



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

Ludimila Santos Derbli*

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 n° 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 jurídicas; Reglamento General de Protección de Datos; Políticas Públicas.

1 INTRODUCCIÓN

Como regla el *iter* legislativo recorrido a un método racional de producción normativa depende de identificar un problema, determinar los objetivos y comportamientos necesarios para resolver ese problema inicial, el establecer escenarios alternativos, elegir la solución jurídica y evaluarlo *ex post* de los efectos que la norma ha tenido en la sociedad o en una jurisdicción específica, ejecución y evaluación retrospectiva (DELLEY, 2004, p. 101-102).

Con la globalización, el dinamismo social, la demanda urgente de procesos legislativos y soluciones jurídicas rápidas con resultados comprobados, el proceso de transferir una regla de un sistema jurídico a otro tiende a ser una forma comúnmente adoptada por el legislador en el proceso de producción normativa. Este es el llamado trasplante jurídico¹, que consiste en el “cambio de una regla o un sistema jurídico de un país a otro” (WATSON, 1974, p.21).

Este documento tiene la intención de hacer un breve análisis comparativo entre el Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea (“General Data Protection Regulation – GDPR”) y la Ley N° 13.709/2018 (la recientemente aprobada “Ley General de Protección de Datos o LGPD”), para evaluar si la legislación nacional consiste en el trasplante jurídico del modelo de la Unión Europea y, una vez que se reconoce el trasplante, analizar el dispositivo introducido por la LGPD que le autoriza al Poder Público a compartir y utilizar bases de datos personales para la implementación de políticas públicas. (BRASIL, 2018).

Este estudio está justificado, desde la perspectiva académica, por el tema actual. Existen

□Cursando Maestría en Derecho de la Regulación en la FGV DERECHO RIO. Postgraduada en Abogacía Pública en la UERJ y en Derecho del Consumidor en la UCAM. Abogada de la Petróleo Brasileño S/A. e-mail: ludimilas2004@yahoo.com.br; ludimilasantos@petrobras.com.br.

¹ El término trasplante legal fue acuñado por Alan Watson que significa “*the moving of a rule or a system of law from one country to another (el traslado de una norma o un sistema de leyes de un país a otro)*”.

pocos estudios específicamente sobre este tema, lo que demuestra que existe un amplio campo para la investigación y nuevos enfoques.

2 EL REGLAMENTO GENERAL DE PROTECCIÓN DE DATOS DE LA UNIÓN EUROPEA Y LA LEY GENERAL BRASILEÑA DE PROTECCIÓN DE DATOS. ¿HUBO TRASPLANTE?

Con el desarrollo de la economía digital y el uso cada vez mayor de datos personales por parte de las empresas públicas y privadas en la comercialización de bienes y servicios *en línea*, existe una cierta dificultad en la legislación a raíz de los avances en la regulación de este mercado y la urgente necesidad de mayor transparencia en el proceso de recopilación y procesamiento de estos datos para garantizar una mayor protección de la privacidad de las personas².

Con este fin, en 2016, la Unión Europea publicó el Reglamento General de Protección de Datos (“*General Data Protection Regulation* o GDPR”)³, que está en vigor desde mayo de 2018, que se aplica a las empresas establecidas en Europa y las ubicadas fuera de la Unión Europea, pero que ofrecen bienes o servicios a sus ciudadanos. De esta manera, las empresas brasileñas que procesan los datos de esas personas también están sujetas al régimen GDPR.

En términos generales, el GDPR regula el procesamiento y la libre circulación de datos personales de una persona física identificada o identificable que consiste en la recopilación, almacenamiento y uso de información que identifica o permite la identificación de personas europeas, como el nombre, el número de identificación, datos de ubicación, identificadores electrónicos u otros elementos específicos de la identidad física, fisiológica, genética, mental, económica, cultural o social del individuo⁴.

Teniendo en cuenta que este documento tiene la intención de realizar un breve análisis comparativo del GDPR con la legislación de protección de datos recientemente aprobada en Brasil, el alcance del estudio se limita a evaluar algunas reglas que, desde nuestro punto de vista, pueden haber sido objeto de trasplante al sistema jurídico nacional.

² Disponible en: <<https://www.valor.com/companies/5441139/facebook-will-admit-errors-to-us-congress>> Consultado el 06.01.2018. <<https://www.valor.com.br/business/6032717/facebook-allowed-netflix-and-spotify-less-private-messages>> Consultado el 01/06/2018.

³ Usamos para este trabajo la versión en portugués de GDPR disponible en: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A02016R0679-20160504>> Consultado el 04.01.2018.

