

DATA PRIVACY BRASIL

O Data Privacy Brasil é um centro de produção e difusão de conhecimento que tem como objetivo criar, analisar e compartilhar conteúdo sobre o impacto das tecnologias da informação e comunicação/TICs sobre a privacidade e proteção de dados pessoais, a fim de subsidiar o debate público sobre os desafios de uma sociedade e economia cada vez mais movida e orientada por dados. Para concretizar esses fins, atualmente o Data Privacy **(i)** oferece cursos e *workshops* sobre aspectos teóricos e práticos relativos à privacidade e proteção de dados, com especial foco na Lei Geral brasileira de Proteção de Dados (LGPD) e sua relação com normativas diversas vigentes no ordenamento jurídico brasileiro e em outras jurisdições (e.g., Regulamento Europeu de Proteção de Dados Pessoais); **(ii)** promove palestras, reuniões, seminários e outros eventos a fim de reunir especialistas em privacidade e proteção de dados (e temas correlatos) e suscitar avanços no debate sobre o assunto no Brasil, além de propiciar sua difusão para um público mais amplo; **(iii)** reúne, produz e contribui com a produção de pesquisa aplicada e conteúdo diverso, como ensaios, análises, estudos e artigos científicos.

**COMISSÃO ESPECIAL DESTINADA A PROFERIR PARECER À PROPOSTA DE EMENDA À
CONSTITUIÇÃO Nº 17-A, DE 2019, DO SENADO FEDERAL**

Proposta de Emenda à Constituição nº 17-A-2019
Autoria: Senador Eduardo Gomes (MDB-TO)

Competência Privativa da União para Legislar sobre Proteção e Tratamento de Dados Pessoais

Descrição: Nessa audiência se discutirá a conveniência e oportunidade de se concentrar a competência legislativa para tratamento e proteção de dados pessoais no âmbito da União. Quais as vantagens e desvantagens e as experiências de outros países a esse respeito.

Fundadores

Bruno Ricardo Bioni
Renato Leite Monteiro

Autore(a)s

Bruno Ricardo Bioni, Fundador-Professor
Mariana Rielli, Pesquisadora
Rafael Zanatta, Coordenador de Pesquisa

Data Privacy Brasil

I - Apresentação e objetivos da intervenção

Em 12 de março de 2019, foi encaminhada pelo Senador Eduardo Gomes (MDB-TO) (1º signatário) a Proposta de Emenda à Constituição nº 17, de 2019, cujo objeto é duplo: de um lado, *“altera a Constituição Federal para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais”*; de outro, *“fixa a competência privativa da União para legislar sobre proteção e tratamento de dados pessoais”*.

Propõe-se incluir, no inciso XII do art. 5º da Constituição Federal, que trata do sigilo das comunicações e dados, o trecho *“é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais”*. No caso da competência legiferante, a alteração proposta é a inserção de um inciso XXX no *caput* do art. 22 da Constituição, que trata das competências privativas da União, para incluir a proteção e tratamento de dados pessoais.

A justificação da proposta parte de alguns pontos: afirma imprescindível a regulação jurídica do tratamento dos dados dos cidadãos e marca a *“autonomia valorativa”* da proteção de dados em relação à privacidade, direito fundamental com que se relaciona, mas não se confunde. Nesse sentido, defende-se que, embora de inestimável valia a aprovação da Lei nº 13.709/2018, a LGPD, a matéria é de envergadura constitucional e assim merece ser tratada, como ocorrem em outros países, a exemplo de Portugal e Chile.

No que se refere à competência constitucional para legislar sobre o tema, a justificação remete a *“diversas propostas de leis estaduais e municipais versando sobre o assunto, inclusive em flagrante réplica da LGPD”*, o que representaria um afastamento do ideal de centralidade da União para versar sobre *“assunto tão caro à sociedade”*. O receio que a PEC busca endereçar é de que haja uma proliferação de *“conceitos legais sobre o que é ‘dado pessoal’ ou sobre quem são os ‘agentes de tratamento’ sujeitos à norma legal.”*

Na Comissão de Constituição e Justiça (CCJ), a Relatoria da matéria foi avocada pela Presidente da Comissão Simone Tebet (MDB-MS), que em 17 de maio apresentou parecer favorável à constitucionalidade formal e material da proposta, bem como se posicionou favoravelmente ao mérito. O parecer passa por diversas legislações que regulam a proteção e tratamento de dados pessoais ao redor do mundo para então debruçar-se sobre a questão central da proposta: embora a Constituição já tutele, de forma reflexa, a proteção de dados pessoais, a doutrina reconhece que o direito à proteção de dados pessoais vai além da tutela da vida privada do indivíduo, de forma que uma separação se faria necessária.

Quanto ao aspecto da competência privativa, o parecer considera que a proposta *“encontra-se perfeitamente alinhada com o comando constitucional de formulação das normas de direito civil”*. Desta forma, opina pela aprovação da PEC, o que de fato veio a ocorrer na Comissão, em 22 de maio de 2019, com uma emenda de redação proposta pelo Senador Rodrigo Pacheco, que sugeriu a inclusão da locução *“bem como”* antes do trecho *“é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais”*.

O parecer foi apreciado pelo Plenário do Senado e, em dois turnos, aprovado. Posteriormente, foi encaminhado à Câmara dos Deputados, em 03 de julho de 2019.

Na primeira fase da tramitação da Câmara, na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJC), sob relatoria do deputado João Roma (PRB-BA), a proposta obteve parecer favorável, apresentado em 08 de agosto de 2019, que se limitou a analisar a admissibilidade da matéria. O parecer foi aprovado na Comissão em 13 de agosto.

Um mês depois, pelo regramento próprio das Propostas de Emenda à Constituição (art. 202, §2º do Regimento Interno da Câmara dos Deputados), foi criada a Comissão Especial destinada a proferir parecer à Proposta de Emenda à Constituição nº 17-A, de 2019, constituída efetivamente em outubro de 2019.

Vale apontar que, embora por caminhos regimentais distintos, tanto a PEC 17 quanto a Lei Geral de Proteção de Dados contaram com apreciação por Comissão Especial designada para discussão específica da matéria. A constituição de ambas é, ainda, bastante semelhante, com parlamentares que desempenharam papel central na tramitação e aprovação da LGPD compondo também a Comissão da PEC - destacam-se os parlamentares Orlando Silva (PCdoB/SP) e Bruna Furlan (PSDB/SP), respectivamente relator e presidente em ambas as ocasiões.

Similarmente ao que ocorreu na Comissão Especial de Proteção de Dados, que discutiu a LGPD, foi apresentado Plano de Trabalho pelo Relator Orlando Silva para a apreciação da PEC 17, com o objetivo de melhor “formar convicção sobre o mérito da matéria, sua relevância e urgência, e constitucionalidade, juridicidade e técnica legislativa”. O roteiro inclui, além da Audiência Pública a que se destina a presente contribuição (“Competência Privativa da União para Legislar sobre Proteção e Tratamento de Dados Pessoais”), mais 03, reproduzindo-se a lógica participativa e multissetorial que marcou o processo de discussão e aprovação da LGPD: I) Proteção de Dados como Direito Fundamental; II) Impactos da PEC nº 17/2019 na futura atuação da Autoridade Nacional de Proteção de dados pessoais – ANPD e os direitos dos usuários e III) Papel de Estados e Municípios na Proteção dos Dados Pessoais.

