



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A LEI DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS E OS DESAFIOS QUANTO À SUA
EFICÁCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

Rodrigo de Jesus Polido

Rio de Janeiro
2021

RODRIGO DE JESUS POLIDO

A LEI DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS E OS DESAFIOS QUANTO À SUA
EFICÁCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

Artigo científico apresentado como
exigência de conclusão de Curso de Pós-
Graduação *Lato Sensu* da Escola da
Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2021

A LEI DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS E OS DESAFIOS QUANTO À SUA EFICÁCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

Rodrigo de Jesus Polido

Graduado pelo Instituto Brasileiro de Mercados e Capitais (IBMEC). Advogado.

Resumo – a maneira em que os dados pessoais tomaram importância com as mudanças proporcionadas pela tecnologia na sociedade tornou-se imperativo repensarmos a maneira com que são tratados. A preocupação mundial em torno da tutela dos dados pessoais é inegável e crescente, sendo incentivado a criação de leis à fim de proteger os dados pessoais em diversos países, inclusive o Brasil. Influenciado pelo Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados Europeu, o Brasil criou sua própria Lei Geral de Proteção de Dados. O trabalho em questão procura abordar pontos nos quais a lei doméstica se encontra ineficaz, abordando vários aspectos de aplicação da lei.

Palavras-chave – Direito Civil. Direito digital. Proteção de Dados. Lei Geral de Proteção de Dados.

Sumário – Introdução. 1.Extraterritorialidade: Desafio decorrente da ineficiência da cooperação internacional e a aplicação da LGPD. 2. A dependência da Agência Nacional de Proteção de Dados e seus impactos à eficácia da tutela de dados. 3.Os desafios da adequação na Transferência Internacional de Dados em vistas à eficiência do instituto. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como intuito abordar o tema da eficácia da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) no ordenamento jurídico pátrio. É fundamental que a LGPD venha imbuída de eficácia, tanto para a proteção do titular dos dados, quanto para garantir segurança jurídica aos que realizam o tratamento dos dados.

Não se pode olvidar que uma norma que pretenda tutelar dados pessoais em uma sociedade considerada como uma “sociedade da informação” possuirá um árduo trabalho, em razão dos conceitos de fronteira mais comuns não serem mais o suficiente em alguns casos.

Em razão disso, no primeiro capítulo trataremos do efeito extraterritorial da lei de proteção de dados brasileira, ou seja, hipóteses em que a LGPD deverá ser aplicada mesmo se tratando de ocorrência em território estrangeiro e os empecilhos que poderão vir a surgir à sua eficácia.

O segundo capítulo cuida de analisar o histórico de criação da LGPD no que tange às mudanças sofridas pela ANPD (Agência Nacional de Proteção de Dados) desde o projeto inicial, a Medida Provisória n° 869/2018 e o texto oficial.

O segundo capítulo terá como foco analisar as mudanças na estrutura da ANPD com as alterações legislativas, que poderão vir a trazer eventuais problemas à aplicação da LGPD, em razão de uma possível falta de independência institucional.

No terceiro capítulo analisa-se o instituto da Transferência Internacional de Dados que, considerando a natureza da disciplina, constitui instituto essencial para muitas áreas, na qual a transferência de dados é pressuposta.

Em face dos empecilhos que a tutela de dados brasileira venha a ter de cumprir os eventuais requisitos necessários para se obter uma decisão de adequação no âmbito da União Europeia para a transferência de dados, analisa-se o histórico atinente ao tema dos Estados Unidos da América com a União Europeia, que deu origem à celebração dos acordos *Safe Harbour* e o *Privacy Shield*.

Será necessário ao presente trabalho efetuar um recorte epistemológico, além da necessidade de uma análise interdisciplinar, sua legislação e jurisprudência, de forma que se chegue a um resultado positivo no âmbito científico.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica será necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco – analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa (legislação, doutrina e jurisprudência) – para sustentar a sua tese.

1. EXTRATERRITORIALIDADE: DESAFIO DECORRENTE DA INEFICIÊNCIA DA COOPERAÇÃO INTERNACIONAL E A APLICAÇÃO DA LGPD

Inicialmente, cabe uma breve pontuação sobre a extraterritorialidade das leis em um sentido mais amplo. A extraterritorialidade possui dois aspectos que deverão ser analisados: (i) a aplicação da lei brasileira em território estrangeiro e (ii) a aplicação da lei estrangeira em território brasileiro.

