

## Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor

### Medida Provisória nº 869 – Análise da criação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados

A Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) foi criada pela Medida Provisória nº 869, editada pelo então presidente Michel Temer em seu último dia de governo. Vetada pela alegação de vício de iniciativa no projeto original aprovado pelo Congresso Nacional, a criação da Autoridade ficou pendente desde agosto de 2018, quando a Lei de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) foi sancionada.

O modelo previsto pelo governo, no entanto, não atendeu às expectativas de uma Autoridade com independência administrativa, técnica e financeira. A Medida Provisória modificou substancialmente o conteúdo da Lei aprovada pelos parlamentares, alterando competências e prerrogativas da Autoridade, e surpreendendo por modificar outros artigos importantes que fogem ao escopo da mera organização institucional. Analisamos, nesta nota técnica, as principais alterações e suas consequências.

#### I. Alterações gerais no conteúdo da Lei

##### 1. Ampliação do escopo do tratamento de dados para fins de Segurança Pública (art. 4º)

A Medida Provisória nº 869 trouxe uma mudança significativa referente ao tratamento de dados cuja finalidade é segurança pública. De acordo com a LGPD (art. 4º, III), esses casos são excepcionados da aplicação da Lei, apesar de necessariamente terem de observar alguns requisitos. Quais sejam, na redação original aprovada pelo Congresso:

(i) a necessidade de atenção ao devido processo legal, aos princípios gerais de proteção e aos direitos do titular previstos na Lei (art.4º, §1º);

(ii) a vedação de que o tratamento para o fim de segurança pública fosse feito por pessoa jurídica de direito privado, exceto em procedimentos realizados sob a tutela do poder público, devendo o caso também ser comunicado à autoridade nacional (§2º). Nesse ponto, o artigo também vedava que a totalidade dos dados pessoais fosse tratada por pessoa jurídica de direito privado (§4º)

(iii) a possibilidade da autoridade nacional emitir opiniões técnicas, recomendações e pedidos de relatórios de impacto para os responsáveis (§3º);

Na MP, ocorreu uma flexibilização dessa hipótese e de seus requisitos, **reduzindo consideravelmente as capacidades da autoridade**, retirando a necessidade de informe de procedimentos feitos por pessoa jurídica de direito privado, assim como a prerrogativa de emitir opiniões técnicas, recomendações e solicitar relatórios de impacto nesses casos. Ainda, passou a permitir que pessoas jurídicas de direito privado

controladas pelo poder público pudessem tratar integralmente dados pessoais para essa finalidade. Isso, na prática, permite que empresas públicas, fundações, e quaisquer outras entidades desse tipo possam coletar dados sob essa prerrogativa sem o consentimento dos cidadãos.

Cabe ressaltar que a exceção da lei ao tratamento de dados para segurança pública e defesa nacional, por si só, já representava um risco ao cidadão, tendo em vista que os termos “segurança pública” ou “defesa nacional” admitem interpretações amplas e pouco circunscritas juridicamente, abrindo espaço para eventuais abusos do Poder Público. **Expandir as hipóteses deste tratamento para outros atores e reduzir o poder fiscalizatório e regulatório da Autoridade nesta seara, representa, assim, um aumento do risco de uso indevido de dados.**

## 2. Permissão de compartilhamento de dados referentes à saúde (art. 11)

O tratamento de dados pessoais sensíveis sem consentimento de seu titular é permitido, entre outras hipóteses, no caso de “tutela da saúde, em procedimento realizado por profissionais da área da saúde ou por entidades sanitárias” (art. 11, f).

Na versão sancionada da Lei, ficava proibido o compartilhamento ou transferência de dados sensíveis referentes à saúde cujo objetivo fosse obter vantagem econômica, excetuando-se os casos em que fosse necessário para portabilidade (art. 11, §4º). Essa vedação impedia, por exemplo, práticas de compartilhamento de dados coletados em farmácias que permitissem identificar a frequência e os medicamentos de um consumidor para um plano de saúde determinar preços diferenciados.