⁴ "Artículo 4 - Definiciones

A efectos del presente Reglamento, se entiende por:

(1) «Datos personales» significa información relacionada con una persona física identificada o identificable («titular de los datos»); una persona singular que puede identificarse, directa o indirectamente, en particular por referencia a un identificador, como un nombre, número de identificación, datos de ubicación, identificadores electrónicos o uno o más elementos específicos de identidad física, fisiológica, genética, mental, económica, cultural o social de esa persona natural;

(2) «Tratamiento» significa una operación o conjunto de operaciones realizadas sobre datos personales o conjuntos de datos personales por medios automatizados o no automatizados, como la recopilación, el registro, la organización, la estructuración, la conservación, la adaptación o alteración, recuperación, consulta, uso, divulgación por transmisión, difusión o cualquier otra forma de provisión, comparación o interconexión, limitación, eliminación o destrucción”

En consecuencia, las disposiciones principales son: (i) alcance del Reglamento sobre la protección de datos personales y datos personales sensibles⁵; (ii) la obligación de que las personas consientan el procesamiento de sus datos personales⁶; (iii) el derecho al olvido⁷; (iv) la evaluación del impacto de la protección de datos⁸ cuando el procesamiento puede representar un riesgo para los derechos y libertades individuales de las personas; (v) implementación de un programa de gobierno corporativo para el registro formal del procesamiento de datos bajo su responsabilidad⁹ y (vi) sanciones por incumplimiento de las normas establecidas en el Reglamento¹⁰.

⁵ Los datos confidenciales, según lo dispuesto en el artículo 9 del GDPR, incluyen datos genéticos, biométricos, de salud, de vida sexual u orientación sexual, así como información sobre creencias religiosas y políticas, entre otros.

⁶ "Artículo 4 – Definiciones

A efectos del presente Reglamento, se entiende por:

(11) el «Consentimiento» del interesado o titular de los datos, significa una expresión de voluntad libre, específica, informada y explícita por la cual el interesado acepta, mediante una declaración o acto positivo inequívoco, que los datos personales que le conciernen están sujetos a tratamiento". De acuerdo con el artículo 7 del GDPR, la solicitud de consentimiento debe ser concisa, transparente, inteligible y accesible. Además, el consentimiento debe otorgarse sin ambigüedades y puede revocarse en cualquier momento.

⁷ "Artículo 17 - Derecho a eliminar datos («derecho a ser olvidado»)

1. El titular tiene derecho a obtener del controlador o responsable del tratamiento la eliminación de sus datos personales sin demora indebida, y este último tiene la obligación de eliminar los datos personales sin demora indebida cuando se aplique una de las siguientes razones:

- (a) los datos personales ya no son necesarios para el propósito para el que fueron recopilados o procesados;
- (b) el titular retira el consentimiento en el que se basa el tratamiento de los datos de conformidad con el Artículo 6.o, n.o1, inciso a) o el Artículo 9.o, n. 2 inciso a) y si no hay otra base legal para dicho tratamiento;
- c) el titular se opone al tratamiento de conformidad con el artículo 21, o, n. 1 y no existen intereses legítimos primordiales para justificar el tratamiento, o el titular se opone al tratamiento en virtud del artículo 21.o, n. 2;
- d) Los datos personales se procesaron ilegalmente;
- (e) los datos personales deben borrarse para cumplir con una obligación legal en virtud de la legislación de la Unión o del Estado Miembro a la que está sujeto el responsable por el tratamiento;
- f) los datos personales se recopilaron en el contexto de la prestación de servicios de la sociedad de la información a la que se refiere el artículo 8.o, n. 1."

⁸ "Artículo 35 1. Cuando un determinado tipo de tratamiento, en particular el uso de nuevas tecnologías y teniendo en cuenta su naturaleza, alcance, contexto y propósitos, pueda suponer un alto riesgo para los derechos y libertades de las personas físicas, el controlador procederá primero para iniciar el tratamiento, para una evaluación de impacto de las operaciones de tratamiento planificadas en la protección de datos personales. Si se puede analizar un conjunto de operaciones de tratamiento que presentan riesgos altos similares en una sola evaluación".

⁹ Artículo 30 - Registros de actividades de tratamiento

1. Cada responsable por el tratamiento y, cuando corresponda, su representante deberá mantener un registro de todas las actividades de tratamiento bajo su responsabilidad. Este registro contiene toda la siguiente información:

- (a) el nombre y los datos de contacto del responsable por el tratamiento y, cuando corresponda, de cualquier responsable conjunto por el tratamiento, del representante del responsable por el tratamiento y del encargado de la protección de datos;
- (b) los fines del tratamiento de datos;
- (c) la descripción de las categorías de los titulares de datos y categorías de datos personales;
- (d) las categorías de destinatarios a los que se les han divulgado o se les divulgarán datos personales, incluidos los destinatarios establecidos en terceros países u organizaciones internacionales;
- (e) en su caso, transferencias de datos personales a terceros países u organizaciones internacionales, incluida la identificación de dichos terceros países u organizaciones internacionales y, en el caso de las transferencias a que se refiere el artículo 49, o, n. 1, segundo párrafo, documentación que acredite la existencia de garantías adecuadas;
- (f) si es posible, los límites de tiempo para eliminar las diferentes categorías de datos;
- g) si es posible, una descripción general de las medidas técnicas y organizativas en el dominio de la seguridad a la que se refiere el artículo 32, o, n. 1.