A jurisdição é a função estatal de solucionar as causas que são submetidas ao Estado, através do processo, aplicando a solução juridicamente correta¹. Atrela-se ao conceito de jurisdição uma forte noção de território, algo que é cada vez mais difícil

¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 33.

distinguir, em razão do rápido avanço tecnológico e tal assertiva se figura revela ainda mais na tutela de dados.

As fronteiras entre os Estados não deverão ser vistas em seu aspecto geográfico tão somente. A rede mundial de computadores possui um alcance global e inúmeras empresas que se utilizam dessa indispensável ferramenta, passaram a prestar serviços com um alcance nunca antes visto.

Dessa forma, entendeu-se que haveria a necessidade de uma reinterpretação do conceito de território para a tutela dos dados pessoais, objetivo da Lei Geral de Proteção de Dados. Dessa forma, cuidou a LGPD de traçar suas hipóteses de aplicabilidade nos incisos de seu art. 3º².

Temos no primeiro inciso que caso a operação de tratamento seja realizada em território nacional, será aplicada a LGPD. Tal inciso traz parte da aplicação da lei em território nacional – estabelece aplicação simples sem muitas questões à serem dirimidas: caso a operação de tratamento de dados pessoais seja realizada em território nacional, entende-se justo aplicar a legislação pátria.

Já em seu segundo inciso, expõe: “a atividade de tratamento tenha por objetivo a oferta ou o fornecimento de bens ou serviços ou o tratamento de dados de indivíduos localizados no território nacional³”.

Nesse inciso, o elemento que vincula a atividade de tratamento à legislação pátria não é em razão de onde está ocorrendo o tratamento dos dados pessoais, e sim pelo fato dos indivíduos estarem em território brasileiro.

Têm-se então a possibilidade de aplicação extraterritorial da LGPD - uma empresa que realize a coleta ou o tratamento de dados de indivíduos que nem mesmo se encontre em território brasileiro, deverá se submeter à LGPD caso forneça ou ofereça bens ou serviços no Brasil.

Em razão da inquestionável influência do RGPD (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados)⁴ sobre a nossa lei de proteção de dados, deu-se origem à essa segunda hipótese, que permite a possibilidade da aplicação extraterritorial da LGPD.

Já em seu terceiro inciso, prevê-se a aplicação da Lei Geral de Proteção de Dados caso os dados pessoais objeto de tratamento tenham sido coletados em território

² BRASIL. *Lei Geral de Proteção de Dados*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm>. Acesso em: 14 mar. 2021.

³ Ibid.

⁴ UNIÃO EUROPEIA. *Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados*. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32016R0679>>. Acesso em: 14 mar. 2021.

nacional⁵. Tal hipótese abre a possibilidade de se aplicar a legislação pátria mesmo quando o tratamento de dados tiver sido realizado no exterior, abrindo possibilidade novamente à aplicação extraterritorial da lei.

Em que pese ambos os textos legais serem relativamente novos, a aplicação extraterritorial da tutela de dados pessoais não é algo novo na União Europeia. Ainda sob a égide da Diretiva 95/46/CE⁶, antecessora do RGPD, o Tribunal de Justiça da União Europeia tratou de caso atinente ao tema.

O referido processo foi ajuizado por Mário Costeja⁷, em face da Google Inc. e de sua filial da Espanha, a Google Spain (país-membro da União Europeia de onde se originou o caso) e da Agência Espanhola de Proteção de Dados (AEPD).

O caso versava sobre a remoção de determinados dados pessoais de serem acessados pelo referido buscador, não se tratava da remoção do conteúdo dos *sites* em que se encontrava a informação, mas sim da indexação da informação na ferramenta de busca da parte ré.

Um dos argumentos utilizados pela Google Spain foi que o tratamento de dados pessoais era realizado exclusivamente pelo Google Inc., empresa com sede fora da União Europeia, não tendo o Google Spain nenhuma gerência sobre os dados que eram objeto da ação.

Decidiu o Tribunal Europeu que a função das duas empresas possuíam um “nexo indissociável” e, em um esforço de se utilizar de uma interpretação teleológica e efetivar a tutela dos dados em questão, decidiu então que a Google Inc., empresa sediada em país alheio à União Europeia, procedesse com a remoção dos dados⁸.

