

A consolidação legislativa da proteção de dados no Brasil: comentários às alterações da Lei nº 13.853/2019 à LGPD

The legislative consolidation of data protection in Brazil: comments on Law No. 13.853/2019 alterations to the LGPD

Guilherme Magalhães Martins*

João Victor Rozatti Longhi**

José Luiz de Moura Faleiros Júnior***

Sumário

1. Introdução. 2. A LGPD e suas alterações. 3. A Agência Nacional de Proteção de Dados. 4. Conclusão. Referências.

Resumo

Para trazer soluções às desafiantes contingências reveladas pelo incessante e colossal fluxo informacional na *Internet*, editou-se a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) brasileira – Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 –, na esteira do implemento do Regulamento Geral de Proteção de Dados europeu. A norma sequer entrou em vigor e já sofreu densas alterações, por força da Medida Provisória nº 869, de 27 de dezembro de 2018, que, seguindo seu curso regular perante o Congresso Nacional brasileiro, foi convertida na Lei nº 13.853, de 08 de julho de 2019, reformatando a redação definitiva da lei anteriormente promulgada. Problematisa-se o alcance das alterações realizadas, naquilo que concerne à efetivação da proteção de dados no país, uma vez que a concretização da norma ainda causa dúvidas e inquietações. Trabalhando-se com a hipótese de que os ajustes realizados trazem reforço normativo

* Doutor e Mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito da UERJ. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Professor permanente do Doutorado em Direito, Instituições e Negócios da Universidade Federal Fluminense (UFF). Professor adjunto de Direito Civil da Faculdade Nacional de Direito – Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ).

** Pós-Doutor em Direito na Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Doutor em Direito Público pela Faculdade de Direito da USP – Largo de São Francisco. Mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito da UERJ. Defensor Público no Estado do Paraná. Professor visitante do PPGD da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) e de Graduação do Centro de Ensino Superior de Foz do Iguaçu (CESUFOZ).

*** Mestre e Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia. Especialista em Direito Processual Civil, Direito Civil e Empresarial, Direito Digital e *Compliance*. Advogado.

adequado à estruturação da proteção que se pretende haurir aos dados pessoais, utilizar-se-á o método indutivo, em pesquisa dedicada à análise das mudanças promovidas pela Lei nº 13.853/2019, no afã de se perquirir a concretização da hipótese apresentada. Ao final, serão apresentadas breves considerações conclusivas.

Abstract

In order to bring solutions to the challenging contingencies revealed by the incessant and colossal flow of information on the Internet, the Brazilian General Data Protection Act (LGPD) – Law No. 13.709, of August 14, 2018 – was issued, following the implementation of the General Data Protection Regulation in Europe. The new framework has not even entered into effect but has already undergone dense changes, under Provisional Measure No. 869 of December 27, 2018, which, following its regular course before the Brazilian National Congress, was converted into Law No. 13.853, of July 8 2019, reformatting the final wording of the previously enacted law. The scope of the changes regarding the implementation of data protection in the country is problematized, since the implementation of the standard still causes doubts and concerns. Working with the hypothesis that the adjustments made bring adequate normative reinforcement to the structuring of the protection that is intended to ensure the protection of personal data, the inductive method will be used, in a research dedicated to the analysis of the changes promoted by Law No. 13.853/2019, and hence the rendered hypothesis will be put to test. At the end, brief concluding remarks will be presented.

Palavras-chave: Proteção de dados. Privacidade. Portabilidade de dados. Autoridade nacional.

Keywords: Data protection. Privacy. Data portability. National authority.

1. Introdução

Inúmeras dúvidas ainda permeiam a efetivação do resguardo à proteção de dados no Brasil. Para além do reconhecimento deste hodierno direito fundamental, sacramentado na promulgação de marcos regulatórios específicos em todo o mundo, importa saber quais são os limites da atuação estatal para além do labor legislativo, uma vez que a regulação da *Internet* ainda é um complexo desafio.

Nesse contexto, a promulgação da Lei Geral de Proteção de Dados brasileira – Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 – representou inegável avanço, mas seu longo período de *vacatio legis*, além de sinalizar a complexidade de adaptação a seus rigores, incitou revisões críticas que já culminaram em alterações legislativas. Inicialmente, foi editada a Medida Provisória nº 869, de 27 de dezembro de 2018, que reformulou densamente o texto original da norma. Posteriormente, tendo sido realizadas diversas audiências públicas e realizados intensos debates acerca das alterações, foi promulgada

a Lei nº 13.853, de 08 de julho de 2019, que manteve alguns dos ajustes realizados, efetivou outros e recompôs o texto original em certos pontos.

