



O TRANSPLANTE JURÍDICO DO REGULAMENTO GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS DA UNIÃO EUROPEIA (“GDPR”) PARA O DIREITO BRASILEIRO

THE LEGAL TRANSPLANT OF EUROPEAN UNION DATA PROTECTION REGULATION (“GDPR”) FOR BRAZILIAN LAW

EL TRANSPLANTE JURÍDICO DEL REGLAMENTO GENERAL DE PROTECCIÓN DE DATOS DE LA UNIÓN EUROPEA (“GDPR”) PARA EL DERECHO BRASILEÑO

Ludimila Santos Derbli*

Resumo: Este trabalho tem como objetivo fazer uma breve análise comparativa entre o Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia e a Lei nº 13.709/2018 (a recentemente aprovada “Lei Geral de Proteção de Dados ou LGPD”), a fim de avaliar se a legislação recentemente adotada, no Brasil, a respeito, consiste no transplante jurídico do modelo da União Europeia e, uma vez reconhecido o transplante, analisar o dispositivo introduzido pela LGPD que autoriza o Poder Público ao tratamento e uso compartilhado de bancos de dados pessoais para execução de políticas públicas.

Palavra-chave: Transplantes jurídicos; Regulamento Geral de Proteção de Dados; Políticas Públicas.

Abstract: This paper aims at making a brief comparative analysis between the General Data Protection Regulation of the European Union (“GDPR”) and Law n. 13709/2018 (the recently approved LGPD) in order to evaluate whether or not the law recently enacted in Brazil consists in the legal transplant of the model adopted in the European Union and, once the hypothesis of the legal transplant is confirmed, to analyze the introduction by the LGPD of an authorization to the treatment and shared use of personal data by the Public Administration to implement public policies.

Keywords: Legal transplants; General Data Protection Regulation; Public Policies.

Resumen: Este trabajo tiene como objetivo hacer un breve análisis comparativo entre el Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea y la Ley nº 13.709/2018 (la recientemente aprobada “Ley General de Protección de Datos o LGPD”), a fin de evaluar si la legislación recientemente adoptada, en Brasil, al respecto, consiste en el trasplante jurídico del modelo de la Unión Europea y, una vez reconocido el trasplante, analizar el dispositivo introducido por la LGPD que autoriza al Poder Público al tratamiento y uso compartido de bancos de datos personales para la ejecución de políticas públicas.

Palabras-clave: Trasplantes legales; Reglamento General de Protección de Datos; Políticas Públicas.

*Mestranda em Direito da Regulação pela FGV DIREITO RIO. Pós-Graduada em Advocacia Pública pela UERJ e em Direito do Consumidor pela UCAM. Advogada da Petróleo Brasileiro S/A. E-mail: ludimilas2004@yahoo.com.br; ludimilasantos@petrobras.com.br.

1 INTRODUÇÃO

Em regra, o *iter* legislativo percorrido para um método racional de produção normativa depende da identificação de um problema, a determinação de objetivos e comportamentos necessários a solucionar aquele problema inicial, o estabelecimento de cenários alternativos, a escolha da solução jurídica, uma avaliação *ex post* dos efeitos que a norma produziu na sociedade ou em uma jurisdição específica, execução e avaliação retrospectiva (DELLEY, 2004).

Com a globalização, o dinamismo social, a cobrança por urgência na elaboração dos processos legislativos e de soluções jurídicas rápidas com resultados comprovados, o processo de transferência de uma regra de um sistema jurídico para outro tende a ser uma forma comumente adotada pelo legislador no processo de produção normativa. Trata-se do chamado transplante jurídico¹, que consiste na “mudança de uma regra ou de um sistema jurídico de um país para outro” (WATSON, 1974, p.21).

Este trabalho pretende fazer uma breve análise comparativa entre o Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia (“*General Data Protection Regulation* ou GDPR”) e a Lei nº 13.709/2018 (a recentemente aprovada “Lei Geral de Proteção de Dados ou LGPD”), com o objetivo de avaliar se a legislação nacional consiste no transplante jurídico do modelo da União Europeia e, uma vez reconhecido o transplante, analisar o dispositivo introduzido pela LGPD que autoriza o Poder Público ao tratamento e uso compartilhado de banco de dados pessoais para execução de políticas públicas. (BRASIL, 2018).

Este estudo se justifica, sob a perspectiva acadêmica, pela atualidade do tema. Verifica-se que há poucos trabalhos especificamente sobre esse assunto, o que demonstra que se está diante de um campo amplo para pesquisas e para novas abordagens.

2 O REGULAMENTO GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS DA UNIÃO EUROPEIA E A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS BRASILEIRA. HOUVE TRANSPLANTE?

Com o desenvolvimento da economia digital e a crescente utilização de dados pessoais por empresas públicas e privadas na comercialização de bens e serviços *on line*, constata-se uma certa dificuldade de a legislação acompanhar os avanços na regulação desse mercado e a premente necessidade de maior transparência no processo de coleta e tratamento desses dados, a fim de assegurar a maior proteção da privacidade dos indivíduos².