Realizando-se uma leitura do caso sob a ótica de ambas as legislações, em razão dos dispositivos que dão ensejo à aplicação extraterritorial de suas respectivas leis anteriormente aludidas, não haveriam maiores questões à serem debatidas quanto à possibilidade de uma decisão similar ao do caso julgado sob a égide da Diretiva 96/46/CE.

Não obstante a previsão legal, de certo que empresas de abrangência global como o Google e o Facebook veriam necessariamente desafio para que se faça cumprida

⁵ BRASIL, op. cit., nota 2.

⁶ UNIÃO EUROPEIA. *Diretiva n° 95/46/CE*. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=LEGISSUM:l14012>>. Acesso em: 14 mar. 2021.

⁷ UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. *Processo C-131/12*. Relator: Marko Ilešič. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A62012CJ0131>>. Acesso em: 13 mar. 2021.

⁸ Ibid.

uma decisão proveniente de qualquer Estado com um dispositivo similar de tutela de dados como o Brasil e a Europa possuem.

A ferramenta então que deverá ser utilizada em casos de aplicação da LGPD para entes fora do território brasileiro seria a da cooperação internacional. Previsto no Livro II, Capítulo II do Código de Processo Civil⁹, para se ter a tutela dos dados pessoais efetivada nesse contexto.

A cooperação internacional vem demonstrado ser um instituto cada vez mais necessário de ser explorado e aprimorado, em razão da transformação sofrida pela sociedade em razão da evolução tecnológica e a relativização do distanciamento trazida por ela.

Em que pese a crescente necessidade da cooperação internacional, demonstra-se ainda um processo lento em burocrático, não somente no Brasil¹⁰:

Infelizmente, a resistência à cooperação jurídica internacional não se revela apenas na autoridade judiciária brasileira. As autoridades judiciárias e os sistemas jurídicos internos de todo o mundo são ainda muito avessos à integração internacional.

Dessa forma, a ineficiência do instituto poderá traduzir em uma alta morosidade, desestimulando os titulares dos dados pessoais buscarem compensação pelo o uso indevido de seus dados, por exemplo, tendo como consequência a ineficiência da LGPD.

Em razão do espelhamento da LGPD para com o RGPD nessa hipótese, temos que o mesmo problema se confirma na União Europeia, conforme afirma Renato Leite Monteiro¹¹ :

[...]Todavia, caso a empresa não esteja efetivamente localizada na União Europeia, não tenha indicado nenhum representante perante as autoridades, ou nomeado um Data Protection Officer (DPO), qualquer Autoridade de Proteção de Dados nacional de qualquer um dos 28 países membros da União Europeia pode ter dificuldades para realizar o *enforcement* das suas penalidades, sendo, eventualmente, necessário se valer de instrumentos de

⁹ BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 14 mar. 2021.

¹⁰ ÂMBITO JURÍDICO. *A cooperação jurídica internacional na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça*. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-91/a-cooperacao-juridica-internacional-na-jurisprudencia-do-supremo-tribunal-federal-e-do-superior-tribunal-de-justica/>>. Acesso em: 14 mar. 2021.

¹¹ MONTEIRO, Renato Leite. *O Impacto da Regulação Geral de Proteção de Dados da UE em Empresas Brasileiras*. Disponível em: < <https://baptistaluz.com.br/institucional/o-impacto-da-regulacao-geral-de-protecao-de-dados-da-ue-em-empresa-brasileira/>>. Acesso em: 14 mar. 2021.

cooperação internacional para tanto, o que pode ser, por vezes, extremamente lento e burocrático.

Por fim, entende-se que não só caberá ao Brasil realizar um esforço para permitir celeridade e eficiência na homologação de sentenças estrangeiras que versem sobre tutela de dados pessoais, tanto para suas próprias decisões em outros ordenamentos jurídicos, que poderá ser alcançado por meio da celebração de tratados internacionais sobre o tema e dessa forma alcançando a duração razoável do processo, direito fundamental previsto no art. 5º, LXXVIII da Constituição Federal¹².

2. A DEPENDÊNCIA DA AGÊNCIA NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS E SEUS IMPACTOS À EFICÁCIA DA TUTELA DE DADOS

A Lei Geral de Proteção de Dados se utilizou de parâmetro o regramento Europeu também no que tange a criação de uma autoridade para a tutela dos dados pessoais. Disposto no Capítulo IX da LGPD¹³, estabeleceu-se assim a Agência Nacional de Proteção de Dados (ANPD) no Brasil, essencial para a eficácia da lei.