Tomando esta nova lei como objeto de estudo, problematiza-se o alcance das alterações realizadas, naquilo que concerne à efetivação da proteção de dados no país, uma vez que a concretização da norma ainda causa dúvidas e inquietações.

Trabalhando-se com a hipótese de que os ajustes realizados propiciam reforço normativo adequado à estruturação da proteção que se pretende haurir aos dados pessoais, utilizar-se-á o método indutivo, em pesquisa dedicada à análise das mudanças promovidas pela Lei nº 13.853/2019, no afã de se perquirir a concretização da hipótese apresentada.

Em breves linhas, buscar-se-á indicar os principais aspectos concernentes à nova legislação, que não cuidou apenas de revisitar as polêmicas relacionadas à efetiva criação e implementação da Agência Nacional de Proteção de Dados – ANPD, mas, sim, dedicou-se à elucidação de vários outros temas importantes. Ao final, serão apresentadas breves considerações conclusivas.

2. A LGPD e suas alterações

Uma simbiose indistinta entre o real e o virtual tem sido o fio condutor da evolução humana no acelerado curso das duas primeiras décadas do novo século¹. Para trazer soluções às desafiadoras contingências reveladas pelo incessante e colossal fluxo informacional na *Internet*, editou-se a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)² brasileira – Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 –, na esteira do implemento do Regulamento Geral de Proteção de Dados europeu (RGPD, ou GDPR, na sigla em inglês), consolidando-se um marco legal importante para a compreensão do tema.

Com largo período de *vacatio legis*, a LGPD sequer entrou em vigor e já sofreu densas alterações por força da Medida Provisória nº 869, de 27 de dezembro de

¹ FLORIDI, Luciano. *The ethics of information*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 8. Destaca o autor: “During the last decade or so, we have become accustomed to conceptualizing our life online as a mixture between an evolutionary adaptation of human agents to a digital environment, and a form of post-modern, neo-colonization of the latter by the former. This is probably a mistake. ICTs are as much re-ontologizing our world as they are creating new realities. The threshold between here (analogue, carbon-based, offline) and there (digital, silicon-based, online) is fast becoming blurred, but this is as much to the advantage of the latter as it is to the former.”

² A ementa final da lei atribuiu-lhe a nomenclatura em questão (“Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais”), embora tenha mantido a sigla que já se popularizou desde o advento do texto original (LGPD). O acréscimo do adjetivo “pessoais” se deu, nos derradeiros estágios do processo legislativo de votação da Medida Provisória nº 869/2018, pela Emenda de Redação nº 1 ao PLV nº 7/2019, de autoria do Deputado Orlando Silva, sob a seguinte justificativa: “Esta Emenda de Redação busca sanar incorreção formal no texto, uma vez que faltou o qualificativo ‘Pessoais’ na nova Emenda dada pelo PLV à agora denominada ‘Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais’. Objetivo é esclarecer que se trata de Lei de proteção de dados pessoais e não de outros tipos de dados, em aderência ao objeto central da Lei nº 13.709, de 2018.” (BRASIL. Câmara dos Deputados. *Emenda de Redação nº 1 ao PLV nº 7/2019 (Relativo à MP 869/18 - Proteção de Dados Pessoais)*. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1756124&file name=ERD+1/2019+%3D%3E+MPV+869/2018. Acesso em: 31 ago. 2019.)

2018³, que, seguindo seu curso regular perante o Congresso Nacional brasileiro, foi convertida na Lei nº 13.853, de 08 de julho de 2019, reformatando a redação definitiva da lei anteriormente promulgada.

De início, a reforma acrescentou ao artigo 1º um parágrafo único, com a seguinte redação: “As normas gerais contidas nesta Lei são de interesse nacional e devem ser observadas pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.” Trabalhou-se, conceitualmente, com a concretização da amplitude axiológica do direito fundamental à proteção de dados pessoais⁴, alinhando-a ao que se discute na Proposta de Emenda à Constituição nº 17/2019, que visa incluir tal direito no texto constitucional, além de definir como de competência exclusiva da União o poder para legislar sobre o assunto.

Sem dúvida, o status de direito fundamental confere à proteção de dados pessoais um papel imprescindível no tocante à articulação do direito privado frente aos interesses passíveis de tutela no contexto informacional⁵.

Nessa esteira, o acréscimo normativo ainda deixa mais clara a incidência dos dispositivos da lei aos afazeres e às atividades do Poder Público, proclamando a obrigatoriedade de sua observância em todos os âmbitos.

