



8506336

08012.001058/2019-61



MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA

Nota Técnica n.º 4/2019/GAB-SENACON/SENACON/MJ**PROCESSO Nº 08012.001058/2019-61****INTERESSADO: SECRETARIA NACIONAL DO CONSUMIDOR**

1. RELATÓRIO

1.1. Não há dúvida que a proteção dos dados pessoais seja um dos temas de maior relevância na economia digital atual (chamada de “Revolução 4.0”). Tanto que motivou uma legislação Europeia sobre o tema e a criação de agências reguladoras especializadas no tema. Por outro lado, também é área estratégica para proteção e defesa do consumidor, a tal ponto de ter sido eleito pelo Comitê de Política do Consumidor da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) como tema prioritário para o desenho de políticas públicas protetivas^[1].

1.2. O Brasil seguiu essa linha de proteção de dados e criou lei específica para o seu tratamento, a saber a Lei nº 13.709 de 14 de agosto de 2018, conhecida como a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). A Medida Provisória nº 869 (MP 869/2018), de 27 de dezembro de 2018, alterou a LGPD.

1.3. Dentre os pontos mais importantes trazidos pela MP 869/2018, no âmbito de atuação da Secretaria Nacional do Consumidor (SENACON), estão a criação e estruturação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) e o aumento do prazo geral da *vacatio legis* da lei para 24 meses. Destaca-se que os artigos da criação da ANPD já são válidos desde a publicação da MP 869/2018.

1.4. Deixaremos de lado do escopo da presente análise o estudo de dispositivos da LGPD, que constituem já parte do Direito material brasileiro e sobre os quais não existe discussão parlamentar pendente em curso.^[2]

2. ANÁLISE

2.1. Ainda que a MP 896/2018 possa ter aspectos positivos – como o primeiro passo ao desejo de criação de uma agência especializada, nos moldes europeus –, alguns artigos e incisos podem ir de encontro com os interesses dos consumidores, motivo pelo qual é necessário analisar o seu texto com atenção, sendo que o ponto mais sensível diz respeito ao arranjo institucional da ANPD.

2.2. Com efeito, não obstante a previsão de diálogo da ANPD com a SENACON – e outros órgãos de competências afetas do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC) –, a MP 869/2018, ao estabelecer a primazia da ANPD frente aos demais órgãos públicos para os fins da LGPD, cria discussões e questões relacionadas à sua constitucionalidade e mesmo de insegurança jurídica e, o que é mais grave, de potencial prejuízo aos direitos dos consumidores. Deve-se, para esse fim,

recordar da experiência recente do Brasil com a criação de diversas agências reguladoras especializadas em mercados específicos e a percepção (ausentes estudos empíricos que permitiram a confirmação ou não disso) existente na sociedade brasileira de que os consumidores ficaram desamparados nesse desenho regulatório.

2.3. No caso da LGPD, grande parte dos bancos de dados pessoais são constituídos por dados de consumo, originados de relações de consumo, matéria essa de atuação da SENACON. Exemplo dos reflexos consumeristas da proteção de dados podem ser constatados, inclusive, a partir das investigações conduzidas pela SENACON que versam de forma correlata (indireta ou mesmo direta) à LGPD.^[3] A nova competência preponderante da ANPD pode colocar em risco o andamento e *enforcement* dos processos administrativos em andamento – sem prejuízo de outros que possam porventura serem instaurados –, motivo pelo qual não faz sentido que a SENACON seja privada de atuar no âmbito de uma matéria que é inerente às suas competências. Mais do que isso, o consumidor brasileiro está num estágio menos avançado em relação à importância e ao valor econômico de sua privacidade e de seus dados se comparado aos consumidores europeus, tornando a aplicação do Código de Defesa do Consumidor (CDC) desejável nesse estágio de nosso desenvolvimento sócio cultural.