¹⁰ Artículo 83 - Condiciones generales para la imposición de multas

1. Cada autoridad de control garantizará que las multas de conformidad con este artículo con respecto a las infracciones del presente reglamento a que se refiere 4, 5 y 6 es, en cada caso individual, efectivo, proporcionado y disuasorio.

Artículo 84 - Sanciones

1. Los Estados Miembros establecerán las normas sobre otras sanciones aplicables a las infracciones de las disposiciones del presente reglamento, incluidas las infracciones que no estén sujetas a multas de conformidad con el artículo 7983, y tomarán todas las medidas necesarias para garantizar su aplicación. su solicitud. Las sanciones que se adopten deberán ser eficaces, proporcionadas y disuasorias.

La Ley N ° 13.709/2018 (“Ley General de Protección de Datos o LGPD”) se inspiró fuertemente en el GDPR y lo reproduce en gran medida, incluidas las disposiciones citadas en el párrafo anterior. La LGPD introduce ampliamente los principios que deben guiar el procesamiento de datos personales¹¹, cubre la protección para el procesamiento de datos personales¹², sensibles¹³ y de niños¹⁴, autoriza el procesamiento de datos por parte del Poder

¹¹ Art. 6 Las actividades de tratamiento de datos personales deberá respetar la buena fe y los siguientes principios:

- I - propósito: llevar a cabo el tratamiento con fines legítimos, específicos, explícitos e informados al titular, sin la posibilidad de un tratamiento adicional incompatible con esos fines;
- II - adecuación: compatibilidad del tratamiento con los fines informados al propietario, según el contexto del tratamiento;
- III - necesidad: limitación del tratamiento al mínimo necesario para el cumplimiento de sus propósitos, con la exhaustividad de los datos relevantes, proporcionales y no excesivos en relación con los propósitos del tratamiento de datos;
- IV - acceso gratuito: garantía a los titulares, consulta gratuita y fácil sobre la forma y duración del tratamiento, así como la integridad de sus datos personales;
- V - calidad de los datos: garantía a los propietarios, precisión, claridad, relevancia y actualización de los datos, de acuerdo con la necesidad y para el cumplimiento del propósito de su tratamiento;
- VI - transparencia: garantizarles a los titulares, información clara, precisa y de fácil acceso sobre la realización del tratamiento y los respectivos agentes de tratamiento, observando los secretos comerciales e industriales;
- VII - seguridad: uso de medidas técnicas y administrativas capaces de proteger los datos personales del acceso no autorizado y de hechos accidentales o ilícitos de destrucción, pérdida, alteración, comunicación o difusión;
- VIII - prevención: adopción de medidas para prevenir que ocurran daños debido al tratamiento de datos personales;
- IX - no discriminación: la imposibilidad de llevar a cabo el tratamiento con fines discriminatorios ilícitos o abusivos;
- X – responsabilidad y rendición de cuentas: demostración por parte del agente de la adopción de medidas efectivas y capaces de demostrar el cumplimiento y el cumplir con las normas de protección de datos personales, incluida la efectividad de dichas medidas.

¹² Art. 7 El tratamiento de datos personales sólo puede llevarse a cabo en los siguientes casos:

- I - otorgando el consentimiento del titular;
- II - para el cumplimiento de la obligación legal o reglamentaria por parte del controlador;
- III - por parte de la administración pública, para el tratamiento y uso compartido de datos necesarios para la ejecución de políticas públicas previstas en leyes y reglamentos o respaldadas por contratos, acuerdos o instrumentos similares, sujeto a las disposiciones del Capítulo IV de esta Ley;
- IV - realizar estudios por parte del organismo de investigación, asegurando, siempre que sea posible, el anonimato de los datos personales;
- V - cuando sea necesario para la ejecución del contrato o procedimientos preliminares relacionados con el contrato del cual el titular es parte, a solicitud del interesado;
- VI - para el ejercicio regular de derechos en procedimientos judiciales, administrativos o arbitrales, este último de conformidad con la Ley N ° 9.307, de 23 de septiembre de 1996 (Ley de Arbitraje);
- VII - para proteger la vida o la incolumidad física del titular o de un tercero;
- VIII - para la protección de la salud, en un procedimiento realizado por profesionales de la salud o entidades de salud;
- IX - cuando sea necesario para satisfacer los intereses legítimos del controlador o de un tercero, excepto en caso de que prevalezcan los derechos y libertades fundamentales del titular que requieren la protección de datos personales; o
- X - para la protección crediticia, incluidas las disposiciones de la legislación pertinente.