Avançando, nota-se que, no sentido de tornar mais precisa a redação da LGPD, foi mantida a escrita dada pela MP 869 ao artigo 3º, inciso II, da lei. O objeto da referida mudança foi simplesmente a inserção da conjunção “ou” ao final de seu texto (consolidado como “a atividade de tratamento tenha por objetivo a oferta ou o fornecimento de bens ou serviços ou o tratamento de dados de indivíduos localizados no território nacional; ou”) para não haver dúvida alguma de que o âmbito de aplicação da lei não ostenta requisitos cumulativos, mas alternativos, nas hipóteses descritas pelos três incisos do artigo 3º da lei⁶.

³ Para maiores detalhes, confira-se: MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti; FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. Primeiras impressões sobre as alterações da Medida Provisória 869/2018 na LGPD. *Jota*. 14 jan. 2019. Disponível em: <http://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/lgpd-mp-autoridade-dados-pessoais-14012019>. Acesso em: 31 ago. 2019.

⁴ DONEDA, Danilo. O direito fundamental à proteção de dados pessoais. In: MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti (Coords.). *Direito digital: direito privado e Internet*. 2. ed. Indaiatuba: Foco, 2019, p. 52. Destaca o autor: “Assim, e ainda ao elencar dentre seus fundamentos, em seu artigo 2º, outros elementos intrinsecamente ligados à tutela da pessoa e de seus direitos fundamentais, tais quais a autodeterminação informativa, as liberdades de expressão, informação, comunicação e de opinião, a dignidade e o exercício da cidadania, a LGPD estabelece de maneira sólida sua fundamentação nos direitos fundamentais e na proteção da pessoa, o que se verifica igualmente em diversas opções na implementação dos seus mecanismos de tutela (...)”

⁵ DU BOIS, François. Social purposes, fundamental rights and the judicial development of private law. In: NOLAN, Donal; ROBERTSON, Andrew (Eds.). *Rights and private law*. Oxford: Hart Publishing, 2012, p. 113. Comenta: “As a powerful tool for mediating between the common good and the pursuit of individual aims, fundamental rights can assist private law reasoning in this further function. In this regard, they provide a more systematic, transparent and coherent articulation of the concerns that have long bubbled to the surface in the guise of ‘public policy’ and its cognates, such as ‘good faith’. Concepts such as these attest to the role that private law plays in constructing social practices and institutions.”

⁶ Art. 3º Esta Lei aplica-se a qualquer operação de tratamento realizada por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, independentemente do meio, do país de sua sede ou do país onde estejam localizados os dados, desde que:

I - a operação de tratamento seja realizada no território nacional;

Outro aspecto fundamental da reforma pertine aos dados acadêmicos, excetuados pela MP 869 do alcance da LGPD (artigo 4º, inciso II, “b”), mas que a Lei nº 13.853 acabou por reformular, retomando a redação originalmente aprovada no texto original anterior à MP.

Ao artigo 4º, §4º, que, até então, enunciava apenas que “[e]m nenhum caso a totalidade dos dados pessoais de banco de dados de que trata o inciso III do *caput* deste artigo poderá ser tratada por pessoa de direito privado”, foi inserida uma ressalva: “salvo por aquela que possua capital integralmente constituído pelo poder público.” Nota-se, à toda evidência, uma flexibilização do campo regulatório da norma, que, por força do mencionado inciso III, afasta de seu escopo de incidência o tratamento de dados realizado para fins de: a) segurança pública; b) defesa nacional; c) segurança do Estado; ou d) atividades de investigação e repressão de infrações penais.

Com a nova redação dada ao §4º, a mesma liberdade de tratamento de dados passa a valer para pessoas jurídicas de direito privado controladas pelo Poder Público, mas com personalidade jurídica de direito privado (caso do SERPRO, que é empresa pública)⁷. Esta novidade se alinha às proposições doutrinárias mais recentes quanto ao fato de não ser possível admitir que “as mudanças estruturais se limitem à exteriorização da relação jurídica mantida entre Administração Pública e administrado, devendo ser direcionado um olhar atento e rigoroso ao processo interno de implantação de melhorias por parte do Estado e que gerem adesão por aqueles que são responsáveis por desempenhar diariamente a função pública”⁸.