Feita esta breve introdução, o objetivo da presente intervenção é, em linhas gerais: **i)** defender, a partir da experiência histórica internacional, a inclusão da proteção de dados pessoais como direito fundamental autônomo, que deverá, ainda, ser assegurado pela constituição e manutenção de uma autoridade supervisora independente; **ii)** esclarecer o papel e capacidade legislativa dos Municípios frente à atribuição de competência privativa por parte da União acerca de proteção de dados pessoais.

I.A - Introdução - delimitação do objeto do debate regulatório

A título de introdução, repisa-se o objeto duplo da Proposta em discussão: em primeiro lugar, busca atribuir à “proteção e tratamento de dados pessoais” natureza constitucional de direito fundamental, inscrito no rol de direitos individuais do art. 5º da Constituição Federal no mesmo inciso que trata do sigilo das comunicações e dados. Hoje, vale relembrar, o direito à proteção de dados pessoais costuma ser derivado da tutela da privacidade do inciso X do mesmo dispositivo, segundo o qual “X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;”.

A segunda parte da proposição, por outro lado, diz respeito a tema diverso, embora correlato. Uma vez considerado direito fundamental, com estatura constitucional, propõe-se que a competência

legiferante sobre o tema (“proteção e tratamento de dados pessoais”) seja privativa da União, isto é, que a competência para editar leis e atos normativos primários seja prioritariamente da União, podendo haver Lei Complementar que delegue aos Estados competência para “legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo” (art. 22, par. único, Constituição Federal).

II. Proteção de Dados Pessoais enquanto um direito humano fundamental-autônomo

A discussão acerca da consideração do direito à proteção de dados pessoais como direito humano fundamental autônomo não é nova, nem é uma especificidade do Brasil. Com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, em 2009, e da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (elaborada em 2000), por consequência, o direito à proteção de dados pessoais passou a ter *status* de direito fundamental autônomo no bloco (FUSTER, GELLERT, 2012, p.73¹).

Esse descolamento entre privacidade e proteção de dados pessoais já havia sido amplamente discutido na literatura jurídica, em especial pelos trabalhos de Stefano Rodotà, na época Professor de Direito Civil e Diretor da Autoridade Garante de Proteção de Dados Pessoais. Juntamente com outros juristas europeus, Rodotà foi um dos autores do artigo sobre proteção de dados da Carta de Direitos Fundamentais.

O art. 8º da Carta pode ser dividido em quatro proposições: i) que todos têm o direito à proteção dos dados pessoais que digam respeito a si; ii) que estes dados devem ser tratados de forma justa e de acordo com o consentimento do titular ou outra base legal legítima; iii) que os titulares também têm direito de acesso e retificação sobre os dados sobre si; e, finalmente, iv) que a conformidade com estas normas deve ser submetida a controle por uma autoridade independente.

Vale destacar que, antes da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, a proteção de dados pessoais na região era fortemente atrelada ao direito à privacidade, conforme delineado pelo art. 8º da Convenção Europeia de Direitos Humanos (FUSTER, GELLERT, 2012, p. 75). A chamada “Convenção 108” do Conselho da Europa, referência do ponto de vista dos direitos humanos, embora se trate desde o início de uma Convenção de proteção de dados pessoais, também associava o tema diretamente à privacidade até sua modernização no ano de 2013².

Não apenas na Europa a matéria vem sendo discutida e refletida em mudanças legislativas. Em junho de 2018, foi aprovada no Chile, a Lei 21.096, uma reforma constitucional que consagrou o direito à proteção de dados pessoais junto ao direito à privacidade, este já garantido anteriormente, mas pela primeira vez de forma autônoma. Na primeira moção parlamentar³, de junho de 2014, justificou-se o projeto, dentre outros argumentos, pelo fato de que a elevação do direito a nível constitucional “referendaria o critério de nosso Tribunal Constitucional, seguindo a tendência jurisprudencial de várias

¹FUSTER, Gloria González; GELLERT, Raphaël. The fundamental right of data protection in the European Union: in search of an uncharted right. **International Review of Law, Computers & Technology**. 26. 2012 73-82. 10.1080/13600869.2012.646798.

² O novo texto, em seus considerandos, refere-se à proteção de dados pessoais e sua harmonização com “outros direitos humanos e liberdades fundamentais”.

³ Moción de los señores Senadores Hernán Larraín Fernández, Felipe Harboe Bascuñán, Eugenio Tuma Zedán, Pedro Araya Guerrero y Ricardo Lagos Weber. Fecha 11 de junio, 2014. **Moción Parlamentaria en Sesión 24**. Legislatura 362. Disponível em: <<https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/7551/>>. Acesso em: 24 de outubro de 2019.

altas cortes europeias”, ao que se seguiu a citação de julgados em que a distinção entre proteção de dados pessoais e privacidade foi feita.

É justamente pela natureza diversa entre o direito à tutela da vida privada e da privacidade e o direito à proteção de dados pessoais que se justifica sua proteção em separado, de forma autônoma. A privacidade, definida na frase clássica de Warren e Brandeis⁴ como o “direito de ser deixado só”, definição próxima à do princípio da exclusividade de Tércio Sampaio Ferraz Jr⁵, é eminentemente uma *liberdade negativa*, no sentido de não-interferência: trata-se de um espaço sobre o qual o Estado e terceiros devem se abster de atuar, a fim de permitir o livre florescimento da personalidade do indivíduo.

A proteção dos dados pessoais, por outro lado, não se restringe à esfera privada, até porque não são dados pessoais apenas aqueles privados, mas também os que circulam publicamente, merecendo estes igual (ou até maior) proteção. Nesse sentido, diz-se da proteção de dados ser uma *liberdade positiva*,⁶ o que vai muito além da mera abstenção sobre um determinado espaço individual (reclusão). Trata-se, sobretudo, de promover a circulação dessas informações, mas garantindo-se, ao mesmo tempo, o controle desse fluxo por parte do seu titular.

Nesse sentido, há a garantia de direitos específicos, como os tradicionais direitos de acesso, retificação, cancelamento e oposição, e “novos direitos”, como a portabilidade de dados pessoais, com objetivo de empoderar o cidadão com um controle sobre suas informações.⁷

Laura Schertel Mendes, em sua contribuição⁸ à primeira das quatro Audiências Públicas agendadas no plano de trabalho da Comissão que analisa a PEC 17, parte desta mesma distinção, afirmando ainda que foi nos anos 1970, em um cenário de Estado de bem-estar social e coleta ampla de dados pelo Estado, que se percebeu não ser suficiente a proteção dos dados pessoais pela ótica única da privacidade e do direito de ser deixado só. Para a professora, a mudança implica que não se trata mais da natureza do dado - privado ou público - que determinará sua tutela, mas sim o contexto de sua utilização e potencial violação de direitos.

Considerados estes breves pontos, a PEC 17 reveste-se de singular importância, já que parte da percepção, real, de que os dados pessoais são cada vez mais visados, enquanto maiores ativos da economia atual, e pelo mesmo motivo, cada vez mais passíveis de vulnerabilidades. Também motiva a proposta o fato de que, por esta conformação atual, a proteção dos dados pessoais afasta-se da proteção à privacidade, muito embora com ela mantenha relação próxima.

Nesse sentido, é de imprescindível que a proposição seja aprovada. Por outro lado, seguindo a sugestão feita por Sergio Gallindo, representante da Brasscom, melhor seria se a Proposta de Emenda à Constituição reservasse um dispositivo dedicado exclusivamente à proteção de dados pessoais, ao invés

⁴ WARREN, BRANDEIS. The Right to Privacy. **Harvard Law Review**. Vol. IV. December 15, 1890. No. 5.

⁵ FERRAZ JR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o Direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. **Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas**, nº 1, RT, São Paulo: 1992, pp. 141-154.