O art. 55-J cuidou de trazer um rol de funções que a ANPD deverá realizar, como a fiscalização e aplicações de sanções em caso de descumprimento da LGPD, editar normas concernentes à proteção de dados e da privacidade, deliberar sobre a interpretação da norma na esfera administrativa, entre outras funções essenciais.

Muitos direitos previstos na LGPD estão condicionados à atuação ativa da ANPD, que atuará como um elo entre os titulares de dados pessoais e os agentes de tratamento¹⁴, relacionando-se então a boa atuação da ANPD à efetividade da tutela dos dados pessoais no Brasil.

Dessa forma, vale ressaltar que o regulamento Europeu confere às autoridades de controle a sua total independência, conforme o previsto no art. 52 da RGPD¹⁵:

¹² BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 11 mar. 2021.

¹³ BRASIL, op. cit., nota 2.

¹⁴ OLIVEIRA, Caio César. A Autoridade Nacional de Proteção de Dados Pessoais (ANPD) e o Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade. In: MULHOLLAND, Caitlin. *A LGPD e o novo marco normativo no Brasil*. Porto Alegre: Arquipelago, 2020, p. 371.

¹⁵ UNIÃO EUROPEIA. *Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados*. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0679>>. Acesso em: 4 abr. 2021.

1. As autoridades de controlo agem com total independência na prossecução das suas atribuições e no exercício dos poderes que lhe são atribuídos nos termos do presente regulamento.
2. Os membros das autoridades de controlo não estão sujeitos a influências externas, diretas ou indiretas no desempenho das suas funções e no exercício dos seus poderes nos termos do presente regulamento, e não solicitam nem recebem instruções de outrem.
3. Os membros da autoridade de controlo abstêm-se de qualquer ato incompatível com as suas funções e, durante o seu mandato, não podem desempenhar nenhuma atividade, remunerada ou não, que com elas seja incompatível.
4. Os Estados-Membros asseguram que cada autoridade de controlo disponha dos recursos humanos, técnicos e financeiros, instalações e infraestruturas necessários à prossecução eficaz das suas atribuições e ao exercício dos seus poderes, incluindo as executadas no contexto da assistência mútua, da cooperação e da participação no Comité.
5. Os Estados-Membros asseguram que cada autoridade de controlo selecione e disponha do seu próprio pessoal, que ficará sob a direção exclusiva dos membros da autoridade de controlo interessada.
6. Os Estados-Membros asseguram que cada autoridade de controlo fique sujeita a um controlo financeiro que não afeta a sua independência e que disponha de orçamentos anuais separados e públicos, que poderão estar integrados no orçamento geral do Estado ou nacional.

Anteriormente à promulgação da Lei Geral de Proteção de Dados, algumas mudanças foram feitas ao seu texto-base, que vieram a ameaçar o bom funcionamento da ANPD, tendo como parâmetro a legislação europeia.

O Projeto de Lei nº 53/2018 previa inicialmente, no seu art. 55 e parágrafos, a ANPD como um órgão independente, integrante da administração pública federal indireta, vinculado ao Ministério da Justiça, com mandato fixo e autonomia financeira¹⁶.

A redação original trazia a criação de uma ANPD com conceitos similares à europeia, mas com a edição da Medida Provisória de nº 869/2018¹⁷, a agência passaria de uma autarquia especial, possuindo autonomia e fazendo parte da Administração Indireta, para um órgão pertencente à Administração Direta, subordinada à Presidência da República.

A Medida Provisória ainda cuidou de enxugar parte das atribuições, não permitindo a elaboração de diretrizes para a Política Nacional de Proteção de Dados Pessoais, a edição de regulamentos e procedimentos, a deliberação na esfera administrativa em caráter terminativo sobre a interpretação da LGPD, entre outros¹⁸.

¹⁶ BRASIL. *Projeto de Lei da Câmara nº 53*. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/133486>>. Acesso em: 14 abr. 2021.

¹⁷ BRASIL. *Medida Provisória nº 869/2018*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Mpv/mpv869.htm>. Acesso em: 14 abr. 2021.

¹⁸ OLIVEIRA, op. cit., nota 14.

Com o Projeto de Lei de Conversão n° 7/2019¹⁹, houve avanço ao reestabelecer todas as competências que tinham sido suprimidas pela Medida Provisória, trazendo à LGPD maiores chances de efetividade.