No artigo 26, que cuida do compartilhamento de dados pelo Poder Público, foram mantidas as inclusões dos incisos IV e V – alternativos e não cumulativos⁹ –, mas

II - a atividade de tratamento tenha por objetivo a oferta ou o fornecimento de bens ou serviços ou o tratamento de dados de indivíduos localizados no território nacional; ou (Redação dada pela Lei nº 13.853, de 2019)

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

⁷ No relatório final da lei, optou-se pela referida redação ao §4º, que havia sido revogado pela MP 869, pelos seguintes motivos (página 58 do documento): “Entendemos que o tratamento da totalidade de bancos de dados de segurança e defesa por empresa privada, aliada ao fato de que essas autoridades não precisam informar a Autoridade quando assim os delegarem, enfraquecem as medidas protetivas da sociedade contra eventuais arbitrariedades e vazamentos de dados sobre tão importante categoria. Ademais, em se tratando de questões de defesa nacional e as conhecidas *back doors* de fabricantes e provedores de aplicações e de bancos de dados que se utilizam de tecnologia estrangeira, há sempre a possibilidade de acesso em nível internacional desses dados. Entretanto, a discussão em Audiência Pública indicou a realidade e a racionalidade de bancos de dados e sistemas de segurança da área de segurança e de investigação serem operados por empresas públicas, tais como o Serpro. Assim, entendemos a necessidade da transferência de dados para tratamento por parte de empresas públicas.” (BRASIL. Câmara dos Deputados. *Parecer nº 1/2019 da Comissão Mista de votação da MP 869/2018*. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=9EC610DD6ADD2D1AD386EA90CAB11DF6.proposicoesWebExterno?co_dteor=1745016&filename=Tramitacao-MPV+869/2018. Acesso em: 31 ago. 2019.)

⁸ GONÇALVES, Vilmar Luiz Graça. Direito administrativo e avanços tecnológicos: desafios e conquistas. In: BECKER, Daniel; FERRARI, Isabela (Coords.). *Regulação 4.0: novas tecnologias sob a perspectiva regulatória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 53.

⁹ Eis os incisos: “IV - quando houver previsão legal ou a transferência for respaldada em contratos, convênios ou instrumentos congêneres; ou V - na hipótese de a transferência dos dados objetivar exclusivamente a prevenção de fraudes e irregularidades, ou proteger e resguardar a segurança e a integridade do titular dos dados, desde que vedado o tratamento para outras finalidades.”

houve veto ao inciso VI, que cuidava dos dados acessíveis publicamente. Por outro lado, foi consolidada a nova redação dada ao artigo 29, pela MP 869, que apenas delineou com maior clareza a possibilidade de que se solicite não apenas às entidades do Poder Público (Administração indireta), mas também a seus órgãos (Administração direta), “informações específicas sobre o âmbito e a natureza dos dados e outros detalhes do tratamento realizado”.

No artigo 5º, foram realizados pequenos ajustes redacionais aos seguintes incisos: (i) inc. VIII, para inserir, em sua parte final, a nomenclatura correta da autoridade nacional (Agência Nacional de Proteção de Dados – ANPD); b) inc. XVIII, com mera conversão da nova redação conferida pela MP 869/2018; c) inc. XIX, com o acréscimo, ao final, da expressão “em todo o território nacional”, deixando ainda mais claro o escopo de atuação da Agência Nacional de Proteção de Dados.

Ao artigo 7º, que cuida das hipóteses em que é permitido o tratamento de dados pessoais relativos à saúde¹⁰, se consolidou a seguinte redação ao inciso VIII: “para a tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária.” A novidade está no advérbio ‘exclusivamente’, inserido para garantir a sintonia da LGPD com o disposto no artigo 1º da Resolução nº 1.605/2000 e no artigo 1º da Resolução nº 1.638/2002, ambas do Conselho Federal de Medicina (CFM), que sinalizam a imperiosidade do sigilo de dados dessa estirpe¹¹.

Em igual sentido, mas em relação aos dados pessoais sensíveis¹², adaptou-se a redação do artigo 11, inciso II, “f”, que agora consta com o seguinte texto: “tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária.” Outrossim, alterou-se a redação do §4º do dispositivo e lhe foi acrescido um §5º, assim dispondo:

Art. 11. (...)

§ 4º É vedada a comunicação ou o uso compartilhado entre controladores de dados pessoais sensíveis referentes à saúde com

¹⁰ CARNEIRO, Isabelle da Nóbrega Rito; SILVA, Luiza Caldeira Leite; TABACH, Danielle. Tratamento de dados pessoais. In: FEIGELSON, Bruno; SIQUEIRA, Antonio Henrique Albani (Coords.). *Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados: Lei nº 13.709/2018*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 73. Anotam: “A Lei Federal nº 8.080/1990, que regulamenta o direito à saúde, inclui o direito à informação do cidadão e o dever do Estado de fundamentar suas políticas e ações em informações sanitárias e evidências científicas, legitimando a coleta e o uso de informações pessoais. A ideia é que os dados tratados em âmbito da saúde sirvam para garantir a qualidade de vida da sociedade e a redução de riscos ao adoecimento.”