⁶ RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância**. Trad. Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 17.

⁷ BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. Gen-Forense: Rio de Janeiro, 2018. p. 97.

⁸ Todas as contribuições à Audiência Pública podem ser acessadas no seguinte link: <<https://www.camara.leg.br/evento-legislativo/58183>>

de alocar esta inclusão no inciso referente ao sigilo constitucional dos dados e comunicações. Essa foi exatamente a solução adotada na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, que talhou, em dispositivos destacados, o direito à proteção de dados e o direito à privacidade.

RECOMENDAÇÃO Nº 1

Na linha de assegurar autonomia à proteção de dados pessoais enquanto um novo direito fundamental, a sua inscrição deve se dar em dispositivos autônomo e destacado ao invés de ser acoplado ao dispositivo referente ao sigilo de dados de correspondência e comunicações.

II.A - Direito à proteção de dados e a previsão de uma autoridade supervisora de proteção de dados pessoais

Ao longo do progresso geracional de leis de proteção de dados, notou-se a necessidade de um arranjo institucional que fiscalizasse e o interpretasse este direito, a fim de permitir sua plena materialização. Trata-se de uma experiência acumulada por cerca de quatro décadas.

Mesmo no Brasil, essa discussão é antiga. Em Caderno Especial de 28 de fevereiro de 1972, no *Jornal do Brasil*, o artigo "Quem polícia os computadores?" abriu essa discussão ao argumentar que "a criação de centros computadorizados para arquivar informações sobre indivíduos poderá exigir a formação de agências especializadas na proteção dos cidadãos"⁹. Em uma discussão de vanguarda, o *Jornal do Brasil* afirmou que "para melhor proteção do indivíduo, a informação no banco de dados deve ser passível de degeneração e limitação, ou seja, arquivadas com finalidade específica e por tempo limitado. Fatores econômicos e interesses totalitários, entretanto, podem tornar difícil a aplicação dessas medidas de segurança, daí a necessidade de um organismo protetor com recursos consideráveis e competência técnica. Deve ser uma agência com autonomia para investigar qualquer computador, público ou particular, para verificar se está havendo honestidade"¹⁰. Como se vê, data de quarenta anos o diagnóstico da importância de estruturas de regulação com independência e competência técnica.

O primeiro exemplo desta trajetória diz respeito justamente à Convenção 108, do Conselho da Europa, que, na mesma medida em que esclareceu a autonomia do direito fundamental à proteção de dados pessoais na sua versão modernizada, em 2013, também incluiu um capítulo inteiro sobre Autoridades Supervisoras, tornando obrigatória a sua constituição e sua independência. O art. 15 da Convenção estabelece que as Autoridades de cada membro devem ter "completa independência e imparcialidade na performance das suas obrigações", que incluem investigação, intervenção, sanção, promoção de consciência pública sobre direitos dos titulares e obrigações de controladores e operadores, etc. Além disso, a Convenção 108+ também estabelece, no seu art. 17, que as Autoridades supervisoras devem cooperar entre si, por meio de troca de informações, investigações e ações conjuntas, dentre outras formas pré-estabelecidas.

⁹ Os dados históricos foram gentilmente cedidos por Rafael Zanatta, que realiza tese de doutorado sobre história da proteção de dados pessoais no Brasil na Universidade de São Paulo.

¹⁰ *Jornal do Brasil*, "Quem polícia os computadores?". 28 de fevereiro de 1972, página 6. Disponível em: <http://memoria.bn.br/DocReader/030015_09/51452>. Acesso em 27 de outubro de 2019.

Esta relevante alteração veio na esteira de um protocolo adicional, de 2004¹¹, que trouxe duas mudanças a fim de fortalecer a Convenção: i) a regra da necessidade de nível adequado para a transferência internacional de dados pessoais e ii) “a criação de autoridades supervisoras nacionais responsáveis por garantir o cumprimento das leis ou regulamentos adotados em cumprimento da Convenção, relativos à proteção de dados pessoais e fluxos de dados transfronteiriços”.

No âmbito da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), esfera em que a questão da proteção de dados pessoais sempre foi tratada prioritariamente em termos de livre fluxo informacional e incremento das oportunidades econômicas, uma trajetória de fortalecimento da estrutura de *enforcement* também se verifica. Enquanto nas *guidelines* originais da OCDE para o tema, de 1980, não havia obrigatoriedade explícita para o estabelecimento de Autoridades supervisoras, durante seu processo de modernização este comando foi incorporado com destaque.

A seção cinco das novas *guidelines*¹² (“Implementação Nacional”) conclama os países-membros a estabelecer e manter autoridades garantidoras “com a governança, recursos e expertise técnica necessária para exercer seus poderes com efetividade e tomar decisões com base “objetiva, imparcial e consistente” (parágrafo 19(c)”. De acordo com o resumo executivo da revisão, isso significa “no contexto das *Guidelines*, a necessidade de que autoridades garantidoras sejam livres de quaisquer instruções, vieses ou conflitos de interesse na aplicação da lei”.

Por fim, cita-se, novamente, a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, que desde sua concepção considerou o estabelecimento e manutenção de Autoridades supervisoras de tamanha importância a ponto de incluir este comando como parte do mesmo dispositivo que atribui à proteção de dados pessoais o *status* de direito fundamental autônomo¹³.

Historicamente, portanto, o desenvolvimento da matéria de proteção de dados pessoais veio acompanhado da necessidade um arranjo legal e institucional para a efetivação, na prática, desse direito humano. Nesse sentido, a presente Proposta de Emenda à Constituição poderia fazer tal inscrição dupla no rol de direitos humanos fundamentais na Constituição Federal brasileira. Dessa forma, a Autoridade Nacional de Proteção de Dados Pessoais teria *status* constitucional.

RECOMENDAÇÃO Nº 2

Uma retomada histórica em torno da **evolução do quadro jurídico-regulatório da proteção de dados pessoais revela a importância de prevê-lo como um novo direito fundamental, ao lado da constituição de uma autoridade supervisora independente, capaz de materializá-lo**. Dessa forma, a redação do Projeto de Emenda à Constituição poderia prever a necessidade de tal arranjo institucional, a exemplo do que foi feita na Carta de Direitos Humanos da União Europeia:

¹¹ COUNCIL OF EUROPE. Treaty nº 181.

Additional Protocol to the Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data, regarding supervisory authorities and transborder data flows. Disponível em: <<https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/181>>. Acesso em 27 de outubro de 2019.

¹² ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT. **The OCDE Privacy Framework**. 2013. Disponível em: <https://www.oecd.org/sti/ieconomy/oecd_privacy_framework.pdf>. Acesso em: 27 de outubro de 2019.

¹³ Art. 8º da Carta de Direitos Fundamentais da UE.