A Medida Provisória, no entanto, acrescentou a hipótese de possibilidade do compartilhamento quando houver “necessidade de comunicação para a adequada prestação de serviços de saúde suplementar” (art. 11, II). **A redação bastante ampla dada ao inciso abre margem para que o compartilhamento de dados de saúde ocorra para a obtenção de vantagem econômica de ente privado, aumentando a possibilidade de ocorrência de abusos** (como esta precificação direcionada) contra consumidores. Além disso, colabora para que os dados pessoais sensíveis sejam tratados na contramão da vontade de seus titulares.

## 3. Fim da possibilidade de revisão decisões automatizadas por pessoa natural (art. 20)

Qualquer tecnologia criada e incrementada por meio de inteligência artificial e algoritmos pode errar ou apresentar algum mal funcionamento. O problema passa a ser grave quando são essas tecnologias as responsáveis por tomarem decisões importantes e de grande impacto à vida de um cidadão, tal como decisões que determinem o seu perfil psicológico, seu perfil de consumo, seu modo de trabalhar ou grau de confiança para o mercado de crédito. É por isso que, na versão original da LGPD, o art. 20 trazia a possibilidade de qualquer pessoa “solicitar revisão, por pessoa natural, de decisões tomadas unicamente com base em tratamento automatizado de dados pessoais”.

A previsão, no entanto, foi modificada pela Medida Provisória, que retirou a necessidade de que a revisão ocorresse por pessoa natural. Na prática, **isso fará com que revisões de decisões tomadas por algoritmos possam ser realizadas pelos mesmos algoritmos que erraram, sem qualquer garantia ao usuário**

**de que o seu processo será também analisado por um ser humano.** Como em nossa sociedade só tende a crescer o uso de mecanismos automatizados, esse direito – de falar e de solicitar revisão por um ser humano – deve ser fundamental. Apenas assim pode se garantir a integralidade do acesso à justiça.

#### 4. Possibilidade de transferência de dados da administração pública para entes privados (art. 26)

A Medida Provisória também flexibilizou a transferência de dados da administração pública a entes privados. Na versão sancionada (art. 26), a lei apenas a permitia o compartilhamento nos casos entre entes públicos e privados em dois casos: primeiro, em casos de execução da Lei de Acesso à Informação, e, segundo, quando houvesse previsão legal respaldada em contratos, convênios ou instrumentos congêneres.

A nova redação, no entanto, acrescentou novas possibilidades para o compartilhamento. Agora, apenas a indicação de um encarregado para as operações de tratamento de dados já seria suficiente para autorizar a transferência. Ainda, foi retirada a necessidade de informe à ANPD quando esta transferência ocorrer. **Ou seja, passa a ser muito mais fácil a entrega de dados tratados pelo poder público para empresas, a despeito da vontade do titular dos dados ou de determinação legal.**

#### 5. Redução do dever de informação ao titular dos dados (art. 7º)

O consentimento é a regra geral para o tratamento de dados pessoais. No entanto, está sujeito a exceções em casos específicos, previstos nos incisos do art. 7º da Lei. Dois desses casos específicos de exceção – o tratamento de dados necessário por obrigações legais ou regulatórias (art. 7º, II) e o tratamento necessário para a execução de políticas públicas (Art. 7º, III) – estavam sujeitos à necessidade de informação ao titular. Isso significa, em linhas gerais, que embora o consentimento específico não fosse necessário no caso, ainda haveria a necessidade de transparência e clareza ao cidadão sobre os casos em que poderia ocorrer algum tratamento de dados por conta dessas hipóteses.

**A Medida Provisória retirou essa necessidade, prejudicando, assim, o exercício do direito de informação ao consumidor. Ademais, retira mais uma competência da autoridade, uma vez que ela seria também a responsável por determinar de que maneiras esse repasse das informações poderia ocorrer ao usuário final.**

## II. O Modelo de Autoridade

### 1. Redução da independência administrativa e financeira

De acordo com a redação original da Lei de Dados Pessoais, a ANPD seria um órgão da administração pública indireta, submetida a um regime autárquico especial, vinculada ao Ministério da Justiça e caracterizada por independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica e autonomia financeira.