2.4. Nesse sentido, como dito anteriormente, destaca-se que, justamente pela natureza do tema, em outros países é comum a existência de autoridades independentes e/ou competências compartilhadas. Assim, alguns especialistas defendem que, em razão das competências concorrentes em relação as que serão desempenhadas pela ANPD, seria adequado que fosse criado não uma autoridade nacional, mas, sim, uma agência ou autarquia com estrutura similar ao do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Mas essa estrutura tem consideráveis custos e parece inevitável uma análise custo-benefício antes de decisão de tamanha importância. Igualmente, a discussão sobre captura do regulador em detrimento dos consumidores deve ser lembrada.^[4]

2.5. Outra opção, menos ambiciosa e talvez mais adequada à realidade orçamentária brasileira, seria a criação de uma nova secretaria, ou mesmo departamento, dotado de uma estrutura enxuta com as competências atribuídas pela MP à ANPD, devidamente vinculada ao Ministério da Justiça e Segurança Pública (MJSP), reproduzindo a história de sucesso do CADE (ao qual ele permanece vinculado ainda hoje). Para evitar eventuais problemas de captura ou rotatividade dos integrantes do órgão ou agência, os seus integrantes deveriam ser, na medida do possível, servidores públicos efetivos, e eventuais cargos designados poderão ser FCPEs.

2.6. No entanto, ambas as alternativas esbarram no texto da própria MP 869/2018, que prevê que a ANPD será um órgão da administração pública federal integrante da Presidência da República.

2.7. Nesse sentido, cabe observar o artigo 61 da Constituição Federal de 1988:

“Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.

§ 1º São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:

I - fixem ou modifiquem os efetivos das Forças Armadas;

II - disponham sobre:

a) criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração;”

2.8. Alterações como as aqui propostas pela SENACON não podem ser realizadas por meio de emenda parlamentar por vedação constitucional, pois os parlamentares não estão autorizados a desvirtuar o projeto do Poder Executivo. Consequentemente, é preciso que as emendas parlamentares

guardem estreita relação com a proposta original da MP 869/2018, de forma que não será possível uma alteração do texto da MP para que a ANPD se vincule ao MJSP. Muito menos ainda, mas pelo mesmo motivo, poderia ser criada uma agência independente.

2.9. No caso, a vinculação da ANPD ao MJSP criaria uma nova estrutura e geraria novos gastos, o que, além de vedado pelo artigo 55-A^[5] da MP 869/2018, é de iniciativa exclusiva do Presidente da República nos termos do dispositivo constitucional supracitado; o mesmo seria válido para afastar a possibilidade de criação de uma agência reguladora. Por conseguinte, tal alteração via emenda geraria vício de iniciativa e provável declaração de inconstitucionalidade formal.

2.10. O Supremo Tribunal Federal se posiciona de igual maneira, sendo a posição majoritária da Corte que “a ausência de pertinência temática de emenda da casa legislativa em projeto de lei de iniciativa exclusiva leva a concluir-se pela inconstitucionalidade formal”^[6].

2.11. Assim, não seria possível adaptar o texto da MP 869/2018 para os formatos institucionais alternativos que, na visão desta SENACON, seriam os mais adequados, motivo pelo qual entende-se ser necessário a edição de um novo normativo de iniciativa do Presidente da República sobre a matéria.

2.12. No entanto, vencido esse debate, caso se decida pela proposição de emendas à MP 869/2018, as nossas considerações seriam as seguintes, referentes aos artigos 55-J, III, 55-K, parágrafo único, e do artigo 58-A, e seus desdobramentos.

2.13. Diz a redação do artigo 55-K:

“Art. 55-K. A aplicação das sanções previstas nesta Lei compete exclusivamente à ANPD, cujas demais competências prevalecerão, no que se refere à proteção de dados pessoais, sobre as competências correlatas de outras entidades ou órgãos da administração pública.

Parágrafo único. A ANPD articulará sua atuação com o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor do Ministério da Justiça e com outros órgãos e entidades com competências sancionatórias e normativas afetas ao tema de proteção de dados pessoais, e será o órgão central de interpretação desta Lei e do estabelecimento de normas e diretrizes para a sua implementação.”

2.14. Em síntese, o artigo acima estabelece o protagonismo da ANPD na aplicação e interpretação da LGPD e demais assuntos referentes à proteção de dados pessoais. O teor do artigo 55-J tem posicionamento similar:

“Art. 55-J. Compete à ANPD:

III - deliberar, na esfera administrativa, sobre a interpretação desta Lei, suas competências e os casos omissos;

(...)