¹¹ O primeiro dispositivo conceitua o prontuário médico como o “documento único constituído de um conjunto de informações, sinais e imagens registradas, geradas a partir de fatos, acontecimentos e situações sobre a saúde do paciente e a assistência a ele prestada, de caráter legal, sigiloso e científico, que possibilita a comunicação entre membros da equipe multiprofissional e a continuidade da assistência prestada ao indivíduo”, ao passo que o segundo dispositivo preconiza que “o médico não pode, sem o consentimento do paciente, revelar o conteúdo do prontuário ou ficha médica.”

¹² Sobre os dados pessoais sensíveis, confira-se: MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. Dados pessoais sensíveis e a tutela de direitos fundamentais: uma análise à luz da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/18). *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, v. 19, nº 3, p. 159-180, set./dez. 2018.

objetivo de obter vantagem econômica, exceto nas hipóteses relativas a prestação de serviços de saúde, de assistência farmacêutica e de assistência à saúde, desde que observado o § 5º deste artigo, incluídos os serviços auxiliares de diagnose e terapia, em benefício dos interesses dos titulares de dados, e para permitir:

I - a portabilidade de dados quando solicitada pelo titular; ou

II - as transações financeiras e administrativas resultantes do uso e da prestação dos serviços de que trata este parágrafo.

§ 5º É vedado às operadoras de planos privados de assistência à saúde o tratamento de dados de saúde para a prática de seleção de riscos na contratação de qualquer modalidade, assim como na contratação e exclusão de beneficiários.

A portabilidade de dados já está tratada no artigo 18, inciso V, da lei, mas a reiteração constante do inciso I do §4º do artigo 11 se mostra imprescindível, na medida em que, “quanto mais difícil for para um indivíduo mover seus dados, maior é o poder de mercado detido pelo fornecedor, o que gera dificuldades e impossibilita o sucesso de novos entrantes”¹³. Da mesma forma, o inciso II do §4º corrobora a autodeterminação informativa, realçando direitos do titular para a proteção de dados sensíveis seus.

O §5º, por sua vez, impõe freios à potencial discriminação praticada por operadoras de planos privados de assistência à saúde, resguardando a confiança, sendo pertinente, nesse ponto, a doutrina de Fernando Martins:

(...) a confiança (a legítima expectativa gerada pelo predisponente) abre hipóteses normativas, ensejando hermenêutica conformadora aos direitos fundamentais a partir das seguintes ponderações: i) a aplicação do princípio da boa-fé objetiva (no manancial das funções interpretativas, integrativas e limitativas de exercício de posição jurídica); ii) cobertura e execução contratual conforme o tráfego despertado, especialmente no que concerne à natureza dos riscos envolvidos; iii) controle de conteúdo das cláusulas contratuais que transferem riscos ao vulnerável e oneram o contrato; iv) relevo diferenciado aos anos de contribuição do consumidor como grupo de saúde empresarial (relacionamento contratual); v) proteção da relação médico-paciente existente em face da intervenção indevida pelas operadoras de saúde; e vi) exigência do consentimento

¹³ CRAVO, Daniela Copetti. *Direito à portabilidade de dados: interface entre defesa da concorrência, do consumidor e proteção de dados*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 63.

esclarecido do consumidor frente ao contrato e aos tratamentos como ordem pública procedimental¹⁴.

Ainda acerca da portabilidade de dados¹⁵, a Lei nº 13.853 consolidou a redação do inciso V e do §6º do artigo 18 da LGPD, vinculando tal direito à posterior regulamentação deixada a cargo da autoridade nacional. De fato, o papel da ANPD, no exercício de seu poder regulamentar infralegal, será crucial para a efetivação deste e de outros direitos contidos na lei.

A nova redação do artigo 20, que aborda o tratamento automatizado, foi mantida nos mesmos moldes definidos pela MP 869/2018. Igualmente, o artigo 23, inciso III, teve sua redação mantida, com a inserção da conjunção “e” ao seu final – que delimitaria sua cumulação com o inciso IV, acrescentado pela nova lei, não tivesse este sido vetado¹⁶.

A figura do encarregado também merece breve comentário, pois receberia uma série de importantes ajustes, notadamente quanto ao regime de responsabilidade civil que lhe é aplicável. Sobre esta figura, porém, o veto presidencial¹⁷ ao §4º do artigo 41 culminou na manutenção do teor normativo precedente.