" é assegurado o direito à proteção de dados pessoais na forma da lei, cuja fiscalização e aplicação se dará por uma autoridade independente"

(sugestão 1)

ou

" assegurado o direito à proteção de dados pessoais na forma da lei, cuja fiscalização e aplicação se dará por uma entidade da administração pública federal indireta de regime autárquico especial"

(sugestão 2)

Com isso, inclusive, a PEC 017/2019 estará sincronizada com a racionalidade do processo de aprovação da Medida Provisória 869/2018 pelo Parlamento Brasileiro. A redação dada ao artigo 55-K da Lei Geral de Proteção de Dados previu, expressamente, que a natureza jurídica da Autoridade Nacional de Proteção de Dados deveria ser transitória, com o objetivo de que o Poder Executivo transforme-a, no prazo de, no máximo, 02 (dois) anos, em um ente da Administração Pública Indireta¹⁴. Veja-se:

§ 1º A natureza jurídica da ANPD é transitória e poderá ser transformada pelo Poder Executivo em entidade da administração pública federal indireta, submetida a regime autárquico especial e vinculada à Presidência da República. [\(Incluído pela Lei nº 13.853, de 2019\)](#)

§ 2º A avaliação quanto à transformação de que dispõe o § 1º deste artigo deverá ocorrer em até 2 (dois) anos da data da entrada em vigor da estrutura regimental da ANPD. [\(Incluído pela Lei nº 13.853, de 2019\)](#)

§ 3º O provimento dos cargos e das funções necessários à criação e à atuação da ANPD está condicionado à expressa autorização física e financeira na lei orçamentária anual e à permissão na lei de diretrizes orçamentárias. [\(Incluído pela Lei nº 13.853, de 2019\)](#)

III. Distribuição de competência legislativa na Constituição Federal brasileira: em especial acerca do Município sobre interesses "locais"

¹⁴ Do Relatório da Comissão da Medida Provisória, elaborado pelo Deputado Orlando Silva (PCdoB-SP): "Para finalizar neste tópico da estrutura da ANPD, após ouvir posicionamentos públicos de representantes do governo nesta comissão, e posicionamento dos colegas integrantes deste colegiado, assim como o setor produtivo e o terceiro setor, resta aqui a nossa declaração de que um órgão da administração indireta terá que ser prontamente criado pelo Poder Executivo como única forma para o exercício pleno dos princípios, direitos, garantias e deveres previstos na LGPD. Nesse sentido, incluímos novos parágrafos ao art. 55-K indicando expressamente que a natureza jurídica da ANPD terá que ser transformada em autarquia no prazo de dois anos da aprovação de sua estrutura regimental, bem como a tempo de ser incluída nas Leis Orçamentárias." Fonte: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7945369&ts=1556207205600&disposition=inline> Acesso em: 27 de outubro de 2019.

O pacto federativo constante da Constituição Federal parte do pressuposto de que não se deve marginalizar o papel dos Estados e Municípios frente ao da União para a organização da Federação. Nesse sentido, apesar de não haver hierarquia entre leis federais, estaduais e municipais, há, no entanto, a repartição das respectivas competências entre tais entes federativos para legislar sobre determinados temas, de acordo com o seu grau de afetação aos interesses nacionais, regionais e locais. É o que se convencionou chamar de princípio da predominância do interesse (BULOS, 2014).

O autor (2014, p. 765) afirma que "o princípio da predominância de interesse, embora seja uma ótima regra para nortear a repartição das competências federativas, não consegue resolver a unanimidade das situações submetidas ao seu crivo". Primeiro, porque os interesses de uma unidade federativa sempre resvalarão nos interesses de outros entes, de modo que há uma tensão intrínseca. Em segundo lugar, como decorrência do primeiro elemento, porque não é simples fazer tal juízo de valor acerca de qual interesse seria predominante, o que, aliás, varia de acordo com um dado contexto espacial e histórico.

Camila de Paula, em estudo realizado para a Sociedade Brasileira de Direito Público sobre o conceito de "interesse público" utilizado em discussões sobre conflitos de competência em questões relacionadas a regiões metropolitanas, endossa esse diagnóstico. Para Paula (2013, p. 40-42), o principal parâmetro utilizado pelos ministros é o "critério de preponderância do interesse", um critério que se baseia em uma espécie de conceito indeterminado, "cujo preenchimento depende da análise das circunstâncias concretas subjacentes ao caso e à realidade do país"¹⁵. De acordo com o ex-ministro Eros Grau, a identificação desse "interesse predominantemente local" só se dá no confronto, caso a caso, com o interesse da União. Como notado por Paula (2013, p. 43), "observa-se que o STF não apresenta uma delimitação exata do interesse local, admitindo que este conceito seja alterado devido às circunstâncias concretas"¹⁶.

Nesse sentido, é importante destacar que mesmo os temas reservados à União não eliminam, por completo, a atuação de outros entes federados, especialmente os Municípios, caso haja um desdobramento que os afete predominantemente. Isto porque, o art. 30 da Constituição Federal postula que compete a tais entes legislar sobre assuntos de "interesse local". Justamente pela natureza vaga e indeterminada do termo, vem cabendo também à doutrina conferir a ele significado e densidade. Cita-se Roque Carrazza (1991, p. 109), que diz do interesse local "tudo aquilo que o próprio município, por meio de lei, vier a entender de seu interesse [...] interesses dos municípios são os que atendem, de modo imediato, às necessidades locais, ainda que com alguma repercussão sobre as necessidades gerais do Estado ou do País".

Lopes Filho (2012, p. 298) delimita o interesse local da seguinte forma: i) imediatidade, "no sentido de que a lei deve versar sobre o comportamento humano que se exaure dentro dos limites territoriais locais, nele surtindo seus principais efeitos"; ii) predominância, "entendida como uma mais próxima relação da conduta disciplinada com a vida local dos municípios, os institutos e instituições do

¹⁵ A expressão é do Ministro Marco Aurélio. STF, ADI 1842/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, j. 06/03/2013, p. 6.

¹⁶ Prossegue Paula, como conclusão do seu estudo: "Os ministros definem as competências dos entes federativos sobretudo por meio dos conceitos de interesse local e interesse comum. Entretanto, os apontamentos dos ministros pouco auxiliam a elucidar esses conceitos, uma vez que em quase todos os votos não se expõem razões para justificar por que uma função concerne a um ou outro interesse" (PAULA, 2013, p. 73).

Município”. Sobre a relação e harmonização entre a competência privativa da União e o interesse local, o autor afirma que **“se essas duas características tocarem apenas em parte autônoma e específica de uma matéria ampla que se insere em uma competência da União ou do Estado-membro, haverá a competência municipal para suplementar as normas federais ou estaduais nesse tocante” (grifo nosso).**

Por exemplo¹⁷, apesar da União ser unicamente competente para legislar sobre:

- a)** direito eleitoral, ainda assim assegurou-se aos Municípios legislar sobre a "questão sucessória dos cargos de prefeito e vice, em caso de dupla vacância (ADI 3549-5, DJ 31.10.2007, rel. Min. Cármen Lúcia);
- b)** registros públicos, ainda assim assegurou-se aos Municípios legislar sobre o tempo de espera nos cartórios ([RE 397.094](#), rel. min. **Sepúlveda Pertence**, julgamento em 29-8-2006, Primeira Turma, DJ de 27-10-2006.);
- c)** telecomunicações, ainda assim assegurou-se aos Municípios competências para legislar acerca da instalação de torres de telefonia ([RE 632.006-AgR](#)).

Em todos os casos acima citados, leis federais acabam por fornecer a base conceitual e normativa das matérias que a ela se atribuiu de forma privativa. Por outro lado, há que se reconhecer a existência de hipóteses em que, a partir de um interesse transversal, pode-se identificar pontos específicos que dizem respeito a uma municipalidade, que, nestes casos, possuirá competência legiferante em razão da noção de interesse local do art. 30 do texto constitucional.

Com relação ao “interesse local”, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou que o “o Município é competente para legislar sobre meio ambiente com União e Estado, no limite do seu interesse local e desde que tal regramento seja harmônico com a disciplina estabelecida pelos demais entes federados (art. 24, VI, c/c 30, I e II, da CRFB)”¹⁸. Nesse caso específico, a questão jurídica levada à apreciação da Corte dizia respeito à análise de constitucionalidade de lei municipal que proibia queima de palha de cana-de-açúcar e uso de fogo em atividades agrícolas. No caso, firmou-se entendimento de que havia a extrapolação do limite do seu interesse local, gerando obrigações excessivas ao setor privado.