Cuidou ainda de uma característica transitória à natureza jurídica da ANPD, podendo ser transformada pelo Poder Executivo em entidade da administração indireta, conforme o previsto no art. 55-A, §1º²⁰, submetida à regime autárquico especial, mas ainda vinculada à Presidência da República.

Apesar de importante, a mudança da natureza jurídica da ANPD não possui condição a ela atrelada, podendo nunca ocorrer tal mudança, permanecendo como um ente da administração pública direta.

Têm-se ainda que a sua total dependência ainda se confirma pelo fato da agência não dispor de independência orçamentária, conforme se depreende do art. 55-A §3º da LGPD²¹.

Deve-se lembrar que as maiores celeumas criadas por tais mudanças à ANPD não dizem respeito tão somente à iniciativa privada, mas sim à sua atuação em face da própria administração pública.

Tratando-se da tutela dos dados pessoais, a administração pública possui um grande desafio no manuseio de sua grande base de dados sensíveis e, caberá à ANPD a fiscalização, a aplicação de sanções e outras funções atribuídas a ela, e para tanto, necessitará de independência o suficiente para se ter uma LGPD eficiente no setor público.

Poderia ainda argumentar-se que a mera inexistência independência formal não influenciaria na plena atuação da ANPD com a Administração Pública, havendo independência de fato.

Nesse sentido, as recentes nomeações aos cargos para o conselho diretor da agência vieram a não colaborar com essa perspectiva, entretanto. Dos cinco membros nomeados ao Conselho Diretor, três deles são militares²².

¹⁹ BRASIL. *Projeto de Lei de Conversão n° 7/2019*. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2201766#:~:text=Apresen%20do%20Projeto%20de%20Lei,%2C%20e%20dá%20outras%20providências>>. Acesso em: 14 abr. 2021.

²⁰ BRASIL, op. cit., nota 2.

²¹ Ibid.

²² GUEDES, Demian. *ANPD e sua dependência dependente*. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/anpd-independencia-dependente-07112020>>. Acesso em: 16 abr. 2021.

No contexto político atual em que parte do governo é composto por militares, a forte presença de indivíduos relacionado às forças armadas corrobora com a dependência política da agência.

Por outro lado, ainda há de se considerar que a forte presença no conselho diretor de indivíduos ligados às forças armadas em uma agência com o escopo de atuação tão ligado a temas sensíveis como privacidade e dados pessoais, não há como não fazer um breve paralelo com o período do regime militar brasileiro, demonstrando a preocupação histórica em razão dos fatos ocorridos neste período²³.

Entende-se que para o melhor funcionamento da ANPD e na tentativa de se lograr essa independência fática, a melhor solução seria a nomeação somente de indivíduos com competência técnica e sem vínculos com a administração pública.

3. OS DESAFIOS DA ADEQUAÇÃO NA TRANSFERÊNCIA INTERNACIONAL DE DADOS EM VISTAS À EFICIÊNCIA DO INSTITUTO

Em função do grande volume de dados pessoais e sua dimensão transnacional, houve a necessidade da LGPD seguir o caminho de se estabelecer condições para esse fluxo de dados, com o intuito de se tutelar os dados pessoais eficientemente.

Por razão de o instituto trazer limitações à transferência de dados à fim de proteger o titular, há a necessidade de uma certa similaridade e a definição de um patamar mínimo de proteção à tutela dos dados pessoais.

A criação da LGPD foi fortemente influenciada pelo interesse do ingresso do Brasil na OCDE(Organização para a Cooperação e Desenvolvimento)²⁴, que possui diretiva com o intuito de estabelecer um patamar mínimo à proteção de dados pessoais.

Há de se comentar ainda no aspecto internacional, a forte influência da tutela de dados brasileira pelo RGPD que, entretanto, ainda não é reconhecido pelo ordenamento europeu como um país com uma sistemática de proteção de dados adequada, em que pese países vizinhos como o Uruguai e a Argentina já terem sido reconhecidos.²⁵

²³ Ibid.

²⁴ OLIVEIRA, op. cit., nota 14.

²⁵ UNIÃO EUROPEIA. *Adequacy Decisions*. Disponível em:<https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/international-dimension-data-protection/adequacy-decisions_en>. Acesso em: 7 mai. 2021.

A Transferência de Dados Pessoais está prevista no Capítulo V do RGPD²⁶ e estabelece como forma principal de se haver a transferência de dados a existência de uma decisão de adequação favorável ao estado para qual se deseja transferir, passando então para as demais possibilidades elencadas no capítulo.