VI - fiscalizar e aplicar sanções na hipótese de tratamento de dados realizado em descumprimento à legislação, mediante processo administrativo que assegure o contraditório, a ampla defesa e o direito de recurso;

(...)

XV - articular-se com as autoridades reguladoras públicas para exercer suas competências em setores específicos de atividades econômicas e governamentais sujeitas à regulação;”

2.15. Conforme já mencionado, a competência concorrente entre SENACON e ANPD e eventual primazia da ANPD trará problemas referentes à insegurança jurídica e *enforcement*. Assim, entende-se que a redação de tal dispositivo deve ser alterada, a fim de evitar problemas dessa natureza, sugerindo-se a seguinte redação:

“Art. 55-K. A aplicação das sanções previstas nesta Lei compete exclusivamente à

ANPD e demais autoridades de defesa do consumidor, cujas demais competências serão concorrentes quando correlatas a outras entidades ou órgãos da administração pública ~~prevalecerão, no que se refere à proteção de dados pessoais, sobre as competências correlatas de outras entidades ou órgãos da administração pública.~~

Parágrafo único. A ANPD articulará sua atuação com o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor do Ministério da Justiça e com outros órgãos e entidades com competências sancionatórias e normativas afetas ao tema de proteção de dados pessoais, que também ~~será o órgão central de~~ serão responsáveis pela interpretação desta Lei e do estabelecimento de normas e diretrizes para a sua implementação.”

2.16. Ou alternativamente:

“Art. 55-K. A aplicação das sanções previstas nesta Lei compete exclusivamente à ANPD, cujas demais competências prevalecerão, no que se refere à proteção de dados pessoais, sobre as competências correlatas de outras entidades ou órgãos da administração pública. Esse artigo não se aplica aos efeitos que o descumprimento dos artigos dessa Lei possa ter sobre o Direito do Consumidor, nem afasta as regras e princípios previstos no Código de Defesa do Consumidor, nem afasta a competência dos órgãos de defesa do consumidor integrantes do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor.

Parágrafo único. A ANPD articulará sua atuação com o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor do Ministério da Justiça e com outros órgãos e entidades com competências sancionatórias e normativas afetas ao tema de proteção de dados pessoais, e ~~será o órgão central de~~ interpretação desta Lei e do estabelecimento de normas e diretrizes para a sua implementação. Já no campo de aplicação do Direito do Consumidor e mais especificamente do CDC, será a Senacon o órgão central de interpretação legal e do desenho das políticas públicas afeitas à proteção do consumidor.

2.17. Seria importante também incluir o seguinte texto ao artigo 55-J a fim de demonstrar a competência concorrente entre ANPD e SENACON:

“Art. 55-J. Compete à ANPD:

(...)

III - deliberar, na esfera administrativa, em conjunto com a Secretaria Nacional do Consumidor, sobre a interpretação desta Lei, suas competências e os casos omissos;

(...)

VI - fiscalizar e aplicar sanções na hipótese de tratamento de dados realizado em descumprimento à legislação, em conjunto com a Secretaria Nacional do Consumidor, mediante processo administrativo que assegure o contraditório, a ampla defesa e o direito de recurso;

(...)

XV - articular-se, em conjunto com a Secretaria Nacional do Consumidor, com as autoridades reguladoras públicas para exercer suas competências em setores específicos de atividades econômicas e governamentais sujeitas à regulação; e

(...)"

2.18. Por sua vez, o artigo 58-A trata da composição do Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais. Esse Conselho tem como competência a proposição de estratégias e fornecimento de subsídios para a elaboração da Política Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade e para a atuação da ANPD; a elaboração de relatórios anuais de avaliação da execução das ações da Política Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade; a apresentação de sugestões de ações a serem realizadas pela ANPD; a elaboração de estudos e realização de debates e audiências públicas sobre a proteção de dados pessoais e da privacidade; e a disseminação do conhecimento sobre a proteção de dados pessoais e da privacidade à população em geral.