¹ A expressão transplante jurídico foi cunhada por Alan Watson significando “*the moving of a rule or a system of law from one country to another*”.

² Disponível em: <https://www.valor.com.br/empresas/5441139/facebook-vai-admitir-erros-ao-congresso-dos-eua>. Acesso em 06 jan. 2018. <https://www.valor.com.br/empresas/6032717/facebook-permitiu-que-netflix-e-spotify-lessem-mensagens-privadas>> Acesso em 06 jan. 2018.

Com esse propósito, em 2016, a União Europeia publicou o Regulamento Geral de Proteção de Dados (“*General Data Protection Regulation* ou GDPR”)³, em vigor desde maio/2018, que se aplica às empresas estabelecidas na Europa e àquelas situadas fora da União Europeia, mas que oferecem bens ou serviços aos cidadãos ali residentes. Assim, as empresas brasileiras que processem os dados daqueles indivíduos também se sujeitam ao regime do GDPR.

Em linhas gerais, o GDPR regula o tratamento e a livre circulação dos dados pessoais de uma pessoa singular identificada ou identificável que consiste na coleta, armazenamento e utilização de informações que identifiquem ou permitam a identificação de indivíduos europeus, tais como, nome, número de identificação, dados de localização, identificadores por via eletrônica ou outros elementos específicos da identidade física, fisiológica, genética, mental, econômica, cultural ou social da pessoa singular⁴.

Considerando que este trabalho tem por intuito realizar uma breve análise comparativa do GDPR com a legislação de proteção de dados aprovada recentemente no Brasil, o escopo do estudo limita-se a avaliar algumas regras que, sob o nosso ponto de vista, podem ter sido objeto de transplante para o sistema jurídico nacional.

Nessa linha, entende-se como principais dispositivos: (i) abrangência do Regulamento à tutela de dados pessoais e dados pessoais sensíveis⁵; (ii) a obrigatoriedade do consentimento dos indivíduos para o tratamento de seus dados pessoais⁶; (iii) o direito ao esquecimento⁷; (iv) a

³ Utilizamos para esse trabalho a versão em português do GDPR disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A02016R0679-20160504> Acesso em 04 jan. 2018.

⁴ “Artigo 4º - Definições

Para efeitos do presente regulamento, entende-se por:

1) «Dados pessoais», informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável («titular dos dados»); é considerada identificável uma pessoa singular que possa ser identificada, direta ou indiretamente, em especial por referência a um identificador, como por exemplo um nome, um número de identificação, dados de localização, identificadores por via eletrônica ou a um ou mais elementos específicos da identidade física, fisiológica, genética, mental, econômica, cultural ou social dessa pessoa singular;

2) «Tratamento», uma operação ou um conjunto de operações efetuadas sobre dados pessoais ou sobre conjuntos de dados pessoais, por meios automatizados ou não automatizados, tais como a recolha, o registo, a organização, a estruturação, a conservação, a adaptação ou alteração, a recuperação, a consulta, a utilização, a divulgação por transmissão, difusão ou qualquer outra forma de disponibilização, a comparação ou interconexão, a limitação, o apagamento ou a destruição”

⁵ Os dados sensíveis, previstos no artigo 9º do GDPR, abrangem dados genéticos, biométricos, relativos à saúde, à vida sexual ou orientação sexual, além de informações a respeito de convicções religiosas e políticas, dentre outras.

⁶ “Artigo 4º - Definições

Para efeitos do presente regulamento, entende-se por:

11) «Consentimento» do titular dos dados, uma manifestação de vontade, livre, específica, informada e explícita, pela qual o titular dos dados aceita, mediante declaração ou ato positivo inequívoco, que os dados pessoais que lhe dizem respeito sejam objeto de tratamento”. De acordo com o artigo 7º do GDPR, o pedido de consentimento deve ser conciso, transparente, inteligível e acessível. Além disso, o consentimento deve ser dado de modo inequívoco e poderá ser revogado a qualquer tempo.

⁷ “Artigo 17º - Direito ao apagamento dos dados («direito a ser esquecido»)

1. O titular tem o direito de obter do responsável pelo tratamento o apagamento dos seus dados pessoais, sem demora injustificada, e este tem a obrigação de apagar os dados pessoais, sem demora injustificada, quando se aplique um dos seguintes motivos:

- a) Os dados pessoais deixaram de ser necessários para a finalidade que motivou a sua recolha ou tratamento;
- b) O titular retira o consentimento em que se baseia o tratamento dos dados nos termos do artigo 6.o, n.o 1, alínea a), ou do artigo 9.o, n. 2, alínea a) e se não existir outro fundamento jurídico para o referido tratamento;
- c) O titular opõe-se ao tratamento nos termos do artigo 21.o, n. 1, e não existem interesses legítimos prevalecentes que justifiquem o tratamento, ou o titular opõe-se ao tratamento nos termos do artigo 21.o, n. 2;
- d) Os dados pessoais foram tratados ilicitamente;

avaliação de impacto da proteção de dados⁸ quando o tratamento for suscetível de implicar risco aos direitos e liberdades individuais dos indivíduos; (v) implementação de um programa de governança pelas empresas para o registro formal de tratamento de dados, sob sua responsabilidade⁹ e (vi) sanções pelo descumprimento das regras previstas no Regulamento¹⁰.