Não obstante a existência de outras possibilidades de se fazer essa transferência de dados, uma decisão de adequação fortaleceria as relações comerciais globais e ainda auxiliaria a cooperação entre autoridades públicas, em razão da redução do custo envolvido e a simplificação dos procedimentos a serem tomados.

Uma decisão de adequação pressuporia também uma espécie de aval da tutela de dados brasileira, dado o pioneirismo e referência da Europa no tema da proteção de dados.

Apesar da influência europeia na elaboração da lei brasileira, a lei brasileira possui alguns empecilhos em lograr uma decisão favorável à adequação pelo Tribunal de Justiça da União Europeia.

Diferentemente da LGPD, a legislação europeia possui critérios bem sólidos para que haja uma decisão favorável à adequação de um país e alguns pontos podem justificar a ausência de adequação pelo Brasil.

O art. 45, 2 da RGPD prevê os seguintes critérios à serem avaliados pela comissão²⁷:

2. Ao avaliar a adequação do nível de proteção, a Comissão tem nomeadamente em conta os seguintes elementos:

a) O primado do Estado de direito, o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais, a legislação pertinente em vigor, tanto a geral como a setorial, nomeadamente em matéria de segurança pública, defesa, segurança nacional e direito penal, e respeitante ao acesso das autoridades públicas a dados pessoais, bem como a aplicação dessa legislação e das regras de proteção de dados, das regras profissionais e das medidas de segurança, incluindo as regras para a transferência ulterior de dados pessoais para outro país terceiro ou organização internacional, que são cumpridas nesse país ou por essa organização internacional, e a jurisprudência, bem como os direitos dos titulares dos dados efetivos e oponíveis, e vias de recurso administrativo e judicial para os titulares de dados cujos dados pessoais sejam objeto de transferência;

b) A existência e o efetivo funcionamento de uma ou mais autoridades de controlo independentes no país terceiro ou às quais esteja sujeita uma organização internacional, responsáveis por assegurar e impor o cumprimento das regras de proteção de dados, e dotadas de poderes coercitivos adequados para assistir e aconselhar os titulares dos dados no exercício dos seus direitos, e cooperar com as autoridades de controlo dos Estados-Membros; e

²⁶ UNIÃO EUROPEIA, op. cit., nota 15.

²⁷ Ibid.

c) Os compromissos internacionais assumidos pelo país terceiro ou pela organização internacional em causa, ou outras obrigações decorrentes de convenções ou instrumentos juridicamente vinculativos, bem como da sua participação em sistemas multilaterais ou regionais, em especial em relação à proteção de dados pessoais.

Ao ser mencionado o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais quando se avaliado o nível de adequação, vale destacar que a União Europeia interpreta a proteção de dados como um direito fundamental, previsto no art. 8º, I da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia²⁸, demonstrando-se a dada importância na decisão de adequação do sistema europeu.

Um dos desafios do Brasil à adequação poderá estar no art. 4º, III da LGPD²⁹, que excetua a sua aplicação quando realizado o tratamento para fins exclusivos de segurança pública, defesa nacional, segurança do Estado ou atividades de investigação e repressão de infrações penais.

O ordenamento jurídico europeu, além de levar em consideração a proteção de dados nesses âmbitos que, necessitarão de lei específica tratando do tema, além de quando entrar em vigência seja avaliado a sua aplicação prática, ponto ainda muito distante da realidade brasileira no tema.

Têm-se ainda que a referida adequação está sujeita à uma avaliação periódica, em período mínimo de quatro anos, conforme prevê o art. 45, 3 da RGPD³⁰.

Em que pese a ausência de independência da ANPD e das demais inadequações da tutela de dados brasileira, a solução além de poder vir com a mudança da natureza jurídica da ANPD em razão do seu caráter transitório do art. 55-A, §1º, temos a possibilidade de vir por meio da celebração de um tratado internacional, o que poderá revelar uma solução para a Transferência Internacional de Dados.

O art. 46 da RGPD prevê a hipótese de transferências sujeitas a garantias adequadas, que poderia ser utilizado para facilitar a transferência, o que não desnatura a importância de uma decisão de adequação ao Brasil.

Neste sentido se deu a celebração de dois tratados que envolviam o Estados Unidos e a União Europeia, o *Safe Harbour* e, posteriormente, o *Privacy Shield*.