¹³ Art. 11. El tratamiento de datos personales sensibles sólo puede ocurrir en los siguientes casos:

- I - cuando el propietario o su tutor legal consiente de manera específica y destacada para fines específicos;
- II - sin el consentimiento del titular, en los casos en que sea indispensable para:
 - a) cumplimiento de la obligación legal o reglamentaria por parte del controlador;
 - b) el tratamiento compartido de los datos necesarios para que la administración pública ejecute las políticas públicas previstas en las leyes o reglamentos;
 - c) realizar estudios por un organismo de investigación, asegurando, siempre que sea posible, el anonimato de los datos personales sensibles;
 - d) ejercicio regular de derechos, incluso por contrato y en procedimientos judiciales, administrativos y arbitrales, este último de conformidad con la Ley N ° 9.307, de 23 de septiembre de 1996 (Ley de Arbitraje);
 - e) protección de la vida o seguridad física del titular o de un tercero;
 - f) supervisión de la salud, en un procedimiento realizado por profesionales de la salud o entidades de salud;
 - g) garantía de prevención de fraude y seguridad del titular, en los procesos de identificación y autenticación de registro en sistemas electrónicos, salvaguardando los derechos mencionados en el art. 9 de esta Ley y excepto donde prevalecen los derechos y libertades fundamentales del titular que requieren la protección de datos personales.

Párrafo 1. Las disposiciones de este artículo se aplicarán a cualquier tratamiento de datos personales que revele datos personales sensibles y pueda causarle daños al titular, excepto lo dispuesto en la legislación específica.

¹⁴ Art. 14. El tratamiento de datos personales de niños, niñas y adolescentes debe realizarse en su mejor interés, de conformidad con este artículo y la legislación pertinente.

Público para la implementación de políticas públicas.¹⁵, determina las medidas de seguridad¹⁶ y las mejores prácticas¹⁷ necesarias para salvaguardar el registro de datos personales e impone las sanciones aplicables por violación de la ley¹⁸. (BRASIL, 2018).

Específicamente con respecto al consentimiento del individuo, como un medio para legitimar el procesamiento de datos personales, la LGPD innova al determinar que el controlador tiene la carga de la prueba de obtención del consentimiento¹⁹, es decir, no es suficiente obtener el consentimiento libre e inequívoco del titular de los datos, el controlador deberá ser transparente e informarle de lo que se hará con sus datos personales:

Párrafo 1. El tratamiento de los datos personales de los niños se llevará a cabo con el consentimiento específico y destacado otorgado por al menos un padre o tutor legal.

Párrafo 2. En el tratamiento de los datos a los que se refiere el párrafo 1 de este artículo, los controladores mantendrán información pública sobre los tipos de datos recopilados, la forma de su uso y los procedimientos para el ejercicio de los derechos mencionados en el art. 18 de esta Ley.

¹⁵ Art. 7º El tratamiento de datos personales sólo puede realizarse en las siguientes hipótesis: (...)

III - por parte de la administración pública, para el tratamiento y uso compartido de datos necesarios para la ejecución de políticas públicas previstas en leyes y reglamentos o respaldadas por contratos, acuerdos o instrumentos similares, sujeto a las disposiciones del Capítulo IV de esta Ley;

¹⁶ Art. 46. Los agentes de tratamiento deben tomar medidas de seguridad, técnicas y administrativas para proteger los datos personales del acceso no autorizado y la destrucción accidental o ilegal, pérdida, alteración, comunicación o cualquier forma de tratamiento inadecuado o ilegal.

¹⁷ Art. 50. Los controladores y operadores, dentro del alcance de sus competencias, para el tratamiento de datos personales, individualmente o a través de asociaciones, pueden formular reglas de buenas prácticas y gobernanza que establezcan las condiciones de organización, régimen operativo, procedimientos, incluidas las quejas, y peticiones de los titulares, estándares de seguridad, estándares técnicos, obligaciones específicas para aquellos involucrados en el tratamiento, acciones educativas, mecanismos internos de supervisión y mitigación de riesgos, y otros aspectos relacionados con el tratamiento de datos personales. (...)