Em 2018, em razão da discussão do RE 1.052.719/PB, relatado pelo Ministro Ricardo Lewandowski, o Supremo Tribunal Federal analisou as contradições entre o art. 22, I (competência privativa da União para legislar sobre direito civil, comercial, penal, processual, etc) e o art. 30, I (competência dos Municípios para legislar sobre assuntos de interesse local), da Constituição Federal. O caso envolvia Lei Municipal de Campina Grande (Paraíba) que proibia a conferência de produtos após o cliente efetuar o pagamento nas caixas registradoras. Em resumo, uma norma de direito do consumidor e, também, de direito comercial. O STF decidiu que “os municípios detêm competência para legislar sobre assuntos de interesse local, ainda que, de modo reflexo, tratem de direito comercial ou do

¹⁷ Os seguintes exemplos foram retirados de OTERBACH, Daniel Thiago. A competência legislativa do município decorrente do interesse local: uma abordagem histórica, doutrinária e jurisprudencial, *Empório do Direito*. 2016. Disponível em: <<https://emporiiododireito.com.br/leitura/a-competencia-legislativa-do-municipio-decorrente-do-interesse-local-uma-abordagem-historica-doutrinaria-e-jurisprudencial>>. Acesso em: 26 de outubro de 2019.

¹⁸ RE 586.224, Rel. Min. Luiz Fux, 05/03/2015, DJe 08/05/2015, Tema 145.

consumidor”. De acordo com Lewandowski, a Constituição atribui autonomia legislativa dos municípios, haja vista ter sido essa a intenção do constituinte ao elevá-los ao status de ente federativo. Interpretações que limitem ou mesmo vedem a atuação legislativa do município devem considerar a primazia do interesse da matéria regulada, de modo a preservar a essencial autonomia desse ente político no sistema federativo. Conforme decidido neste caso, inexistente um critério objetivo que possa balizar de maneira *absolutamente segura* se a matéria normatizada transcende o interesse local, devendo ser prestigiada a vereança local, que bem conhece a realidade e as necessidades da comunidade.

Nota-se, com isso, que, caso seja atribuída a competência privativa à União sobre proteção de dados pessoais, não se eliminará por completo eventual atuação legislativa dos municípios caso algum interesse, ainda que seja recortado pelo tema da proteção de dados pessoais, seja predominantemente local.

III.A. Proteção de Dados Pessoais enquanto assunto de interesse nacional e local

III.A.1 O movimento de leis municipais sobre proteção de dados pessoais

Antes de mais nada, é importante contextualizar como se deu o surgimento de leis municipais sobre proteção de dados antes de traçar considerações mais substantivas acerca da repartição de competência legislativa acerca da matéria. A emergência de leis municipais se deu:

- a) diante da ausência de uma lei federal acerca da matéria, tal movimento buscava preencher um espaço anteriormente não normatizado. O objetivo era eliminar insegurança jurídica entre cidadão e gestão pública, particularmente sobre como Municípios poderiam utilizar os dados de seus munícipes para a formulação de políticas e prestação de serviços públicos;
- b) como a criação de um fato político que pressionasse a esfera federal a aprovar uma lei federal que disciplinasse a matéria;¹⁹

Em vista de que, à época, este movimento foi mencionado em audiências públicas²⁰ por representantes de entidades empresariais, o propósito de gerar pressão política e auxiliar no processo que culminou na aprovação da Lei Geral de Proteção de Dados parece ter sido cumprido. Em outras palavras, um dos objetivos da abordagem municipalista - tal como pensado em 2017, em um cenário

¹⁹ Em 2017, Pesquisadores da Rede Latino-americana de Estudos sobre Vigilância Tecnologia e Sociedade (Lavits) desenvolveram texto base para criação de projetos de lei para a proteção de dados pessoais no âmbito da gestão pública municipal, pelo projeto "Sua Cidade, Seus Dados". TELESÍNTESE, PL de proteção a dados pessoais une PSDB, PSD, PT e PSOL em São Paulo 22/11/2017. Disponível em: <http://www.telesintese.com.br/pl-de-protecao-dados-pessoais-une-psdb-psd-pt-e-psol-em-sao-paulo/>

²⁰ Como exemplo, cita-se a Audiência Pública realizada na Comissão de Assuntos Econômicos do Senado, em 26 de junho de 2018. Fonte: <https://www.youtube.com/watch?v=tTm_cAu_FYk&feature=youtu.be&t=2791>. Acesso em 27 de outubro de 2019.

onde a discussão sobre uma legislação federal custava a ganhar tração²¹ - era gerar fricção e pressão política para que a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais fosse aprovada pelo Congresso Nacional.

O outro propósito, de efetivamente preencher o espaço deixado pela ausência de uma lei nacional geral, deixou de fazer sentido em parte a partir da aprovação da LGPD, na medida em que essas leis municipais espelham conceitos que vieram a ser incorporados à regulação a nível nacional.

III.A.1. Lei geral e federal de proteção de dados pessoais enquanto base conceitual

Um dos objetivos em atribuir competência legislativa exclusiva à União é garantir que haja uniformidade na normatização de certas matérias, de modo que a prescrição de imperativos genéricos seja o mesmo em todo o âmbito nacional. Nesse sentido, os temas listados no rol no artigo XX da Constituição Federal encontram toda a sua base conceitual em lei federal, de modo que a sua aplicação e interpretação se dá de forma consistente em todo o território nacional.

É sob essa ótica que deve ser encarada atribuição exclusiva à União para legislar sobre o tema da proteção de dados pessoais, na medida em que ali estão descritos fundamentos (art. 2º), definições de conceitos (art. 5º), princípios (art. 6º), direitos dos titulares de dados pessoais (art. 18) e outros elementos gerais que norteiam toda a lei, bem como sua futura interpretação. O interesse nacional que cerca a lei está expresso no próprio parágrafo único do art. 1º, segundo o qual: "As normas gerais contidas nesta Lei são de interesse nacional e devem ser observadas pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios".

Trata-se, portanto, de uma medida de segurança jurídica frente a todos os atores deste complexo ecossistema que tais definições se deem em uma única lei, com aplicação para todos os entes da federação. Tal lógica se aplica desde o cidadão, que terá garantido seu direito de forma universal e integral em todo o território nacional, até os agentes econômicos que tratam dados pessoais e que terão suas obrigações e responsabilidades bem delineadas em uma única normativa.

III.A.2. Leis e normativas municipais enquanto base legal para o tratamento de dados pessoais

Isso não impedirá, por outro lado, a edição de normas municipais que possam estabelecer diretrizes de governança do uso de dados pessoais para a gestão pública local. A própria Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais sinaliza nesse sentido ao definir a base legal destinada à Administração Pública. Trata-se da hipótese do art. 7º, III, segundo a qual dados pessoais poderão ser tratados "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;"

Dessa forma, leis municipais detalharão a forma como se dará a proteção de dados pessoais no âmbito de uma política ou serviço público.²² Destaca-se que não se trata de criar novos conceitos ou

²¹ Importante destacar que essa abordagem ocorreu antes do escândalo Cambridge Analytica, que catapultou as discussões sobre proteção de dados pessoais para a grande mídia e para a comunidade política.