²⁸ UNIÃO EUROPEIA. *Charter of Fundamental Rights of the European Union*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/eli/treaty/char_2012/oj>. Acesso em: 14 mai. 2021.

²⁹ BRASIL, op. cit., nota 2.

³⁰ UNIÃO EUROPEIA, op. cit., nota 15.

O acordo do *Safe Harbour* se deu ainda sob a Diretiva 95/46/CE e se limitava às empresas que aderissem à ele, tendo sido posteriormente invalidado no caso C-362/14³¹.

O caso em questão tratou da queixa realizada por M. Schrems, cidadão austríaco. Schrems ressalta que ao utilizar o Facebook, todos os cidadãos que residem na União Europeia seriam obrigados a celebrar contrato com uma filial irlandesa do Facebook Inc., com sede nos Estados Unidos, onde os dados então seriam tratados³².

Schrems alegava que os EUA não possuíam um nível adequado de proteção, levando as diretrizes estabelecidas pela legislação europeia. Schrems baseou tal assertiva nas informações vazadas por Edward Snowden sobre as atividades dos serviços de informação dos Estados Unidos, a National Security Agency (NSA).

Como consequência do caso Schrems, o Tribunal de Justiça Europeu veio a invalidar o *Safe Harbour Agreement* para a transferência de dados entre os Estados Unidos e a União Europeia.

A invalidação do *Safe Harbour Agreement* deu origem ao *Privacy Shield*, na qual o governo americano, em acordo com a União Europeia, tratou de criar garantias adicionais para o tratamento de cidadãos europeus nas hipóteses do acordo³³, sendo regulado então a transferência internacional de dados por meio do novo tratado.

Em julho de 2020, entretanto, o TJUE decidiu pela invalidação do *Privacy Shield*, no caso C-311/18, mantendo somente as cláusulas-padrão estabelecidas pelo acordo³⁴.

Tal histórico põe em discussão que um acordo entre o Brasil e a União Europeia poderá ser um caminho viável, não obstante às decisões de invalidação do Tribunal Europeu aos acordos firmados com os Estados Unidos.

As decisões de invalidação demonstram a seriedade do tema em questão e a necessidade de recorrente avaliação das garantias propostas e a análise prática da tutela de dados.

³¹ UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. *Caso C-362/14*. Relator: Thomas von Danwitz. Disponível em: <<https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-362/14>>. Acesso em: 20 mai. 2021.

³² Ibid.

³³ VIOLA, Mario. *Transferência de dados entre Europa e Brasil: Análise da Adequação da Legislação Brasileira*. Disponível em: <https://itsrio.org/wp-content/uploads/2019/12/Relatorio_UK_Azul_INTERACTIVE_Justificado.pdf>. Acesso em: 20 mai. 2021

³⁴ UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. *Judgement in Case C-311/18*. Disponível em: <<https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2020-07/cp200091en.pdf>>. Acesso em: 25 mai. 2021.

No cenário da proteção de dados brasileira, apesar de sua insuficiência em alguns pontos, não se pode olvidar o avanço no tema, no qual tem sido capaz de promover patamares aceitáveis de proteção, em que pese haver muito progresso a ser feito.

Dessa forma, a celebração de tratado internacional poderá ser uma solução à ser adotado para a facilitação de transferências internacionais de dados, apesar de não ser a ideal.

CONCLUSÃO

A busca pela tutela dos dados no ordenamento jurídico pátrio com a edição da Lei Geral de Proteção de dados representou um grande avanço, em que pese se encontrar deficitário em algumas áreas.

A extraterritorialidade da LGPD vem de forma esperada à tutela de dados em razão do caráter transnacional dos dados, para haver a tutela eficientemente dos dados deve-se abranger a norma para além de somente as fronteiras geográficas do território.

Com isso, advém os problemas comuns atrelados à eficácia extraterritorial de alguma norma. A morosidade da homologação de sentença estrangeira e o seu cumprimento é desafio não só no Brasil, mas em outros ordenamentos.

A forma com que o texto base da LGPD idealizou a ANPD, apesar de ter sido alvo de alterações, o atual texto, apesar de imperfeito, sofreu inúmeras tentativas à fim de esvaziar o seu propósito, retirando muitas de suas atribuições e a hierarquizando.

Com o texto que felizmente veio a ser promulgado, evitamos a catástrofe que viria a ser a sua promulgação com algumas alterações legislativas que se foram feitas. Dessa forma, deu-se a possibilidade de a Lei Geral de Proteção de Dados não ser mais um dispositivo natimorto no ordenamento jurídico brasileiro.