¹⁴ MARTINS, Fernando Rodrigues. A saúde suplementar como sistema jurídico hipercomplexo e a proteção da confiança. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 120, nº 4, p. 77-101, nov./dez. 2018, p. 88.

¹⁵ DE HERT, Paul; PAPAKONSTANTINO, Vagelis; MALGIERI, Gianclaudio; BESLAY, Laurent; SANCHEZ, Ignacio. The right to data portability in the GDPR: towards user-centric interoperability of digital services. *Computer Law & Security Review*, Reino Unido: Elsevier, v. 34, nº 2, p. 193-203, abr. 2018, p. 194. Comentam os autores: “The right to data portability is one of the most important novelties within the EU General Data Protection Regulation, both in terms of warranting control rights to data subjects and in terms of being found at the intersection between data protection and other fields of law (competition law, intellectual property, consumer protection, etc.). It constitutes, thus, a valuable case of development and diffusion of effective user-centric privacy enhancing technologies and a first tool to allow individuals to enjoy the immaterial wealth of their personal data in the data economy. Indeed, a free portability of personal data from one controller to another can be a strong tool for data subjects in order to foster competition of digital services and interoperability of platforms and in order to enhance controllership of individuals on their own data.”

¹⁶ A redação do inciso IV previa o seguinte: “IV - sejam protegidos e preservados dados pessoais de requerentes de acesso à informação, no âmbito da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, vedado seu compartilhamento na esfera do poder público e com pessoas jurídicas de direito privado.” O veto, entretanto, teve a motivação a seguir: “A propositura legislativa, ao vedar o compartilhamento de dados pessoais no âmbito do Poder Público e com pessoas jurídicas de direito privado, gera insegurança jurídica, tendo em vista que o compartilhamento de informações relacionadas à pessoa natural identificada ou identificável, que não deve ser confundido com a quebra do sigilo ou com o acesso público, é medida recorrente e essencial para o regular exercício de diversas atividades e políticas públicas. Sob este prisma, e a título de exemplos, tem-se o caso do banco de dados da Previdência Social e do Cadastro Nacional de Informações Sociais, cujas informações são utilizadas para o reconhecimento do direito de seus beneficiários e alimentados a partir do compartilhamento de diversas bases de dados administrados por outros órgãos públicos, bem como algumas atividades afetas ao poder de polícia administrativa que poderiam ser inviabilizadas no âmbito do Sistema Financeiro Nacional.”

¹⁷ Com efeito, foram essas as razões do veto: “A propositura legislativa, ao dispor que o encarregado seja detentor de conhecimento jurídico regulatório, contraria o interesse público, na medida em que se constitui em uma exigência com rigor excessivo que se reflete na interferência desnecessária por parte do Estado na discricionariedade para a seleção dos quadros do setor produtivo, bem como ofende direito fundamental, previsto no art. 5º, XIII da Constituição da República, por restringir o livre exercício profissional a ponto de atingir seu núcleo essencial.”

Com o veto, também foram afastados os três incisos que acompanhariam o acima mencionado §4º e que compunham o elenco de matérias a serem regulamentadas pela ANPD: i) os casos em que o operador deveria indicar encarregado; ii) a indicação de um único encarregado, desde que facilitado o seu acesso, por empresas ou entidades de um mesmo grupo econômico; iii) a garantia da autonomia técnica e profissional no exercício do cargo.

Devido à ausência de menção expressa à responsabilidade civil do encarregado de dados – responsável por passar instruções ao controlador e a seus colaboradores quanto à proteção de dados – no artigo 42, nota-se sonora lacuna, uma vez que se trata de figura central para o controle de eventos danosos, na medida em que a exarcação de qualquer espécie de comando errôneo, por parte do encarregado, pode vir a causar dano e, para solucionar o caso, impõe-se a leitura do artigo 43, inciso III, que expressamente afasta a responsabilidade civil dos agentes de tratamento (controladores e operadores) quando esta puder ser transferida a terceiro, o que permitiria responsabilizar o encarregado na hipótese descrita, embora, para isso, seja passível de invocação a disciplina jurídica contida noutras fontes normativas, como o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor.

3. A Agência Nacional de Proteção de Dados

Finalmente, merece destaque a delimitação das normas concernentes à implementação da Agência Nacional de Proteção de Dados, tema que foi amplamente debatido nas audiências públicas realizadas pelo Congresso Nacional, pois, indubitavelmente, a existência de uma autoridade nacional independente é aspecto fundamental para a efetivação da lei.