A Lei nº 13.709/2018 (“Lei Geral de Proteção de Dados ou LGPD”) foi fortemente inspirada no GDPR e o reproduz em grande parte, inclusive, as disposições citadas no parágrafo anterior. A LGPD, em linhas gerais, introduz os princípios que devem nortear o tratamento de

e) Os dados pessoais têm de ser apagados para o cumprimento de uma obrigação jurídica decorrente do direito da União ou de um Estado-Membro a que o responsável pelo tratamento esteja sujeito;

f) Os dados pessoais foram recolhidos no contexto da oferta de serviços da sociedade da informação referida no artigo 8.o, n. 1”

⁸ “Artigo 35º 1. Quando um certo tipo de tratamento, em particular que utilize novas tecnologias e tendo em conta a sua natureza, âmbito, contexto e finalidades, for suscetível de implicar um elevado risco para os direitos e liberdades das pessoas singulares, o responsável pelo tratamento procede, antes de iniciar o tratamento, a uma avaliação de impacto das operações de tratamento previstas sobre a proteção de dados pessoais. Se um conjunto de operações de tratamento que apresentar riscos elevados semelhantes, pode ser analisado numa única avaliação.”

⁹ Artigo 30º - Registos das atividades de tratamento

1. Cada responsável pelo tratamento e, sendo caso disso, o seu representante conserva um registo de todas as atividades de tratamento sob a sua responsabilidade. Desse registo constam todas seguintes informações:

a) O nome e os contatos do responsável pelo tratamento e, sendo caso disso, de qualquer responsável conjunto pelo tratamento, do representante do responsável pelo tratamento e do encarregado da proteção de dados;

b) As finalidades do tratamento dos dados;

c) A descrição das categorias de titulares de dados e das categorias de dados pessoais;

d) As categorias de destinatários a quem os dados pessoais foram ou serão divulgados, incluindo os destinatários estabelecidos em países terceiros ou organizações internacionais;

e) Se for aplicável, as transferências de dados pessoais para países terceiros ou organizações internacionais, incluindo a identificação desses países terceiros ou organizações internacionais e, no caso das transferências referidas no artigo 49.o, n. 1, segundo parágrafo, a documentação que comprove a existência das garantias adequadas;

f) Se possível, os prazos previstos para o apagamento das diferentes categorias de dados;

g) Se possível, uma descrição geral das medidas técnicas e organizativas no domínio da segurança referidas no artigo 32.o, n. 1.

¹⁰ Artigo 83º - Condições gerais para a aplicação de coimas

1. Cada autoridade de controlo assegura que a aplicação de coimas nos termos do presente artigo relativamente a violações do presente regulamento a que se referem os n. 4, 5 e 6 é, em cada caso individual, efetiva, proporcionada e dissuasiva.

Artigo 84.o - Sanções

1.Os Estados-Membros estabelecem as regras relativas às outras sanções aplicáveis em caso de violação do disposto no presente regulamento, nomeadamente às violações que não são sujeitas a coimas nos termos do artigo 7983.o, e tomam todas as medidas necessárias para garantir a sua aplicação. As sanções previstas devem ser efetivas, proporcionadas e dissuasivas.

dados pessoais¹¹, abrange a proteção ao tratamento de dados pessoais¹², sensíveis¹³ e de crianças¹⁴, autoriza o tratamento dos dados pelo Poder Público para execução de políticas públicas¹⁵,

¹¹ Art. 6º As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios:

I - finalidade: realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades;

II - adequação: compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento;

III - necessidade: limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados;

IV - livre acesso: garantia, aos titulares, de consulta facilitada e gratuita sobre a forma e a duração do tratamento, bem como sobre a integralidade de seus dados pessoais;

V - qualidade dos dados: garantia, aos titulares, de exatidão, clareza, relevância e atualização dos dados, de acordo com a necessidade e para o cumprimento da finalidade de seu tratamento;

VI - transparência: garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial;

VII - segurança: utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão;

VIII - prevenção: adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais;

IX - não discriminação: impossibilidade de realização do tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos;

X - responsabilização e prestação de contas: demonstração, pelo agente, da adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e, inclusive, da eficácia dessas medidas.

¹² Art. 7º O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses:

I - mediante o fornecimento de consentimento pelo titular;

II - para o cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador;

III - pela administração pública, para o tratamento e uso compartilhado de dados necessários à execução de políticas públicas previstas em leis e regulamentos ou respaldadas em contratos, convênios ou instrumentos congêneres, observadas as disposições do Capítulo IV desta Lei;

IV - para a realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais;

V - quando necessário para a execução de contrato ou de procedimentos preliminares relacionados a contrato do qual seja parte o titular, a pedido do titular dos dados;

VI - para o exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral, esse último nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem);

VII - para a proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro;

VIII - para a tutela da saúde, em procedimento realizado por profissionais da área da saúde ou por entidades sanitárias;

IX - quando necessário para atender aos interesses legítimos do controlador ou de terceiro, exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais; ou

X - para a proteção do crédito, inclusive quanto ao disposto na legislação pertinente.