²² "O plano da Lavits é que, com legislações municipais, as cidades se adiantem no processo de proteção de dados e construam um sistema mais próximo ao cidadão". IANDOLI, Rafael. O grupo que tenta emplacar leis municipais de proteção de dados, **Nexo Jornal**, 21/09/2017. Disponível em:

dispor, de forma ampla, sobre a matéria, *mas tão somente tratá-la no escopo de uma política pública definida e circunscrita a determinado espaço*, em harmonia com a normatização nacional.

Esse entendimento está alinhado com a doutrina constitucional sobre o papel dos municípios na organização política do país. De acordo com Paulo Bonavides, as mudanças provocadas pela Constituição Federal “alargaram a autonomia municipal no quadro da organização política do País, dando-lhe um alcance e profundidade que o faz indissociável da essência do próprio sistema federativo, cujo exame, análise e interpretação da natureza e, sobretudo, da dimensão trilateral do novo modelo de federação introduzido no País. (...) Poder-se-ia até dizer que a autonomia do município recebeu um reforço de jurisprudência acima de tudo quanto se conhece em outros sistemas federativos tocante à mesma matéria, não podendo pois tal densidade normativa deixar de pesar bastante toda vez que, em busca de solução para problemas concretos de inconstitucionalidade, se aplicarem os recursos hermenêuticos indispensáveis à avaliação daquela garantia, consoante o modelo e a substância das regras que fluem da Constituição”²³.

III.A.3 Leis e normativas municipais e estaduais enquanto mecanismo de governança a exemplo do setor privado

A exemplo do poder conferido ao setor privado para detalhar normas amplas e gerais contidas na LGPD por meio de códigos de condutas (artigo 50 da LGPD), deve ser assegurado o mesmo poder de auto-organização aos demais entes federativos. Dessa forma, a edição de normas estaduais e municipais poderia formular “regras de boas práticas e de governança”, elevando, inclusive, o nível de proteção conferido pela lei federal.

Por exemplo, tal como o setor privado pode contratualmente exigir que seus pares elaborem relatórios de impacto à proteção de dados pessoais, o mesmo poderia ser feito pelos municípios que entendessem tal instrumento enquanto uma boa prática para certos tipos de atividades de tratamento de dados pessoais. Também nada impediria que os Municípios criassem ouvidorias e conselhos municipais com o objetivo de fortalecer a governança da matéria à nível local, algo que é previsto por alguns dos projetos de leis municipais em discussão no país. Em São Paulo, por meio do Projeto de Lei 01-00807/2017, do Vereador Toninho Vespoli (PSOL) - coassinado por Eduardo Suplicy (PT), José Police Neto (PSD), Juliana Cardoso (PT), Patrícia Bezerra (PSDB), Sâmia Bonfim (PSOL), Eduardo Tuma (PSDB) e Natalini (PV), criou-se proposta de regramento específico a “operações de tratamento de dados pessoais no âmbito da administração pública municipal direta e indireta”. Em especial no capítulo de “Agentes e Responsabilidade no Tratamento de Dados Pessoais”, determinou-se que:

Art. 27. O responsável e o operador deve manter registro das operações de tratamento de dados pessoais que realizarem.

Parágrafo único. Considerada as diretrizes do Conselho Municipal, o Ouvido poderá estipular recomendações sobre o formato, estrutura e tempo de guarda do registro.

(...)

Art. 30. O Ouvidor poderá solicitar aos agentes de tratamento de dados pessoais que publiquem relatórios de impacto de privacidade e sugerir adoção de padrões e boas práticas aos tratamento de dados pessoais.

(...)

Art. 43. As Ouvidorias do Poder Executivo e Legislativo do Município de São Paulo terão, entre suas atribuições, a função de garantia ao cumprimento desta lei, a finalidade de descentralizar, tornar acessível, inclusive para pessoas com deficiência, bem como dar publicidade a relatórios e encaminhamento, por meio de ações integradas e acordos com instituições competentes do sistema de justiça,, todas as informações que forem demandas visando a defesa dos direitos e interesses dos cidadãos com relação a proteção de dados pessoais.

Anota-se, a título de esclarecimento, que em algumas situações a edição de tais normas não se restringirá ao seu dever-poder de colocar em prática os comandos previstos na Lei Geral de Proteção de Dados (competência material). Pelo contrário, haverá espaço para a emissão de normas, desde que não estejam em rota de colisão com a lei federal, para governar questões locais envolvendo proteção de dados.

Um exemplo internacional de criação de modelos de governança no nível local é a cidade de Nova Iorque. Em maio de 2018, por meio da Legislação Local 49/2018, o Prefeito Bill de Blasio criou o *Automated Decision Systems Task Force*.²⁴ O objetivo da Força Tarefa é construir processos transparentes e dotados de *accountability* para garantir que os sistemas de decisão automatizada das agências locais de Nova Iorque estejam calibradas para atingir resultados justos, ao invés daqueles que seriam os mais eficientes. A legislação prevê mecanismos de participação para avaliação do impacto dos ADS na Prefeitura.²⁵

IV.A.4. Exemplos de interesses locais contornados pela matéria de proteção de dados: conciliação com a eventual atribuição à União para legislar privativamente sobre a matéria de proteção de dados pessoais

No sentido de fortalecer o argumento da necessidade de harmonização da competência privativa da União sobre a matéria da proteção de dados com a eventual normatização específica pelos Municípios, em casos de interesse local, destacam-se alguns exemplos de como esta relação já se deu e pode vir a se dar na prática:

²⁴ NEW YORK. **Mayor De Blasio Announces First-In-Nation Task Force To Examine Automated Decision Systems Used By The City.** The Official Website of the City of New York. 16 de maio de 2018. Disponível em: <<https://www1.nyc.gov/office-of-the-mayor/news/251-18/mayor-de-blasio-first-in-nation-task-force-examine-automated-decision-systems-used-by>>. Acesso em 28 de outubro de 2019.

²⁵ A legislação define ADS como: “Automated decision system (ADS): Computerized implementations of algorithms, including those derived from machine learning or other data processing or artificial intelligence techniques, which are used to assist in making decisions.”

a) **Lei do Wi-Fi Público em SP: limites sobre monetização dos dados por parte dos parceiros privados**

O WiFi Livre SP é um programa coordenado pela Secretaria Municipal de Inovação e Tecnologia (SMIT), por meio da Coordenadoria de Convergência Digital (CCD). O programa tem por objetivo oferecer internet pública, gratuita e de qualidade aos cidadãos paulistanos, contribuindo para a inclusão digital e para a democratização do acesso à informação.

Na esteira de uma política de inclusão digital, o Município de São Paulo editou a Lei 16.685/2017 sobre pontos de conexão de internet (Wi-Fi) gratuito em locais públicos (e.g., praças, bibliotecas), modificando a proposta original de 2014 sobre a manutenção dos pontos de conexão pelo Poder Público. Ao longo do processo de regulamentação, umas das questões que contornou a execução de tal política foi justamente a proteção dos dados pessoais dos cidadãos. Mais especificamente, se parceiros privados, que forneceriam toda a infraestrutura de conexão, poderiam utilizar os dados pessoais dos usuários para fins de direcionamento de publicidade e, em última análise, como uma espécie de contraprestação por tal serviço.