Importante estudo realizado na Austrália mostrou que, em todo o mundo, autoridades nacionais realmente fortes existem na grande maioria dos países que já possuem legislações de proteção de dados. Foram averiguados 132 países e constatou-se que apenas 10% (dez por cento) não criaram autoridades específicas e 10% (dez por cento) demoraram muito para fazê-lo, e, no majoritário rol de países que criaram agências com perfil adequado, seu caráter independente foi festejado pelo estudo. Inclusive, às autoridades não dotadas de independência foi reservado, pelo autor do estudo, um lugar no “*Hall of Shame*”¹⁸.

Nesse compasso, a redação final da Lei nº 13.853/2019 assim tratou do assunto, em seu artigo 55-A:

Art. 55-A. Fica criada, sem aumento de despesa, a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), órgão da administração pública federal, integrante da Presidência da República.

¹⁸ GREENLEAF, Graham. Global Data Privacy 2019: DPAs, PEAs, and their Networks. *University of New South Wales Law Research Series*, Sydney, v. 158, Research Paper n. 19-68, p. 1-7, ago. 2019.

§ 1º A natureza jurídica da ANPD é transitória e poderá ser transformada pelo Poder Executivo em entidade da administração pública federal indireta, submetida a regime autárquico especial e vinculada à Presidência da República.

§ 2º A avaliação quanto à transformação de que dispõe o § 1º deste artigo deverá ocorrer em até 2 (dois) anos da data da entrada em vigor da estrutura regimental da ANPD.

§ 3º O provimento dos cargos e das funções necessários à criação e à atuação da ANPD está condicionado à expressa autorização física e financeira na lei orçamentária anual e à permissão na lei de diretrizes orçamentárias.

Se o texto original da LGPD, aprovado em agosto de 2018, previa a criação de uma entidade, com natureza autárquica e, portanto, pertencente à Administração Pública indireta no plano federal, a MP 869/2018 andou em sentido diametralmente oposto, criando-a como órgão vinculado à Presidência da República¹⁹. Agora, na consolidação do texto final da reforma, nota-se o intuito de equacionar a questão, com a criação da ANPD como órgão, mas de natureza transitória, sendo possivelmente transformada em entidade (autarquia) *a posteriori*.

Naturalmente, a inserção do verbo “poderá” no §1º do artigo 55-A causa algum receio, uma vez que deixa em aberto certo grau de discricionariedade para a efetiva conversão do novo órgão em entidade, embora o §2º delimite um prazo de até 2 (dois) anos para que esta decisão seja tomada.

Na mesma toada em que se clama pela efetivação da proteção de dados para a estabilização das relações sociais travadas na *Internet*, diversas nuances permanecem nebulosas, mesmo com reformas, ajustes, audiências públicas, alterações e proposições para a adaptação estrutural do Estado em relação a seu aparelhamento voltado ao atendimento de seus deveres de proteção²⁰.

Nessa linha, espera-se que a consolidação legislativa de tão importante direito fundamental – a proteção de dados pessoais – sacramente uma mudança profunda na forma de realização das atividades de Estado para que se prime pela independência de quem, ao fim e ao cabo, deverá assumir o fardo de regulamentar, fiscalizar e aplicar sanções.

¹⁹ PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. ANPD em busca de sua autonomia: é preciso aperfeiçoar a MP 869/2018. *Jota*. 1º de maio de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-01/garantias-consumo-anpd-busca-autonomia-preciso-aperfeicoar-mp>. Acesso em: 03 ago. 2019.

²⁰ SILVA, Jorge Pereira da. *Deveres do Estado de proteção de direitos fundamentais: fundamentação e estrutura das relações jusfundamentais triangulares*. 3. ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015, p. 585.

4. Conclusão

Em linhas conclusivas, constata-se que as mudanças já realizadas na Lei Geral de Proteção de Dados brasileira sinalizam a preocupação do legislador com a confiabilidade de seu texto final, repleto de nuances complexas e que demandarão de todos os agentes de dados profundas adaptações em suas rotinas relacionadas às operações de coleta e tratamento de dados.

Em breves linhas, procurou-se averiguar, pontualmente, as principais modificações realizadas pela Lei nº 13.853, de 08 de julho de 2019, que consolidou o texto anterior, que já havia sido alterado pela Medida Provisória nº 869, de 27 de dezembro de 2018. Anotou-se que, em grande parte, o legislador buscou esclarecer o escopo de aplicação da normativa, particularmente no que diz respeito ao Estado e às suas atividades enquanto agente de dados e, também, enquanto responsável por fiscalizar e sancionar atividades realizadas em desconformidade com os ditames da lei.