¹³ Art. 11. O tratamento de dados pessoais sensíveis somente poderá ocorrer nas seguintes hipóteses:

I - quando o titular ou seu responsável legal consentir, de forma específica e destacada, para finalidades específicas;

II - sem fornecimento de consentimento do titular, nas hipóteses em que for indispensável para:

a) cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador;

b) tratamento compartilhado de dados necessários à execução, pela administração pública, de políticas públicas previstas em leis ou regulamentos;

c) realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais sensíveis;

d) exercício regular de direitos, inclusive em contrato e em processo judicial, administrativo e arbitral, este último nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem);

e) proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro;

f) tutela da saúde, em procedimento realizado por profissionais da área da saúde ou por entidades sanitárias;

g) garantia da prevenção à fraude e à segurança do titular, nos processos de identificação e autenticação de cadastro em sistemas eletrônicos, resguardados os direitos mencionados no art. 9º desta Lei e exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais.

§ 1º Aplica-se o disposto neste artigo a qualquer tratamento de dados pessoais que revele dados pessoais sensíveis e que possa causar dano ao titular, ressalvado o disposto em legislação específica.

¹⁴ Art. 14. O tratamento de dados pessoais de crianças e de adolescentes deverá ser realizado em seu melhor interesse, nos termos deste artigo e da legislação pertinente.

§ 1º O tratamento de dados pessoais de crianças deverá ser realizado com o consentimento específico e em destaque dado por pelo menos um dos pais ou pelo responsável legal.

§ 2º No tratamento de dados de que trata o § 1º deste artigo, os controladores deverão manter pública a informação sobre os tipos de dados coletados, a forma de sua utilização e os procedimentos para o exercício dos direitos a que se refere o art. 18 desta Lei.

¹⁵ Art. 7º O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses: (...)

determina as medidas de segurança¹⁶ e as boas práticas¹⁷ exigidas para tutelar o registro dos dados pessoais e impõe as sanções aplicáveis por violação da lei¹⁸. (BRASIL,2018).

Especificamente em relação ao consentimento do indivíduo, como meio apto a legitimar o tratamento de dados pessoais, a LGPD inova ao determinar que incumbe ao controlador o ônus da prova da obtenção do consentimento¹⁹, ou seja, não bastará obter o consentimento livre e inequívoco do titular dos dados, o controlador deverá ser transparente e informá-lo sobre o que será feito com os seus dados pessoais:

III - pela administração pública, para o tratamento e uso compartilhado de dados necessários à execução de políticas públicas previstas em leis e regulamentos ou respaldadas em contratos, convênios ou instrumentos congêneres, observadas as disposições do Capítulo IV desta Lei;

¹⁶ Art. 46. Os agentes de tratamento devem adotar medidas de segurança, técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou qualquer forma de tratamento inadequado ou ilícito.

¹⁷ Art. 50. Os controladores e operadores, no âmbito de suas competências, pelo tratamento de dados pessoais, individualmente ou por meio de associações, poderão formular regras de boas práticas e de governança que estabeleçam as condições de organização, o regime de funcionamento, os procedimentos, incluindo reclamações e petições de titulares, as normas de segurança, os padrões técnicos, as obrigações específicas para os diversos envolvidos no tratamento, as ações educativas, os mecanismos internos de supervisão e de mitigação de riscos e outros aspectos relacionados ao tratamento de dados pessoais. (...)

§ 2º Na aplicação dos princípios indicados nos incisos VII e VIII do caput do art. 6º desta Lei, o controlador, observados a estrutura, a escala e o volume de suas operações, bem como a sensibilidade dos dados tratados e a probabilidade e a gravidade dos danos para os titulares dos dados, poderá:

I - implementar programa de governança em privacidade que, no mínimo:

- a) demonstre o comprometimento do controlador em adotar processos e políticas internas que assegurem o cumprimento, de forma abrangente, de normas e boas práticas relativas à proteção de dados pessoais;
- b) seja aplicável a todo o conjunto de dados pessoais que estejam sob seu controle, independentemente do modo como se realizou sua coleta;
- c) seja adaptado à estrutura, à escala e ao volume de suas operações, bem como à sensibilidade dos dados tratados;
- d) estabeleça políticas e salvaguardas adequadas com base em processo de avaliação sistemática de impactos e riscos à privacidade;
- e) tenha o objetivo de estabelecer relação de confiança com o titular, por meio de atuação transparente e que assegure mecanismos de participação do titular;
- f) esteja integrado a sua estrutura geral de governança e estabeleça e aplique mecanismos de supervisão internos e externos;
- g) conte com planos de resposta a incidentes e remediação; e
- h) seja atualizado constantemente com base em informações obtidas a partir de monitoramento contínuo e avaliações periódicas;

