. 4º. Esta Lei não se aplica ao tratamento de dados pessoais: [...]

§ 3º A autoridade nacional emitirá opiniões técnicas ou recomendações referentes às exceções previstas no inciso III do caput deste artigo e deverá solicitar aos responsáveis relatórios de impacto à proteção de dados pessoais.

Art. 55-A. É criada a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), integrante da administração pública federal indireta, submetida a regime autárquico especial e vinculada ao Ministério da Justiça.

§ 1º A ANPD deverá ser regida nos termos previstos na Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000.

§ 2º A natureza de autarquia especial conferida à ANPD é caracterizada por independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira.

§ 3º O regulamento e a estrutura organizacional da ANPD serão aprovados por decreto do Presidente da República."

"Art. 55-J. Compete à ANPD: ...

XVII - elaborar diretrizes para Política Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade;

XVIII - atender petições de titular contra controlador;

XIX - dispor sobre as formas de publicidade das operações de tratamento de dados pessoais, observado o respeito aos segredos comercial e industrial;

XX - solicitar, a qualquer momento, às entidades do Poder Público que realizem operações de tratamento de dados pessoais, informe específico sobre o âmbito e a natureza dos dados e os demais detalhes do tratamento realizado, podendo emitir parecer técnico complementar para garantir o cumprimento desta Lei;

XXI - editar regulamentos e procedimentos sobre proteção de dados pessoais e privacidade, assim como sobre relatórios de impacto à proteção de dados pessoais para os casos em que o tratamento representar alto risco para a garantia dos princípios gerais de proteção de dados pessoais previstos nesta Lei;

XXII - ouvir os agentes de tratamento e a sociedade em matérias de interesse relevante, assim como prestar contas sobre suas atividades e planejamento;

XXIII - realizar ou determinar a realização de auditorias, no âmbito da atividade de fiscalização, sobre o tratamento de dados pessoais efetuado pelos agentes de tratamento, incluindo o Poder Público."