Párrafo 2 En la aplicación de los principios señalados en los ítems VII y VIII del *caput* del art. 6 de esta Ley, el controlador, observando la estructura, escala y volumen de sus operaciones, así como la sensibilidad de los datos procesados y la probabilidad y gravedad del daño a los interesados, puede:

I - implementar un programa de gobierno de privacidad que, como mínimo:

a) demuestre el compromiso del controlador para adoptar procesos y políticas internas que garanticen el cumplimiento integral de los estándares y las mejores prácticas con respecto a la protección de datos personales;

b) se aplique a todos los datos personales que están bajo su control, independientemente de cómo se recopilaron;

c) se adapte a la estructura, escala y volumen de sus operaciones, así como a la sensibilidad de los datos procesados;

(d) establezca políticas y salvaguardas apropiadas basadas en el proceso de evaluación sistemática de impacto y riesgo de privacidad;

e) tiene el objetivo de establecer una relación de confianza con el titular a través de una acción transparente y garantizar mecanismos para la participación del titular;

(f) está integrado con su estructura general de gobierno y establece y aplica mecanismos de supervisión interna y externa;

g) confiar en la respuesta a incidentes y planes de remediación; y

h) se actualiza constantemente con base en la información obtenida del monitoreo continuo y evaluaciones periódicas;

¹⁸ Art. 52. Los agentes de procesamientos de datos, debido a infracciones de las normas previstas en esta Ley, están sujetos a las siguientes sanciones administrativas aplicables por la autoridad nacional:

I - advertencia, indicando el plazo para la adopción de medidas correctivas;

II - multa simple de hasta el 2% (dos por ciento) de los ingresos de la entidad jurídica de derecho privado, grupo o conglomerado en Brasil en su último año fiscal, excluidos los impuestos, limitado en total a R\$ 50.000.000,00 (cincuenta millones de reales) por infracción;

III - multa diaria, observando el límite total mencionado en el punto II;

IV - publicidad de la infracción después de debidamente comprobado y confirmado lo ocurrido;

V - bloquear los datos personales a los que se refiere la infracción hasta su regularización;

VI - eliminación de los datos personales a los que se refiere la infracción;

¹⁹ Art. 8 El consentimiento previsto en el artículo I del art. 7 de esta Ley se proporcionará por escrito o por otros medios que demuestren la manifestación de voluntad del titular.

Párrafo 1. Si el consentimiento se da por escrito, se incluirá en una cláusula resaltada en las otras cláusulas contractuales.

Párrafo 2. El controlador asumirá la carga de probar que se obtuvo el consentimiento de conformidad con las disposiciones de esta Ley.

Las empresas que son responsables de las bases de datos deberán establecer estructuras tecnológicas que garanticen el archivo del consentimiento, así como el cumplimiento de otros derechos ahora otorgados al titular. De acuerdo con las reglas anteriores, el consentimiento debe ser previo y expreso, es decir, proporcionado antes del inicio del procesamiento y de manera manifiesta por parte del interesado. Ahora, sin embargo, con la calificación de “libre, informado e inequívoco” (y en algunos casos específico), se debe dar el consentimiento, y el titular debe contar con toda la información necesaria para proporcionarla y sin ambigüedades. Es decir, el foco del legislador está en la conciencia del titular de los datos en relación a lo que los controladores harán con sus datos personales, y requiere que los controladores sean transparentes sobre este tema. En la nueva ley, el consentimiento abandona su posición central en la protección de datos brasileña y se coloca horizontalmente en relación con las otras hipótesis de tratamiento enumeradas (EJNISMAN; LACERDA, 2019).

Finalmente, la Medida Provisional 869 del 27/12/2018 creó la Autoridad Nacional de Protección de Datos (“ANPD”)²⁰, no una agencia reguladora con autonomía regulatoria, judicial y de supervisión, sino un organismo vinculado a la Administración Pública Federal, dotado exclusivamente de autonomía técnica.

Habiendo hecho estas breves consideraciones sobre las principales disposiciones de ambas reglas jurídicas, procedamos al instituto del trasplante jurídico, de acuerdo con la doctrina extranjera y nacional, para confirmar si las reglas previstas en el GDPR se han incorporado a nuestro sistema jurídico, en forma de Ley General de Protección de Datos brasileña.

La tesis del trasplante jurídico desarrollada por WATSON no es aceptada pacíficamente por las teorías del derecho comparado, especialmente por LEGRAND, que ni siquiera reconoce la existencia del instituto. Según los comparadores, “la modificación de lo jurídico como trasplante jurídico desconecta el Derecho de su trasfondo histórico, epistemológico o cultural y concibe las reglas como declaraciones proposicionales vacías” (LEGRAND, 2014, p.16-17).