¹⁸ Art. 52. Os agentes de tratamento de dados, em razão das infrações cometidas às normas previstas nesta Lei, ficam sujeitos às seguintes sanções administrativas aplicáveis pela autoridade nacional:

I - advertência, com indicação de prazo para adoção de medidas corretivas;

II - multa simples, de até 2% (dois por cento) do faturamento da pessoa jurídica de direito privado, grupo ou conglomerado no Brasil no seu último exercício, excluídos os tributos, limitada, no total, a R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais) por infração;

III - multa diária, observado o limite total a que se refere o inciso II;

IV - publicização da infração após devidamente apurada e confirmada a sua ocorrência;

V - bloqueio dos dados pessoais a que se refere a infração até a sua regularização;

VI - eliminação dos dados pessoais a que se refere a infração;

¹⁹ Art. 8º O consentimento previsto no inciso I do art. 7º desta Lei deverá ser fornecido por escrito ou por outro meio que demonstre a manifestação de vontade do titular.

§ 1º Caso o consentimento seja fornecido por escrito, esse deverá constar de cláusula destacada das demais cláusulas contratuais.

§ 2º Cabe ao controlador o ônus da prova de que o consentimento foi obtido em conformidade com o disposto nesta Lei.

As empresas que forem responsáveis por bancos de dados terão que criar estruturas tecnológicas que garantam o arquivamento do consentimento, assim como o cumprimento de outros direitos agora assegurados ao titular. De acordo com as regras anteriores, o consentimento deveria ser prévio e expresso, ou seja, fornecido em momento anterior ao início do tratamento e de maneira manifesta pelo titular dos dados. Agora, no entanto, com a qualificação de “livre, informado e inequívoco” (e, em alguns casos, específico), o consentimento deve ser concedido sem qualquer vício de vontade, com o titular munido de todas as informações necessárias para fornecê-lo e de maneira inequívoca. Ou seja, o foco do legislador está na consciência do titular dos dados em relação ao que será feito com seus dados pessoais pelos controladores e exige transparência dos controladores em relação a essa questão. Na nova lei, o consentimento abandona sua posição central na proteção de dados brasileira e se coloca de maneira horizontal em relação às demais hipóteses de tratamento elencadas (EJNISMAN; LACERDA, 2019).

Por fim, a Medida Provisória nº 869, de 27.12.2018, criou a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (“ANPD”)²⁰, não uma agência reguladora com autonomia normativa, adjudicatória e fiscalizatória, mas um órgão vinculado à Administração Pública Federal, dotado exclusivamente de autonomia técnica.

Feitas essas breves considerações sobre os principais dispositivos de ambos os regramentos legais, passemos a tratar do instituto do transplante jurídico, segundo a doutrina estrangeira e nacional, a fim de confirmar se as regras previstas no GDPR foram incorporadas ao nosso ordenamento jurídico, na forma da Lei Geral de Proteção de Dados brasileira.

A tese do transplante jurídico desenvolvida por Watson não é pacificamente aceita pelas teorias do direito comparado, notadamente por Legrand, que sequer reconhece a existência do instituto. De acordo com os comparatistas, a “modificação-jurídica-come-transplante-jurídico desconecta o Direito de sua bagagem histórica, epistemológica ou cultural e concebe as regras como declarações proposicionais vazias” (LEGRAND, 2014, p.16-17).

Sob tal fundamento, a importação de soluções jurídicas e de textos legislativos de outro país sem que haja uma preocupação com os valores históricos e culturais do país de destino, pode resultar na inaplicabilidade do direito importado ou transplantado (XANTHAKI, 2008). Por outro lado, há comparatistas aliados ao movimento contextualista que já reconhecem a possibilidade de leis, constituições, instituições e ideias, migrarem de um contexto para o outro e sugerem a expressão “migração” como mais adequada a ser adotada nesse contexto de movimentação de ideias constitucionais entre sistemas (FRANKENBERG, 2010).

Outros autores, como Zweigert e Sier (1971), veem a questão sob a ótica da funcionalidade, ou seja, o que importa é saber se o transplante jurídico servirá para atender a uma necessidade social que se apresenta no país de destino. Para os defensores da teoria funcional, é indiferente saber o sistema jurídico de que se toma uma solução jurídica por empréstimo ou comparar as semelhanças entre o país de origem e o país que receberá aquele texto legislativo.

²⁰ 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.

Cappeletti e Siqueira (2016, p.17), por sua vez, sustentam que “o sistema jurídico brasileiro parece ser caracterizado por uma forte abertura ao direito estrangeiro e, ao mesmo tempo, por um forte interesse no que é utilizado em seu desenho legislativo”. Entendem, inclusive, como possível justificativa para a realização de transplantes jurídicos o fato de o Brasil ter sido um país colonizado e não colonizador. Apesar de todo o debate doutrinário acerca do grau de dependência das regras transplantadas ao seu ambiente jurídico, econômico e social, discordo do posicionamento de que as regras sejam disposições vazias sem nenhum significado e que os transplantes não ocorrem, de fato, como sustentam os comparatistas.