A ausência de independência formal da ANPD possui uma preocupação maior ao se levar em consideração que a sua atuação não é somente no setor privado, mas também à administração pública, o que poderá levar a interferências políticas e inércia em algumas áreas.

Já na Transferência Internacional de Dados, a adequação no ordenamento europeu presume o cumprimento de uma série de critérios objetivos para a prolação de uma decisão à fim de se declarar o Estado adequado.

Como saída ao Estado brasileiro, têm-se como viável a elaboração de acordos que visam estabelecer garantias à tutela de dados pessoais, como ocorreu entre os Estados Unidos e a União Europeia.

Dessa forma, a transferência destes dados ocorrerá de forma menos custosa e eficiente, tanto para a iniciativa privada quanto para órgãos da administração pública.

Fica evidente então que a tutela de dados brasileira possui um longo caminho a percorrer, mas não se deve subestimar a flagrante evolução na disciplina trazida pela LGPD, que por razão dos inúmeros desafios já ultrapassados, possui um futuro promissor.

REFERÊNCIAS

ÂMBITO JURÍDICO. *A cooperação jurídica internacional na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça*. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-91/a-cooperacao-juridica-internacional-na-jurisprudencia-do-supremo-tribunal-federal-e-do-superior-tribunal-de-justica/>>. Acesso em: 14 mar. 2021.

BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 14 mar. 2021.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 11 mar. 2021.

_____. *Lei Geral de Proteção de Dados*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm>. Acesso em: 14 mar. 2021.

_____. *Medida Provisória nº 869/2018*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Mpv/mpv869.htm>. Acesso em: 14 abr. 2021.

_____. *Projeto de Lei da Câmara nº 53*. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/133486>>. Acesso em: 14 abr. 2021.

_____. *Projeto de Lei de Conversão nº 7/2019*. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2201766#:~:text=Apresentação%20do%20Projeto%20de%20Lei,%2C%20e%20dá%20outras%20providências>>. Acesso em: 14 abr. 2021.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

GUEDES, Demian. *ANPD e sua dependência dependente*. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/anpd-independencia-dependente-07112020>>. Acesso em: 16 abr. 2021.

MONTEIRO, Renato Leite. *O Impacto da Regulação Geral de Proteção de Dados da UE em Empresas Brasileiras*. Disponível em: <<https://baptistaluz.com.br/institucional/o-impacto-da-regulacao-geral-de-protecao-de-dados-da-ue-em-empresa-brasileira/>>. Acesso em: 14 mar. 2021.

OLIVEIRA, Caio César. A Autoridade Nacional de Proteção de Dados Pessoais (ANPD) e o Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade. In: MULHOLLAND, Caitlin. *A LGPD e o novo marco normativo no Brasil*. Porto Alegre: Arquipélago, 2020.

UNIÃO EUROPEIA. *Adequacy Decisions*. Disponível em: <https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/international-dimension-data-protection/adequacy-decisions_en>. Acesso em: 7 mai. 2021.

_____. *Charter of Fundamental Rights of the European Union*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/eli/treaty/char_2012/oj>. Acesso em: 14 mai. 2021.

_____. *Diretiva 95/46/CE*. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=LEGISSUM:l14012>>. Acesso em: 14 mar. 2021.

_____. *Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados*. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0679>>. Acesso em: 4 abr. 2021.

_____. *Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados*. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32016R0679>>. Acesso em: 14 mar. 2021.

_____. Tribunal de Justiça da União Europeia. *Caso C-362/14*. Relator: Thomas von Danwitz. Disponível em: <<https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-362/14>>. Acesso em: 20 mai. 2021.

_____. Tribunal de Justiça da União Europeia. *Judgement in Case C-311/18*. Disponível em: <<https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2020-07/cp200091en.pdf>>. Acesso em: 25 mai. 2021.

_____. Tribunal de Justiça da União Europeia. *Processo C-131/12*. Relator: Marko Ilesič. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A62012CJ0131>>. Acesso em: 13 mar. 2021.

VIOLA, Mario. Transferência de dados entre Europa e Brasil: Análise da Adequação da Legislação Brasileira. Disponível em: <https://itsrio.org/wp-content/uploads/2019/12/Relatorio_UK_Azul_INTERACTIVE_Justificado.pdf>. Acesso em: 20 mai. 2021.