Por tales motivos, la importación de soluciones jurídicas y textos legislativos de otro país sin preocuparse por los valores históricos y culturales del país de destino puede resultar en la inaplicabilidad del derecho importado o trasplantado (XANTHAKI, 2008, p.659). Por otro lado, hay comparatistas aliados al movimiento contextualista que ya reconocen la posibilidad de que las leyes, constituciones, instituciones e ideas migren de un contexto a otro y sugieren la expresión “migración” como más apropiada para ser adoptada en este contexto de movimiento de ideas constitucionales entre sistemas (FRANKENBERG, 2010, p.570).

Otros autores, como JHERING, KHOTZ y ZWEIGERT (1971, p.215-231), ven la pregunta desde la perspectiva de la funcionalidad, es decir, lo que importa es saber si el trasplante jurídico servirá para satisfacer una necesidad social que se presente en el país de destino. Para los defensores de la teoría funcional, es indiferente conocer el sistema jurídico del cual se toma

²⁰ Art. 55-A. El Supervisor Nacional de Protección de Datos - ANPD, un organismo de la administración pública federal que es miembro de la Presidencia de la República, se crea sin aumentar los gastos.

prestada una solución jurídica o comparar las similitudes entre el país de origen y el país que recibirá ese texto legislativo.

CAPPELETTI y SIQUEIRA (2016, p.17), a su vez, sostienen que “el sistema jurídico brasileño parece caracterizarse por una fuerte apertura al derecho extranjero y, al mismo tiempo, un fuerte interés en lo que se utiliza en su diseño legislativo”. Entienden, incluso como posible justificación para la realización de trasplantes jurídicos, el hecho de que Brasil era un país colonizado y no colonizador. A pesar de todo el debate doctrinal sobre el grado de dependencia de las reglas trasplantadas a su entorno jurídico, económico y social, la no aceptación del posicionamiento de que las reglas son disposiciones vacías sin significado y que los trasplantes no ocurren, de hecho, no tienen lugar como afirman los comparatistas

Siguiendo el entendimiento de Papadopoulou (2016, p.894) de que es posible evolucionar para alcanzar un punto de equilibrio o punto intermedio con trasplantes llamados heurísticamente de botánicos. Las reglas pueden cambiar, pero su significado se ajusta a los valores del país importador, siempre que no sean del todo incompatibles con su significado en el país de origen.

De acuerdo con lo observado por el análisis comparativo entre la legislación nacional y extranjera, se puede concluir que el régimen de protección de datos de la Unión Europea puede haberse transferido al escenario brasileño, ya que las normas GDPR tienen un significado compatible y son totalmente adaptable al modelo brasileño. Por lo tanto, se entiende que una vez que se complete el trasplante jurídico, en el sentido botánico, no habrá impactos negativos en el proceso de uniformidad y armonización entre los sistemas jurídicos nacionales y europeos.

3 TRATAMIENTO Y USO COMPARTIDO DE DATOS PERSONALES PARA LA APLICACIÓN DE POLÍTICAS PÚBLICAS

La producción legislativa no necesita ser creativa e innovadora todo el tiempo. La importación de un modelo listo para usar, especialmente si ya está probado, que funciona en otro sistema jurídico, simplemente adaptando sus términos a las necesidades del país de destino, permite que el proceso legislativo se mantenga al ritmo de las innovaciones tecnológicas y responda de manera más dinámica a las demandas sociales.

La ley brasileña, aunque ha “copiado” el régimen de protección y procesamiento de datos personales instituido por el GDPR, inaugura la posibilidad de procesamiento y uso compartido de datos necesarios para la ejecución de políticas públicas por parte de la Administración Pública²¹.

La política pública es la “decisión tomada por los actores gubernamentales, con autoridad y sujeta a sanciones”, basada en el concepto de VALLE (2009, p.36), los principales elementos

²¹ Art. 7 El tratamiento de datos personales sólo puede realizarse en las siguientes hipótesis: (...) III - por parte de la administración pública, para el tratamiento y uso compartido de datos necesarios para la ejecución de políticas públicas previstas en leyes y reglamentos o respaldadas por contratos, acuerdos o instrumentos similares, sujeto a las disposiciones del Capítulo IV de esta Ley;

de la política pública ya están delineados, independiente de cuáles son, la investigación de métodos para formular lo escogido, los actores que componen este proceso y las posibles consecuencias del alejamiento por parte del poder del parámetro original de orientación de actuar.