Acompanho o entendimento de Papadopoulou (2016, p.894) no sentido de que é possível evoluir para se alcançar um ponto de equilíbrio ou um meio termo com os transplantes denominados heurísticamente de botânicos. As regras podem se deslocar, mas seu significado se adapta aos valores do país que a importa, desde que não sejam absolutamente discrepantes do seu significado no país de origem.

De acordo com o que foi observado pela análise comparativa entre a legislação nacional e estrangeira, conclui-se que o regime de proteção de dados da União Europeia pode ter sido transferido para o cenário brasileiro, pois as regras do GDPR têm significado compatível e são plenamente adaptáveis ao modelo brasileiro. Dessa forma, entende-se que, uma vez consumado o transplante jurídico, na acepção botânica, não haverá impactos negativos na uniformidade e no processo de harmonização entre os sistemas jurídicos nacional e europeu.

3 O TRATAMENTO E USO COMPARTILHADO DE DADOS PESSOAIS PARA A EXECUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

A produção legislativa não precisa ser criativa e inovadora todo o tempo. A importação de um modelo pronto, principalmente se já testado, que funcione em outro ordenamento jurídico, bastando a mera adaptação de seus termos às necessidades do país de destino, permite que o processo legislativo acompanhe a velocidade das inovações tecnológicas e responda de forma mais dinâmica às demandas sociais.

A legislação brasileira, conquanto tenha “copiado” o regime de proteção e de tratamento de dados pessoais instituído pelo GDPR, inaugura a possibilidade de tratamento e uso compartilhado de dados necessários à execução de políticas públicas pela Administração Pública²¹.

A política pública consiste na “decisão formulada por atores governamentais, revestida de autoridade e sujeita a sanções”, a partir do conceito de Valle (2009, p.36) já se delineiam os

²¹ Art. 7º O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses:(...)
III - pela administração pública, para o tratamento e uso compartilhado de dados necessários à execução de políticas públicas previstas em leis e regulamentos ou respaldadas em contratos, convênios ou instrumentos congêneres, observadas as disposições do Capítulo IV desta Lei;

elementos principais da política pública, quais sejam, a pesquisa dos métodos para formular a escolha, os atores que integram esse processo e as consequências possíveis do afastamento por parte do poder do parâmetro original de orientação do agir.

O processo de elaboração da política pública e a construção de um sistema para a orientação desse processo foi bem endereçado por Theodoulou que dividiu o processo em 6 estágios de atividades, que podem ser reconhecidos como o ciclo da política pública. São eles:

1. reconhecimento do problema e identificação das questões: identificação do fato ou da situação fática que exige a intervenção estatal que, uma vez legitimados, tornam-se questões;
2. formação da agenda: estabelecimento das prioridades para a ação pública, a questão nesse estágio alcança o status de assunto sério;
3. formulação da política pública: com a identificação do problema na 1ª etapa, passa-se ao momento de explorar as propostas de ação possíveis para lidar com as questões que integram a agenda;
4. escolha da política pública a ser implementada: concretização da decisão sobre a linha de ação a ser adotada, a partir da indicação de qual seja aquela que produz a otimização de esforços e/ou benefícios considerando os recursos disponíveis;
5. implementação da política pública: momento de execução das propostas de ação apontadas na formulação e escolhidas na fase seguinte;
6. análise e avaliação da política pública executada: nesse estágio realiza-se a diagnose dos resultados alcançados com a política, legitima-se a ação adotada e também se permite a sua adequação para a condução de ações futuras (THEODOULOU, 1995, p. 86-87)

Entende-se que o processo racional de tomada de decisão na produção normativa poderá ser aprimorado com o recurso de compartilhamento de informações constantes dos bancos de dados pessoais pelo Poder Público²², na forma autorizada pela LGPD²³. Explica-se:

Durante o ciclo das políticas públicas, sobretudo, no estágio inicial em que os problemas ou as questões que determinam a formulação das políticas são identificados, isolados e classificados, a utilização das informações dos bancos de dados pessoais de determinado município, por exemplo, poderá ser extremamente útil para melhorar a prestação do serviço de transporte público na localidade.

²² Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se:

X - tratamento: toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração. (...)

XVI - uso compartilhado de dados: comunicação, difusão, transferência internacional, interconexão de dados pessoais ou tratamento compartilhado de bancos de dados pessoais por órgãos e entidades públicos no cumprimento de suas competências legais, ou entre esses e entes privados, reciprocamente, com autorização específica, para uma ou mais modalidades de tratamento permitidas por esses entes públicos, ou entre entes privados;

²³ Art. 23. O tratamento de dados pessoais pelas pessoas jurídicas de direito público referidas no parágrafo único do art. 1º da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 (Lei de Acesso à Informação), deverá ser realizado para o atendimento de sua finalidade pública, na persecução do interesse público, com o objetivo de executar as competências legais ou cumprir as atribuições legais do serviço público, desde que:

I - sejam informadas as hipóteses em que, no exercício de suas competências, realizam o tratamento de dados pessoais, fornecendo informações claras e atualizadas sobre a previsão legal, a finalidade, os procedimentos e as práticas utilizadas para a execução dessas atividades, em veículos de fácil acesso, preferencialmente em seus sítios eletrônicos; II - (VETADO); e

III - seja indicado um encarregado quando realizarem operações de tratamento de dados pessoais, nos termos do art. 39 desta Lei.