A Secretaria Municipal de Inovação e Tecnologia promoveu em 2017 um Procedimento Preliminar de Manifestação de Interesse (PPMI). Em 2018, sob condução do Secretário de Inovação e Tecnologia, Daniel Annenberg, e com apoio do Portal Gestão Urbana, foi publicada consulta pública para definição do modelo de negócio para a expansão da rede gratuita de conectividade. Após 19 contribuições do setor de telecomunicações, escritórios de advocacia e organizações da sociedade civil, a Prefeitura lançou o documento final. De acordo com o Programa de Metas 2017-2020, a Prefeitura pretendia expandir o programa WiFi Livre SP para 300 pontos de conexão obrigatórios, contemplando centros culturais, bibliotecas, centros desportivos e pontos turísticos. O objetivo, enfim, era substituir o modelo de financiamento público (que gerava gastos de 12 milhões por ano para manter o WiFi Livre nas praças) para um modelo de exploração de negócios baseados na publicidade digital. Basicamente, após o usuário se autenticar na rede WiFi Livre SP aparecerá um anúncio publicitário. O usuário poderá pular a publicidade após 10 segundos de exibição, após isso, a navegação é iniciada.

O programa estabelece que cada usuário navegue a, no mínimo, 512kbps.²⁶ Há exigências de estabilidade, qualidade e cobertura do sinal suficientes para acessar redes sociais, assistir a vídeos, fazer videochamadas, realizar cursos online e navegar rapidamente pela internet. Da perspectiva da autenticação, o programa funciona de forma bastante simples. Ao se conectar na rede WiFi Livre SP, é solicitado o número de telefone celular. O código de verificação, que é um código temporário, é enviado ao número de telefone informado quando iniciar sessão. Após o código ser inserido no campo solicitado, aparece o anúncio publicitário. Após isso, a navegação é iniciada. A cada meia-hora de navegação, o usuário deve se autenticar novamente. O uso da internet continua sendo livre e gratuito. A neutralidade da rede é uma premissa do projeto. O cidadão pode acessar qualquer site de seu interesse, inclusive redes sociais, e-mail, compartilhamento de vídeos, downloads e uploads.²⁷

²⁶ A velocidade e a qualidade da conexão são aferidas pelo Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR (Nic.BR), em parceria com a SMIT, por meio do Sistema de Medição de Tráfego de Última Milha (Simet), instalados em cada uma das localidades.

²⁷ SÃO PAULO. Prefeitura de SP lança programa de expansão da rede pública de Wi-Fi, Secretaria de Comunicação, Prefeitura de São Paulo, 15/05/2019. Disponível em:

Seguindo as recomendações de entidades de defesa do consumidor,²⁸ as regras do programa proíbem a coleta de dados pessoais. De acordo com a página oficial do WiFi Livre SP, “só coletamos dados referentes à qualidade do serviço, como velocidade de conexão, número de usuários simultâneos, consumo total de banda e disponibilidade do serviço nas localidades, por exemplo, que não violam a privacidade dos cidadãos e permitem à Prefeitura monitorar e melhorar a qualidade do serviço oferecido”²⁹.

O programa tem como empresas credenciadas a Americanet,³⁰ a Surf Telecom (foco em cidadãos das classes C e D) e WCS. O objetivo é expandir o sinal de wi-fi público em toda a cidade, saindo de 120 pontos para 621 pontos até o final de 2020. Para tanto, além da Lei Municipal, a Prefeitura publicou o Decreto n. 58.661/2019, que confere à Secretaria de Inovação e Tecnologia o papel de condutora da política pública, fazendo, inclusive, a fiscalização com relação à não utilização indevida de dados pessoais.³¹

b) Operadoras de Tecnologia de Transporte Credenciadas/OTTCs em SP (Decreto No 56.981/2016)

A regulação das empresas de tecnologias no setor de transporte tem sido objeto de experimentação e de contestação constante desde 2015.

A primeira tentativa de regulação mínima pelo Município de São Paulo deu-se com a Lei Municipal 16.276/2015, que simplesmente proibia o transporte remunerado de passageiros em veículos particulares cadastrados através de aplicativos. O Órgão Especial do TJSP reconheceu sua inconstitucionalidade, pois o artigo 170, caput e parágrafo único, da CF, admite limitações ao exercício da atividade econômica lícita em prol da coletividade ou do bem-estar social, mas não sua mera proibição, sobretudo por razões econômicas e/ou políticas.

Com o advento e consolidação das Operadoras de Tecnologia de Transporte Credenciadas/OTTCs - isto é, as empresas que fazem intermediação entre motoristas de veículos de transporte individual e coletivo e usuários finais, a cidade de São Paulo entendeu necessária sua regulamentação, cuja racionalidade (art. 2º) estava, dentre outros pontos, em “i) evitar a ociosidade ou sobrecarga da infraestrutura disponível; ii) racionalizar a ocupação e a utilização da infraestrutura instalada; e iii) proporcionar melhoria nas condições de acessibilidade e mobilidade”. Em 2016, após consulta pública, foi desenhado modelo de regulação que previa a criação de uma nova figura jurídica e uma estrutura de regulação por meio do Comitê Municipal de Uso do Viário Urbano (CMUV).

<<http://www.capital.sp.gov.br/noticia/prefeitura-de-sao-paulo-lanca-programa-que-vai-expandir-de-120-para-621-pontos-de-acesso-a-rede-publica-de-wi-fi-em-toda-a-cidade>>. Acesso em 27 de outubro de 2019.

²⁸ AMARAL, Bruno. Idec sugere mais conformidade com LGPD e Marco Civil em edital do Wi-Fi SP, **Teletime**, 05/10/2018. Disponível em: <https://teletime.com.br/05/10/2018/idec-sugere-mais-conformidade-com-lgdp-e-marco-civil-em-edital-do-wi-fi-sp/>

²⁹ SÃO PAULO. **Página oficial do Wi-fi Livre SP**. Disponível em: <<https://wifilivre.sp.gov.br/>>. Acesso em 28 de outubro de 2019.

³⁰ Credenciada para a instalação e operação da infraestrutura, a America Net terá o Google como parceiro de plataforma e responsável pela monetização do modelo.

³¹ No caso do WiFi Livre SP, a Prefeitura de São Paulo e a America Net não devem coletar dados pessoais, mas apenas informações como velocidade de conexão, acessos simultâneos e consumo de banda. Pelo Google, serão usados e armazenados temporariamente o número de telefone e o endereço MAC do aparelho do usuário.

A par disso, o Município de São Paulo, no exercício de competência constitucional de assunto local (desenvolvimento urbano, uso do sistema viário), além de autorizado expressamente pela Lei Federal 12.587/2012, em seu artigo 18, I, regulamentou o uso intensivo do sistema viário pelos veículos que realizam transporte individual remunerado de passageiros por meio de aplicativos, além do serviço de carona solidária e de compartilhamento de veículo sem condutor. É disso que trata o Decreto 56.981/2016 e a Resolução 16/2017 da Comissão Municipal de Uso do Viário.

Dentre os pontos disciplinados pelo Decreto nº 56.981/2016, no art. 4º prevê-se, especificamente, quais dados devem ser compartilhados pelas OTTCs com a Prefeitura, como origem e destino de uma viagem, mapa do trajeto, itens do preço pago, etc. Trata-se de dados específicos, que podem variar de acordo com determinados contextos, e que devem ser adequados a uma previsão ampla sobre regras de compartilhamento.

Verifica-se, no caso, uma hipótese em que um ente municipal regulamentou uma atividade econômica circunscrita à municipalidade e, no bojo desta regulamentação, dispôs sobre matéria de tratamento de dados pessoais (ressalte-se que o Decreto é de 2016, ou seja, anterior à LGPD, mas não se vislumbra conflito entre os dispositivos mencionados).