El proceso de elaboración de la política pública y la construcción de un sistema para la orientación de ese proceso fue bien erguido por THEODOULOU que dividió el proceso en 6 etapas de actividades, que pueden ser reconocidas como el ciclo de la política pública. Ellos son:

1. reconocimiento del problema e identificación de las cuestiones: identificación del hecho o situación de hecho que requiere intervención estadual que, una vez legitimados, se convierten en cuestiones;
2. establecimiento de agenda: estableciendo prioridades para la acción pública, el tema en esta etapa alcanza el estatus de asunto serio;
3. formulación de políticas públicas: con la identificación del problema en la primera etapa, es hora de explorar posibles propuestas de acción para abordar los temas de la agenda;
4. elección de la política pública a implementar: implementación de la decisión sobre la línea de acción a ser adoptada, con base en la indicación de cuál produce la optimización de esfuerzos y/o beneficios considerando los recursos disponibles;
5. implementación de la política pública: momento de ejecución de las propuestas de acción indicadas en la formulación y elegidas en la siguiente fase;
6. análisis y evaluación de la política pública ejecutada: en esta etapa se realiza el diagnóstico de los resultados logrados con la política, se legitima la acción tomada y se permite su adaptación a la conducción de acciones futuras (THEODOULOU, 1995, p. 86-87).

Se entiende que el proceso racional de toma de decisiones en la producción normativa podría mejorarse con la función de intercambio de información de Poder Público contenida en las bases de datos personales²², según lo autorizado por el LGPD²³. Se explica:

Durante el ciclo de políticas públicas, especialmente en una etapa inicial cuando se identifican, aíslan y clasifican los problemas o cuestiones que determinan la formulación de políticas, el uso de información de las bases de datos personales de un municipio en particular,

²² Artículo 5 A los efectos de esta Ley, se considerará lo siguiente:

X - tratamiento: cualquier operación realizada con datos personales, como los relacionados con la recopilación, producción, recepción, clasificación, uso, acceso, reproducción, transmisión, distribución, tratamiento, archivo, almacenamiento, eliminación, evaluación o control de información, modificación, comunicación, transferencia, difusión o extracción.

XVI - uso compartido de datos: comunicación, difusión, transferencia internacional, interconexión de datos personales o tratamiento compartido de bases de datos personales por organismos públicos y entidades en el cumplimiento de sus poderes legales, o entre ellos y entidades privadas, mutuamente, con autorización específica, para una o más modalidades de tratamiento permitidas por estas entidades públicas, o entre entidades privadas;

²³ Art. 23. El tratamiento de datos personales por parte de personas jurídicas regidas por el derecho público a que se refiere el único párrafo del art. 1 de la Ley N° 12.527, de 18 de noviembre de 2011 (Ley de Acceso a la Información), se llevará a cabo para el cumplimiento de su propósito público, en la búsqueda del interés público, con el fin de ejecutar las competencias legales o cumplir con las atribuciones legales, servicio público siempre que:

I – se informe la hipótesis de que, en el ejercicio de sus competencias, llevan a cabo el tratamiento de datos personales, proporcionando información clara y actualizada sobre la disposición legal, el propósito, los procedimientos y las prácticas utilizados para realizar estas actividades, en vehículos de fácil acceso, preferiblemente en sus páginas web;

II - (VETADO); y

III - se designa un supervisor al realizar operaciones de tratamiento de datos personales, según los términos del art. 39 de esta Ley.

por ejemplo, puede ser extremadamente útil para mejorar la provisión de transporte público en la localidad.

Suponga que los datos almacenados en la base de datos municipal de "bilhete único" (pasaje electrónico que unifica los cargos de transporte) de los residentes de una región específica, mediante el mapeo y la evaluación del sistema de movilidad de pasajeros utilizado: (i) por el desplazamiento diario de los usuarios, (ii) por la evaluación de qué sistema de transporte es el más utilizado (autobús, metro o ferry) y (iii) las líneas de autobús más utilizadas o que sirven al menor número de pasajeros. Dicha evaluación permitiría determinar la mejor manera de servir a los usuarios en esa región al proporcionarles servicios públicos de transporte de pasajeros.

Sería posible, por ejemplo, considerar (i) si la prestación del servicio de transporte por carretera debería mantenerse o reducirse, dado el aumento significativo de los viajes diarios; (ii) la posibilidad de excluir o reducir el número de ciertas líneas de autobuses, que ya no son utilizadas por los pasajeros en esa localidad debido a la apertura de una estación de metro, lo que aumentó el uso de este medio de transporte en el viaje diario de los usuarios; o (iii) expandir una línea de carretera que sirve a pocos usuarios y extenderla a una región más remota, aumentando el número de usuarios de la localidad que atiende el servicio de transporte.

Estas son medidas que, dependiendo de la política pública que se implemente, pueden afectar la reducción de los costos empleados en servicios que no sirven a los usuarios del sitio y permitir el aumento de inversiones significativas para mejorar la calidad del servicio considerado prioritario, es decir aquellos que, de acuerdo con la información compartida por la base de datos personal de la municipalidad, sirven mejor al interés de esa comunidad en particular.