Suponha-se que se colem os dados armazenados no banco de dados municipal do “bilhete único” de moradores de uma região específica, a partir do mapeamento e avaliação do sistema de mobilidade utilizado dos passageiros: (i) pelo deslocamento realizado diariamente pelos usuários, (ii) pela avaliação de qual sistema de transporte é mais usado (ônibus, metrô ou barca) e (iii) as linhas rodoviárias mais utilizadas ou que atendam um menor número de passageiros. Tal avaliação permitiria determinar a melhor forma de atender os usuários daquela região mediante a prestação de serviços de transporte público de passageiros.

Seria possível, por exemplo, sopesar (i) se a prestação do serviço de transporte rodoviário deveria ser mantida ou reduzida, considerando o aumento significativo do deslocamento de passageiros pelo sistema metroviário; (ii) a possibilidade de excluir ou reduzir o número de determinadas linhas de ônibus, que não são mais utilizadas pelos passageiros daquela localidade em razão da inauguração de estação de metrô, que aumentou a utilização desse meio de transporte no deslocamento diário dos usuários ou (iii) ampliar uma linha rodoviária, que atende poucos usuários, e estende-la até uma região mais afastada, aumentando o número de usuários da localidade atendidos pelo serviço de transporte.

Tratam-se de medidas que, dependendo da política pública a ser executada, podem impactar na redução dos custos empregados em serviços que não atendem os usuários do local e permitir o incremento de investimentos significativos na melhoria da qualidade do serviço considerado prioritário, ou seja, aqueles que, segundo as informações compartilhadas pelo banco de dados pessoais do município, melhor atendem o interesse daquela comunidade específica.

Certamente, a questão ainda é recente e passível de debates, sobretudo, relativamente ao consentimento do indivíduo (no caso, o usuário do serviço público) e a forma de armazenamento das informações coletadas nos bancos de dados para o tratamento e uso compartilhado pelo Poder Público. No tocante ao consentimento e ao controle das informações pessoais já existe entendimento no sentido de que como a LGPD garante às pessoas naturais o controle sobre suas informações pessoais, caberá aos indivíduos decidir as informações que deverão ser submetidas ao público em geral. Veja-se:

O que se percebe, portanto, é que a LGPD é calcada na ideia de direito à autodeterminação informativa, que, como corolário dos direitos humanos, consiste em garantir às pessoas naturais o controle sobre suas informações pessoais, cabendo aos indivíduos a decisão sobre quais de suas informações devem ser submetidas ao público (CYRINO; LEITE, 2018, p. 405-406).

Deve-se reconhecer, contudo, que a regulamentação do tema poderá auxiliar no processo racional de tomada de decisão e, inclusive, ser determinante para promover a escolha da melhor linha de ação a ser implementada na execução de políticas públicas²⁴. A análise e avaliação *ex*

²⁴ Art. 25. Os dados deverão ser mantidos em formato interoperável e estruturado para o uso compartilhado, com vistas à execução de políticas públicas, à prestação de serviços públicos, à descentralização da atividade pública e à

post da política pública, última etapa deste ciclo, também poderá ser um fator decisivo para conferir credibilidade à inovação trazida pela LGPD.

4 CONCLUSÃO

A Lei nº 13.709/2018 (“Lei Geral de Proteção de Dados ou LGPD”) foi fortemente inspirada no GDPR e o reproduz em grande parte. Com base no conceito de transplante jurídico de Papadopoulou, entendimento ao qual me filio, as regras podem se deslocar, mas seu significado se adaptar aos valores do país que a importa, desde que não sejam absolutamente discrepantes do seu significado no país de origem.

De acordo com o que foi observado pela análise comparativa entre a legislação nacional e estrangeira, conclui-se que o regime de proteção de dados da União Europeia pode ter sido transferido para o cenário brasileiro, pois as regras do GDPR têm significado compatível e são plenamente adaptáveis ao modelo da LGPD.

Dessa forma, entende-se que, uma vez consumado o transplante jurídico, na acepção botânica, não haverá impactos negativos na uniformidade e no processo de harmonização entre os sistemas jurídicos nacional e europeu.

A legislação brasileira, conquanto tenha “copiado” o regime de proteção e de tratamento de dados pessoais instituído pelo GDPR, inaugura a possibilidade de tratamento e uso compartilhado de dados necessários à execução de políticas públicas pelo Poder Público.