2.19. Diz o referido artigo:

“Art. 58-A. O Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade será composto por vinte e três representantes, titulares suplentes, dos seguintes órgãos:

- I - seis do Poder Executivo federal;
- II - um do Senado Federal;
- III - um da Câmara dos Deputados;
- IV - um do Conselho Nacional de Justiça;
- V - um do Conselho Nacional do Ministério Público;
- VI - um do Comitê Gestor da Internet no Brasil;
- VII - quatro de entidades da sociedade civil com atuação comprovada em proteção de dados pessoais;
- VIII - quatro de instituições científicas, tecnológicas e de inovação; e
- IX - quatro de entidades representativas do setor empresarial relacionado à área de tratamento de dados pessoais.”

2.20. De acordo com as divisões acima, o Conselho contará com 10 representantes do governo dentre pessoas do Poder Executivo Federal, Congresso Nacional, Conselho Nacional de Justiça e Conselho Nacional do Ministério Público, enquanto a sociedade civil contará com 12 representantes. Há, também, a previsão de um integrante do Comitê Gestor da Internet no Brasil, que poderá ou não ser um membro do governo^[7].

2.21. Essa disparidade de representação entre governo e sociedade civil, aliada ao fato de que a participação do Conselho não ser remunerada^[8], gera um risco de captura do Conselho por agentes privados^[9]. Isso poderá gerar resultados opostos aos pretendidos pela edição e promulgação da LGPD e regulação^[10] da proteção de dados, e, mais especificamente, prejuízos aos consumidores. Nesse cenário, a ANPD passaria a servir a duas finalidades básicas, no interesse de certos agentes privados: instituir barreiras de mercado a novos entrantes e legitimar formalmente retornos econômicos acima do que seria viável no mercado privado.

2.22. Além disso, apesar de ser assegurada a autonomia técnica da ANPD^[11], não há garantias institucionais dessa autonomia, haja vista que, ao ser criada sem aumento de despesas de forma vinculada à Presidência da República, a ANPD fica sujeita aos interesses do Poder Executivo, já que as funções técnicas de confiança serão remanejadas de outros órgãos do Poder Executivo Federal.

2.23. Assim, a recomendação é que tal dispositivo seja alterado para que a participação no Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais seja, no mínimo, paritária entre governo, iniciativa privada e sociedade civil, com participação maior de entidades de defesa do consumidor. Posto isso, sugere-se a seguinte alteração na redação para o dispositivo, a fim de equilibrar os interesses a serem representados no Conselho Nacional de Proteção de Dados pessoais:

“Art. 58-A. O Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade será composto por vinte e três representantes, titulares suplentes, dos seguintes órgãos:

- I - seis do Poder Executivo federal, sendo dois representantes obrigatoriamente do Ministério da Justiça e Segurança Pública;
- II - um do Senado Federal;
- III - um da Câmara dos Deputados;
- IV - um do Conselho Nacional de Justiça;
- V - um do Conselho Nacional do Ministério Público;
- VI - um do Comitê Gestor da Internet no Brasil;
- VII - quatro de entidades da sociedade civil com atuação comprovada em

proteção de dados pessoais;
VIII - quatro de instituições científicas, tecnológicas e de inovação; e
IX - ~~quatro~~ três de entidades representativas do setor empresarial relacionado à área de tratamento de dados pessoais;
X - dois de entidades de defesa do consumidor.”

À consideração superior.

ISABELA MAIOLINO
Assessora Técnica

De acordo.

FERNANDO BOARATO MENEGUIN
Secretário Nacional do Consumidor, Substituto

^[1] Nesse sentido foram as discussões no âmbito da Draft Agenda: Committee on Consumer Policy (CCP) 97th Session, de 10-11 Abril de 2019, especificamente o Directorate for Science, Technology and Innovation Committee On Consumer Policy com a discussão “Good Practice Guide on Consumer Data: Avoiding deceptive and unfair practices”, bem como o Toolkit for Protecting Digital Consumers (2018), disponível em: <http://www.oecd.org/going-digital/topics/digital-consumers/toolkit-for-protecting-digital-consumers.pdf>;