Ciertamente, el tema aún es reciente y discutible, especialmente con respecto al consentimiento del individuo (en este caso, el usuario del servicio público) y la forma de almacenar la información recopilada en las bases de datos para su tratamiento y uso compartido por el Poder Público. Con respecto al consentimiento y al control de la información personal, ya se comprende que, a medida que la LGPD les otorgue a las personas físicas el control sobre su información personal, dependerá de las personas decidir qué información enviar al público en general. Vea:

Lo que se puede ver, por lo tanto, es que la LGPD se basa en la idea del derecho a la autodeterminación informativa, que, como corolario de los derechos humanos, consiste en garantizar que las personas físicas tengan control sobre su información personal, y que las personas decidan qué información debe ser presentada al público (CYRINO; LEITE, 2018, p. 405-406).

Sin embargo, debe reconocerse que la regulación del tema puede ayudar en el proceso racional de toma de decisiones e incluso ser decisivo para promover la elección del mejor curso

de acción que se implementará en la ejecución de las políticas públicas²⁴. El análisis y la evaluación *ex post* de políticas públicas, la última etapa de este ciclo, también podría ser un factor decisivo para dar credibilidad a la innovación aportada por la LGPD.

4 CONCLUSIÓN

La Ley N° 13.709/2018 (“Ley General de Protección de Datos o LGPD”) se inspiró fuertemente en el GDPR y lo reproduce en gran medida. Basado en el concepto de trasplante jurídico de PAPADOPOULOU, un entendimiento al que me suscribo, las reglas pueden cambiar, pero su significado puede adaptarse a los valores del país que importa, siempre que no estén en absoluto en desacuerdo con su significado en el país de origen.

Según lo observado por el análisis comparativo entre la legislación nacional y extranjera, se puede concluir que el régimen de protección de datos de la UE puede haber sido transferido al escenario brasileño, ya que las normas GDPR tienen un significado compatible y son totalmente adaptable al modelo LGPD.

Por lo tanto, se entiende que una vez que se complete el trasplante jurídico, en el sentido botánico, no habrá impactos negativos en la uniformidad y en el proceso de armonización entre los sistemas jurídicos nacionales y europeos.

La ley brasileña, aunque ha “copiado” el régimen de protección y procesamiento de datos personales instituido por el GDPR, inaugura la posibilidad de procesamiento y uso compartido de datos necesarios para la ejecución de políticas públicas por parte del Poder Público.

Se entiende que el proceso racional de toma de decisiones en la producción normativa puede mejorarse con la información de intercambio de recursos contenida en bases de datos personales por parte del Poder Público, según lo autorizado por la LGPD.

Durante el ciclo de políticas públicas, especialmente en la etapa inicial, cuando se identifican, aíslan y clasifican los problemas o cuestiones que determinan la formulación de políticas, el uso de información almacenada en bases de datos personales en un municipio en particular con respecto al uso de “bilhete único” por residentes locales, por ejemplo, podría ser extremadamente útil para mejorar la provisión de servicios de transporte público en la región al mapear y evaluar el sistema de movilidad de pasajeros utilizado.

Dependiendo de la política pública que se ejecute, las decisiones tomadas en función de los datos recopilados pueden afectar la reducción de los costos empleados en servicios que no sirven a los usuarios del sitio y también permiten el aumento de inversiones significativas en la

²⁴ Art. 25. Los datos deben mantenerse en un formato interoperable y estructurado para uso compartido para la implementación de políticas públicas, la prestación de servicios públicos, la descentralización de la actividad pública y la difusión y acceso de la información por parte del público en general.

Art. 26. El uso compartido de datos personales por parte del Poder Público debe cumplir con propósitos específicos de ejecución de políticas públicas y atribución legal por parte de organismos y entidades públicas, respetando los principios de protección de datos personales enumerados en el art. 6 de esta Ley.

mejora de la calidad del servicio considerado como una prioridad para la municipalidad.

El tema aún es reciente y está abierto a debate, especialmente en relación al consentimiento del individuo (en este caso, el usuario del servicio público) y la forma de almacenar la información recopilada en las bases de datos para su tratamiento y uso compartido por parte del Poder Público.

Sin embargo, debe reconocerse que la regulación del tema puede ayudar en el proceso racional de toma de decisiones e incluso ser decisivo para promover la elección del mejor curso de acción que se implementará en la ejecución de las políticas públicas. El análisis y la evaluación de las políticas públicas *ex post*, la última etapa de este ciclo, también podría ser un factor decisivo para dar credibilidad a la innovación aportada por la LGPD.

REFERENCIAS

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.

Artículo recibido el: 27-12-2018

Artículo reenviado el: 20-02-2019

Artículo aceptado para publicación en: 12-03-2019