A preocupação com dados relacionados à saúde e dados acadêmicos reafirma esta cautela mais ampla com determinadas espécies de dados, ao passo que questões como o tratamento automatizado ainda parecem suscitar dúvidas quanto a seu escopo de proteção.

É inegável que a consolidação do texto que cria a Agência Nacional de Proteção de Dados reforça o papel crucial que tal órgão terá, ao fim do período de *vacatio legis*, para que não se tenha o esvaziamento da norma. Espera-se, ademais, que sua conversão de órgão da Administração direta em entidade (autarquia) da Administração indireta, no plano federal, venha a se concretizar, assegurando-se maior independência em sua atuação.

Referências

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Emenda de Redação nº 1 ao PLV nº 7/2019 (Relativo à MP 869/18 - Proteção de Dados Pessoais)*. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1756124&filename=ERD+1/2019+%3D%3E+MPV+869/2018. Acesso em: 31 ago. 2019.

_____. Câmara dos Deputados. *Parecer nº 1/2019 da Comissão Mista de votação da MP 869/2018*. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegrarjsessionid=9EC610DD6ADD2D1AD386EA90CAB11DF6.proposicoesWebExtern01?codteor=1745016&filename=Tramitacao-MPV+869/2018. Acesso em: 31 ago. 2019.

_____. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)*. In: Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 15 ago. 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm. Acesso em: 31 ago. 2019.

_____. Lei nº 13.853, de 08 de julho de 2019. *Altera a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, para dispor sobre a proteção de dados pessoais e para criar a Autoridade Nacional de*

Proteção de Dados; e dá outras providências. In: Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 09 jul. 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13853.htm. Acesso em: 31 ago. 2019.

CARNEIRO, Isabelle da Nóbrega Rito; SILVA, Luiza Caldeira Leite; TABACH, Danielle. Tratamento de dados pessoais. In: FEIGELSON, Bruno; SIQUEIRA, Antonio Henrique Albani (Coords.). *Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados: Lei nº 13.709/2018*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

CRAVO, Daniela Copetti. *Direito à portabilidade de dados: interface entre defesa da concorrência, do consumidor e proteção de dados*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

DE HERT, Paul; PPAKONSTANTINO, Vagelis; MALGIERI, Gianclaudio; BESLAY, Laurent; SANCHEZ, Ignacio. The right to data portability in the GDPR: towards user-centric interoperability of digital services. *Computer Law & Security Review*, Reino Unido: Elsevier, v. 34, nº 2, p. 193-203, abr. 2018.

DONEDA, Danilo. O direito fundamental à proteção de dados pessoais. In: MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti (Coords.). *Direito digital: direito privado e Internet*. 2ª ed. Indaiatuba: Foco, 2019.

DU BOIS, François. Social purposes, fundamental rights and the judicial development of private law. In: NOLAN, Donal; ROBERTSON, Andrew (Eds.). *Rights and private law*. Oxford: Hart Publishing, 2012.

FLORIDI, Luciano. *The ethics of information*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

GONÇALVES, Vilmar Luiz Graça. Direito administrativo e avanços tecnológicos: desafios e conquistas. In: BECKER, Daniel; FERRARI, Isabela (Coords.). *Regulação 4.0: novas tecnologias sob a perspectiva regulatória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

GREENLEAF, Graham. Global Data Privacy 2019: DPAs, PEAs, and their Networks. *University of New South Wales Law Research Series*, Sydney, v. 158, Research Paper n. 19-68, p. 1-7, ago. 2019.

MARTINS, Fernando Rodrigues. A saúde suplementar como sistema jurídico hipercomplexo e a proteção da confiança. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 120, nº 4, p. 77-101, nov./dez. 2018.

MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti; FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. Primeiras impressões sobre as alterações da Medida Provisória 869/2018 na LGPD. *Jota*. 14 jan. 2019. Disponível em: <http://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/lgpd-mp-autoridade-dados-pessoais-14012019>. Acesso em: 31 ago. 2019.

MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. Dados pessoais sensíveis e a tutela de direitos fundamentais: uma análise à luz da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/18). *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, v. 19, nº 3, p. 159-180, set./dez. 2018.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. ANPD em busca de sua autonomia: é preciso aperfeiçoar a MP 869/2018. *Jota*. 1º de maio de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-01/garantias-consumo-anpd-busca-autonomia-preciso-aperfeicoar-mp>. Acesso em: 03 ago. 2019.

SILVA, Jorge Pereira da. *Deveres do Estado de proteção de direitos fundamentais: fundamentação e estrutura das relações jusfundamentais triangulares*. 3ª ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015, p. 585.