^[2] Deixaremos de fora, portanto, a discussão de conveniência e oportunidade de termos criado um sistema legislativo que estabelece um padrão de controle elevado para os padrões de países em desenvolvimento e que aumentam os custos de se fazer negócios, potencialmente criando barreiras às pequenas e medianas empresas. Nesse sentido, ver por exemplo o artigo de Leonardo Corrêa, “Um paradoxo da Lei Geral de Proteção de Dados”, publicado no portal Conjur em 04 de janeiro de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-04/leonardo-correa-paradoxo-lei-geral-protectao-dados>

^[3] Processo Administrativo nº 08012.000723/2018-19, Representante: Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor, Representado: Facebook Inc. e Facebook Serviços Online do Brasil Ltda.; Processo Administrativo nº 08012.002467/2018-02, Representante: Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor, Representado: Facebook Inc. e Facebook Serviços Online do Brasil Ltda.; Processo Administrativo nº 08012.000520/2019-11, Representante: Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor, Representado: Facebook Serviços Online do Brasil Ltda.; Processo Administrativo nº 08012.004630/2015-11, Representante: MPF – Procuradoria da República no Estado do Piauí, Representado: Google Brasil Internet Ltda.

^[4] A teoria da captura foi desenvolvida por George Stigler, segundo a qual as características do processo político conduzem a que a atividade regulatória seja exercida em favor de grupos de interesse relativamente pequenos, que se beneficiam de recursos e poderes públicos para melhorar seu status econômico. STIGLER, George J. **The Theory of Economic Regulation**. The Bell Journal of Economics and Management Science. vol. 2, no 1, pp. 3-21, 1971.

^[5] **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.”

^[6] Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1834, Relator: Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 08/03/2018, Acórdão Eletrônico DJe-099, DIVULG 21-05-2018, publicado em 22-05-2018.

^[7] O Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI.br) foi criado pela [Portaria Interministerial nº 147](#), de 31 de maio de 1995, alterada pelo [Decreto Presidencial nº 4.829](#), de 3 de setembro de 2003, para coordenar e integrar todas as iniciativas de serviços da Internet no país, promovendo a qualidade técnica, a inovação e a disseminação dos serviços ofertados. É composto por membros do governo, do setor empresarial, do terceiro setor e da comunidade acadêmica. A composição do CGI.br foi estabelecida pelo [Decreto nº 4.829](#), de 2003. Integram o CGI.br 9 representantes do setor governamental, 4 do setor empresarial, 4 do terceiro setor, 3 da comunidade científica e tecnológica e 1 representante de notório saber em assuntos de Internet.

^[8] Art. 58-A, § 4º A participação no Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade será considerada prestação de serviço público relevante, não remunerada.

^[9] De acordo com Justen Filho, o fenômeno da captura de agências reguladoras ocorre quando há distorção do interesse público em favor do interesse privado. No caso, a agência perde sua condição de autoridade comprometida com a realização do interesse coletivo e passa a reproduzir atos destinados a legitimar a consecução de interesses privados dos segmentos regulados. JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 369-370, 2002.

^[10] Nesse sentido, SUNSTEIN, Cass R. **Free Markets and Social Justice**. New York and Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 271

^[11] **Art. 55-B.** É assegurada autonomia técnica à ANPD.”



Documento assinado eletronicamente por **FERNANDO BOARATO MENEGUIN, Secretário(a) Nacional do Consumidor - Substituto(a)**, em 11/04/2019, às 16:19, conforme o § 1º do art. 6º e art. 10 do Decreto nº 8.539/2015.



Documento assinado eletronicamente por **Isabela Maiolino, Assessor(a) Técnico(a)**, em 11/04/2019, às 16:21, conforme o § 1º do art. 6º e art. 10 do Decreto nº 8.539/2015.



A autenticidade do documento pode ser conferida no site <http://sei.autentica.mj.gov.br> informando o código verificador **8506336** e o código CRC **05732773**
O trâmite deste documento pode ser acompanhado pelo site <http://www.justica.gov.br/acesso-a-sistemas/protocolo> e tem validade de prova de registro de protocolo no Ministério da Justiça e Segurança Pública.

Referência: Processo nº 08012.001058/2019-61

SEI nº 8506336