O que aconteceu com a Medida Provisória foi uma modificação completa desse modelo. A Autoridade foi por meio dela transformada em órgão da Administração Pública direta, vinculada à Presidência da República, e sem garantia de autonomia financeira.

É necessário enfatizar a importância da independência da ANPD para o exercício de suas funções. Essa garantia é fundamental para permitir sua capacidade de atuação isonômica, tendo em vista que uma de suas principais funções é a fiscalização, tanto dos entes privados quanto do setor público. Vinculada diretamente ao governo, fica no mínimo mais difícil para que esse controle ocorra de maneira realmente efetiva e livre de influências políticas. Garantir sua autonomia é garantir a eficácia da Lei de Dados Pessoais, justamente porque é a ANPD que tem a capacidade de monitorar e impor penalidades às condutas que venham a contradizer a Lei.

Integrada à Presidência da República, a ANPD passa a ser subordinada hierarquicamente ao Ministro da Casa Civil, que pode decidir, por exemplo, pela instauração de processo disciplinar contra os membros da Autoridade, e ao próprio Presidente, que detém o poder de afastá-los preventivamente (art. 55-E). Em que pese ser procedimento administrativo regular, esta hierarquia colide frontalmente com a autonomia administrativa fundamental para uma Autoridade independente.

Tais características são requisitos necessários também para que a legislação brasileira esteja adequada ao modelo de tratamento de dados pessoais estabelecido por meio do regulamento europeu de proteção de dados, o que facilitaria acordos comerciais internacionais que permeiam a troca de dados pessoais com países da União Europeia, bem como a colaboração das polícias a nível internacional em investigações. Atualmente, na América Latina, apenas Argentina e Uruguai são considerados como países adequados a esse nível.<sup>1</sup>

A despeito do artigo 55-B assegurar autonomia técnica à ANPD, a falta de previsão orçamentária – e a previsão de que a Autoridade será criada “sem aumento de despesas” dificulta a existência de um corpo técnico especializado, posto que os funcionários serão remanejados de outros órgãos (arts. 55-H e 58, §2º). A falta de tecnicidade possui um efeito em cascata, prejudicando o cumprimento de quase todas as atribuições da ANPD, como a emissão de recomendações e de normativas sobre o tratamento de dados.

## 2. Competências e prerrogativas da Autoridade

Além de modificar a estrutura institucional formal do órgão responsável por supervisionar a execução da Lei de Dados Pessoais, a Medida Provisória ainda trouxe mudanças nas competências, funções e prerrogativas da ANPD. Destacamos as seguintes:

a) Retirou a previsão de solicitação ao poder público de informe específico sobre o tratamento de dados (art. 56, XI versus art. 55-J, IV).

Na redação original, havia a prerrogativa da Autoridade solicitar ao poder público, a qualquer momento, um informe específico sobre tratamento de dados pessoais, com eventual emissão de parecer

---

<sup>1</sup> Ver: <https://www.cnil.fr/en/data-protection-around-the-world>

técnico. Tal alteração reduz o poder de fiscalização da Autoridade sobre o Poder Público, comprometendo sua capacidade para investigar a utilização de dados pessoais de cidadãos pelo Governo.

b) Retirou a prerrogativa da autoridade editar normas e regulamentos sobre a produção de relatórios de impacto em casos de tratamento de alto risco (Art. 56, inciso XIII versus 55-J II).

Os relatórios de impacto à proteção de dados pessoais são documentos elaborados pelos responsáveis pelo tratamento de dados, que contêm a descrição dos processos realizados e os seus riscos para os direitos e liberdades dos cidadãos, bem como uma descrição de medidas e mecanismos utilizáveis para reduzi-los. Nesse sentido, mesmo a Lei sancionada pelo ex-presidente Michel Temer já não continha previsões muito específicas detalhando quando e como ocorreria a exigência de elaboração do relatório.

Com a Medida Provisória, a Autoridade deixa de ter o poder para regular a matéria e sanar os vácuos legislativos que surgirão quando a legislação for aplicada. A retirada dessa previsão legal faz com que o relatório de impacto passe a ser quase inexigível, o que se reflete diretamente na falta de um planejamento de ações previstas para minimizar ou mitigar possíveis danos de atividades altamente arriscadas de tratamento.

c) Retirou a prerrogativa da Autoridade realizar auditorias como forma de fiscalização (Art. 56 XVI).