É certo que o assunto hoje possui novos contornos, especialmente após a reforma de 2018 da Lei de Mobilidade Urbana. A Lei Federal nº 12.587/2012, alterada pela Lei Federal nº 13.640, de 26 de março de 2018, ao estabelecer a política nacional de mobilidade urbana, claramente definiu o transporte motorizado privado de passageiros, como modo de transporte apto a garantir o deslocamento das pessoas no Município, diferenciando esta modalidade do serviço de táxi (transporte público individual de passageiros). A legislação, no entanto, definiu que cabe ao Município apenas *suplementar as diretrizes* contidas na Lei Federal de 2012, alterada pela Lei Federal 13.640/2018, nos termos dos artigos 30, I e II da Constituição Federal.

No Tribunal de Justiça de São Paulo, há diversos casos sobre competência legislativa do Município, especialmente em razão do sistema de cobrança por quilômetro rodado (uso do viário urbano) pelas empresas de tecnologia. Em uma decisão de 2018, foi interpretado que “não parece haver competência legislativa do Município em atribuir preço público progressivo ao aplicativo Uber por meio de norma infra-legal, tendo em vista a exigência do princípio da legalidade”³². Não se questionou o regramento sobre dados pessoais, mas sim o fato da precificação sobre uso do viário urbano ter ocorrido por meio de Resolução e não por lei municipal.

Em 2018, também houve questionamento por parte da Uber com relação à capacidade da Prefeitura de receber informações e dados de forma segura. Em tutela de urgência pleiteada pela empresa, decidiu-se que:

“resta evidente o risco de que os dados sigilosos dos parceiros da autora sejam indevidamente acessados por terceiros, causando prejuízos não só à eles próprios, como

³² TJSP, 4a Vara da Fazenda Pública, Processo 1047591-20.2016.8.26.0053 - Procedimento Comum, Uber vs. Prefeitura de São Paulo, 02/04/2018. "Ademais, ainda que publicada recentemente a Lei nº 13.640/18, a qual garante aos Municípios e ao Distrito Federal a competência do poder de tributar e regulamentar serviços prestados pelos OTTCs, aponto a necessidade de publicação de lei para tanto, não sendo suficiente uma mera Resolução, tendo em vista, novamente, o princípio da legalidade, sendo que, de qualquer modo, a Lei Ordinária não pode delegar atribuições legislativas fora dos parâmetros constitucionalmente fixados".

também à requerente, na medida em que eles se constituem em fonte de planejamento estratégico e comercial da empresa. Para além disso, o Município, aparentemente, não cumpriu as determinações da Resolução CMUV 13/2016, com a nomeação do Gestor da Informação, responsável pelo recebimento, gestão e tratamento destes dados, bem como pela implantação da plataforma necessária para assegurar o sigilo, a inviolabilidade, mas por outro lado, para também viabilizar o acesso indispensável a estas informações por parte de pessoas autorizadas e, inclusive, pelos próprios titulares destes dados, para fins de retificação em razão de incorreção ou atualização”³³.

O caso é ilustrativo de um debate sobre os limites das regras de compartilhamento e a proteção da privacidade dos usuários das OTTCs. No entanto, vale ressaltar que não há um questionamento da competência da Prefeitura para propor tal regramento, apesar de existir posicionamento doutrinário sobre o poder limitado dos Municípios, restrito a “fiscalizar o cumprimento dos requisitos mínimos estabelecidos pela legislação nacional de trânsito (competência municipal material, de execução) e organizar e disciplinar o modo dessa fiscalização (aqui uma competência normativa, embora limitada)”³⁴.

IV.A.5. O potencial papel dos Municípios na regulação suplementar da proteção de dados pessoais - Coalizões de Cidades em Direitos Digitais

Uma das vantagens de ser dado aos Municípios legislar, nos limites do seu interesse local, a respeito da proteção de dados pessoais, é permitir a experimentação e a inovação no que diz respeito a soluções tecnológicas para o fortalecimento desta tutela, bem como de princípios como a transparência e a *accountability*.

Nesse sentido, já foi citada a iniciativa nova-iorquina do *Automated Decision Systems Task Force*, mas há que se fazer referência a outros exemplos, como a coalizão “*Cities for Digital Rights*”³⁵, que explicita, em sua declaração, ter como motivação, dentre outras, “informações pessoais, incluindo nossos movimentos e comunicações, monitorados, sendo compartilhados e vendidos sem nosso consentimento”. Adiante, a declaração toca em um ponto central: as cidades são o ente mais próximo da população, e as cidades que compõem a Coalizão se comprometem a incorporar princípios de direitos humanos como privacidade, liberdade de expressão e a própria democracia, por *design*, em suas plataformas digitais locais.

³³ TJSP, 5a Vara da Fazenda Pública, 1002511-62.2018.8.26.0053, Uber vs. Prefeitura de São Paulo, 23/01/2018.

³⁴ ROSILHO, André; SUNDFELD, Carlos Ari. Serviços Privados de Transporte Individual na Lei Nacional de Mobilidade Urbana, **Revista de Direito da Cidade**, v. 10, n. 2, 2018, p. 981.

³⁵ O segundo princípio da Declaração é justamente a Privacidade, proteção de dados pessoais e segurança: “Everyone should have privacy and control over their personal information through data protection in both physical and virtual places, to ensure digital confidentiality, security, dignity and anonymity, and sovereignty over their data, including the right to know what happens to their data, who uses it and for what purposes.” Disponível em: <<https://citiesfordigitalrights.org/#declaration>>. Acesso em 28 de outubro de 2019.

A coalizão é, hoje, formada por mais de 30 cidades ao redor do mundo, cada uma com seu conjunto de iniciativas, que vão desde projetos piloto de ferramentas que permitem um maior controle, pelos cidadãos, sobre a coleta e utilização de seus dados pessoais no âmbito dos serviços digitais municipais (Amsterdã e Barcelona) até Planos Estratégicos para Inclusão Digital mais amplos, como ocorre em Austin, Texas. Em todos os casos, destaca-se ser levadas em consideração as peculiaridades locais e as necessidades dos cidadãos no desenho dos projetos, que têm como base, evidentemente, normatização e pode, inclusive, ir além de uma competência material, constituindo verdadeira legislação, sempre em harmonia com eventuais comandos mais amplos e gerais, a nível nacional.

RECOMENDAÇÃO Nº 3

A competência legislativa sobre a matéria da proteção e tratamento de dados pessoais deve ser privativa, inscrita no rol do art. 22. Por outro lado, deve-se incluir, expressamente, no Relatório da Comissão, que isso não signifique um engessamento das possibilidades de legislação, pelo ente Municipal, na hipótese de haver interesse local, e em harmonia com a legislação nacional (LGPD).

REFERÊNCIAS

- BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. Gen-Forense: Rio de Janeiro, 2018. p. 97.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 31. ed, atual. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 352.
- FERRAZ JR, Tercio Sampaio. Sigilo de dados: o Direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. **Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas**, nº 1, RT, São Paulo: 1992, pp. 141-154.
- FUSTER, Gloria González; GELLERT, Raphaël. The fundamental right of data protection in the European Union: in search of an uncharted right. **International Review of Law, Computers & Technology**. 26. 2012 73-82. 10.1080/13600869.2012.646798.
- PAULA, Camila. Jurisprudência do STF sobre regiões metropolitanas: delimitação do papel de cada ente federativo. Monografia apresentada à Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público, São Paulo, 2013.
- RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância**. Trad. Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 17.
- ROSILHO, André; SUNDFELD, Carlos Ari. Serviços Privados de Transporte Individual na Lei Nacional de Mobilidade Urbana, **Revista de Direito da Cidade**, v. 10, n. 2, 2018, p. 981.
- WARREN, BRANDEIS. The Right to Privacy. **Harvard Law Review**. Vol. IV. December 15, 1890. No. 5.