Entende-se que o processo racional de tomada de decisão na produção normativa poderá ser aprimorado com o recurso de compartilhamento de informações constantes dos bancos de dados pessoais pelo Poder Público, na forma autorizada pela LGPD.

Durante o ciclo das políticas públicas, sobretudo, no estágio inicial em que os problemas ou as questões que determinam a formulação das políticas são identificados, isolados e classificados, a utilização das informações armazenadas em bancos de dados pessoais de determinado município relativos ao uso do “bilhete único” pelos moradores da localidade, por exemplo, poderá ser extremamente útil para melhorar a prestação do serviço de transporte público na região, a partir do mapeamento e avaliação do sistema de mobilidade utilizado dos passageiros.

Dependendo da política pública a ser executada, as decisões formuladas com base nos dados coletados podem impactar na redução dos custos empregados em serviços que não atendem os usuários do local e ainda permitir o incremento de investimentos significativos na melhoria da qualidade do serviço considerado prioritário para a municipalidade.

A questão ainda é recente e passível de debates, sobretudo, relativamente ao

disseminação e ao acesso das informações pelo público em geral.

Art. 26. O uso compartilhado de dados pessoais pelo Poder Público deve atender a finalidades específicas de execução de políticas públicas e atribuição legal pelos órgãos e pelas entidades públicas, respeitados os princípios de proteção de dados pessoais elencados no art. 6º desta Lei

consentimento do indivíduo (no caso, o usuário do serviço público) e a forma de armazenamento das informações coletadas nos bancos de dados para o tratamento e uso compartilhado pelo Poder Público.

Deve-se reconhecer, contudo, que a regulamentação do tema poderá auxiliar no processo racional de tomada de decisão e, inclusive, ser determinante para promover a escolha da melhor linha de ação a ser implementada na execução de políticas públicas. A análise e avaliação *ex post* da política pública, última etapa deste ciclo, também poderá ser um fator decisivo para conferir credibilidade à inovação trazida pela LGPD.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm. Acessado em: 1 jan. 2019.

CAPPELETTI, Monica; SIQUEIRA J. P. Faro Homem. Transplantes Jurídicos ou Análise Comparativa dos Direitos, qual a vocação do legislador brasileiro no processo de elaboração de suas leis? **Interesse Público**, Belo Horizonte, v. 18, n. 99, p. 15-35, set./out. 2016.

CYRINO, Marina; LEITE, Douglas. Desafios atuais para a tutela do direito fundamental à privacidade: Lei Geral de Proteção de Dados, consentimento e regulação. *In*: HACHEM, Daniel Wunder; LEAL, Fernando Angelo Ribeiro; MENDONÇA, José Vicente Santos de (org). **Transformações do direito administrativo: o Estado administrativo 30 anos depois da Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2018.

DELLEY, Jean-Daniel. Pensar a Lei. Introdução a um Procedimento Metódico. **Cadernos da Escola do Legislativo**, Belo Horizonte, v. 7, n. 12, p. 101-143, 2004.

EJNISMAN, Marcela Waksman; LACERDA, Maria Eugenia. O consentimento na internet na nova Lei Geral de Dados Pessoais. **JOTA**, Brasília, 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-do-tozzinifreire/lei-geral-de-dados-pessoais-01012019>. Acesso em: 1 jan. 2019.

FRANKENBERG, Günter. Constitutional Transfer: The IKEA Theory Revisited. **International Journal of Constitutional Law**, Oxford, v. 8, n.3, p. 563-579, 2010.

LEGRAND, Pierre. A Impossibilidade dos Transplantes Jurídicos. Tradução por Gustavo Castagna Machado. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação Direito/UFRGS**, Porto Alegre, v. 9, n. 1, p. 11-39, 2014.

PAPADOPOULOU, J. D. Frantzska. Legal Transplants and Modern Lawmaking in the Field of Pharmaceutical Patents: A Way to Achieve International Harmonisation or the Source of Deeper Divergences. **International Review of Intellectual Property and Competition Law**, Heidelberg, v. 47, n. 8, p. 891-911, 2016.

THEODOULOU, Stella Z. How Public Policy is Made. *In*: CAHN, Matthew A.; THEODOULOU, Stella Z. (org.). **Public Policy: The Essential Readings**. New Jersey: Prentice Hall, 1995.

VALLE, Vanice Regina Lirio do. **Políticas Públicas, Direitos Fundamentais e Controle Judicial**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

WATSON, Alan. **Legal Transplants: An Approach to Comparative Law**. Edinburgh: Scottish Academic Press, 1974.

XANTHAKI, Helen. Legal Transplants in Legislation: Defusing the Trap. **The International and Comparative Law Quarterly**, Cambridge, v. 57, n. 3, p. 659-673, jul. 2008.

ZWEIGERT, K; SIER, K. Jhering’s Influence on the Development of Comparative Legal Method. **American Journal of Comparative Law**, v. 19, p. 215-231, 1971.

Artigo recebido em: 2018-12-27

Artigo reapresentado: 2019-02-20

Artigo aceito para publicação em: 2019-03-12