As auditorias – previstas na redação original da Lei – são um processo de verificação, por meio do qual se comprova o tratamento adequado dos dados pessoais feito pela organização. Trata-se de uma ferramenta central para a supervisão sobre as operações de tratamento, possibilitando transparecer oportunidades de melhorias para as empresas, bem como eventuais situações que ensejam a aplicação de sanções. A Medida Provisória, porém, retira essa prerrogativa geral. A possibilidade de realização de auditorias fica, assim, restrita a um caso específico: para a verificação de aspectos discriminatórios em tratamento automatizado de dados pessoais, quando informações claras não forem prestadas pela organização. Ou seja, fica reduzido a liberdade de atuação fiscalizatória da Autoridade.

d) Acrescentou previsão de mínima intervenção da ANPD (art. 58-B, §1º), e incluiu possibilidade de responsabilização em casos de desrespeito aos segredos comercial e industrial (Art. 55-J. § 4º).

O parágrafo 1º do art. 58-B resume bem as alterações promovidas pela MP ao acrescentar a exigência de “mínima intervenção” da Autoridade. Além de ser expressão aberta às mais diversas interpretações e acepções, a lógica por trás da inserção desta previsão é a de que o mercado seria conduzido com o objetivo ético e moral de respeitar os cidadãos. Porém, a falta de regulação desta relação desnivelada entre empresas e consumidores apenas é benéfica ao poder econômico, deixando a população desprotegida e sem armas para reivindicar seus direitos. Uma Autoridade forte, que realiza fiscalização ativa das posturas empresariais perante os dados pessoais, é necessária para garantir a proteção dos cidadãos.

Isso se reflete na necessidade de proteção dos segredos comercial e industrial. A redação original da Lei determinava que uma das atribuições da Autoridade seria “zelar pela observância dos segredos comercial e industrial em ponderação com a proteção de dados pessoais (...)”, bem como “dispor sobre as formas de publicidade das operações de tratamento de dados pessoais, observado o respeito aos segredos comercial e industrial”. Ambas as previsões foram substituídas pelo §4º do art. 55-J da MP, que afirma que “No exercício das competências de que trata o caput, a autoridade competente deverá zelar pela preservação do segredo empresarial e do sigilo das informações, nos termos da lei, sob pena de responsabilidade”.

A alteração é muito delicada. A MP retira a necessidade de ponderação entre o respeito aos dados pessoais e os segredos industrial e comercial, acrescentando ainda a previsão de responsabilização da Autoridade em caso de desrespeito à preservação do segredo industrial. Embora sutil, essa mudança é capaz de minar a segurança da Autoridade em exercer suas capacidades investigativas. O segredo empresarial é praticamente transformado em um paradigma intocável, o que diminui as possibilidades de inserção da Autoridade na realidade das relações comerciais.

e) Retirou a necessidade de prestar contas a respeito de seu planejamento (art. 56, XIV).

Por fim, ao retirar a necessidade da Autoridade prestar contas sobre o seu planejamento (art. 56, XIV), a MP reduz a transparência do órgão e o consequente controle social sobre suas atividades, abrindo margem para uma atuação deficitária e até para casos de corrupção.

### III. Resumo e Conclusão

As mudanças previstas pela Medida Provisória concentraram-se em dois eixos. Primeiro, flexibilizou o texto de vários artigos da Lei, ampliando hipóteses de tratamento e reduzindo garantias e salvaguardas importantes, tanto no sentido de fornecer informação ao cidadão como no sentido de fiscalização pela autoridade. Segundo, estabeleceu a criação de uma ANPD de caráter diverso do desenho anterior previsto na versão aprovada pelo Congresso Nacional. Vinculada à Presidência da República, sem dotação orçamentária e subordinada ao Ministro da Casa Civil, não há garantia da autonomia necessária para que o órgão exerça suas funções de maneira adequada.