

A NATUREZA JURÍDICA DA AUTORIDADE NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS À LUZ DA TEORIA DO ESTADO REGULADOR: HÁ ESPAÇO PARA A ADOÇÃO DO CONCEITO MATERIAL DE DESCENTRALIZAÇÃO ADMINISTRATIVA NO BRASIL?

The Legal Status of the National Data Protection Authority in light of the Regulatory State Theory: Is there any room for the adoption of the material concept of administrative decentralization in Brazil?

Submetido: 06/12/2019
Parecer: 16/12/2019
Aceito: 31/12/2019

João Pedro Antunes Lima da Fonseca Carvalho*

ORCID: 0000-0001-9499-9502

DOI: <https://doi.org/10.26512/lstr.v12i2.34714>

Abstract

Purpose – The purpose of this paper is to investigate the adequacy of the legal nature of the National Data Protection Authority (ANPD), proposed by Law no. 13.853/19, to the reality of Brazilian Law, starting from the theoretical bases developed by the Regulatory State Theory regarding the valorization of the technical decision immune to political influences.

Methodology – This study adopts the doctrine revision of the Regulatory State Theory, aiming to point the theoretical bases on the autonomy of the regulatory entities, in order to make the comparison of adequacy between the legal nature of the ANPD placed in Law no. 13.709/18 and the material concept of administrative decentralization.

Findings – The study demonstrates that the Brazilian legal-political tradition will make it difficult for the National Data Protection Supervisor to act in view of its legal nature as a public body that is part of the structure of the Presidency of the Republic, which greatly relativizes its autonomy.

Practical Implications – The probable revision of the legal nature of the ANPD, as provided for in art. 55-A, §1, of Law no. 13.709/18, and the effectiveness of the performance of this National Authority.

Originality – A very current issue in the Brazilian legal environment is the suitability of the companies that will be affected by the entry into force of the General Data Protection Act (Law no. 13.709/18) in August 2020, due to the comprehensive potential of this law. This paper studies the legal nature of the National Data Protection

*Advogado da União da Advocacia-Geral da União (AGU), lotado na Procuradoria-Regional da União da 1ª Região, com atuação exclusiva em ações do Setor Elétrico. Especialista em Direito Administrativo pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). E-mail para contato: jpalfcarvalho@gmail.com.

Authority, a regulatory body that will have a relevant regulatory role in the data economy society, highlighting the relevance of the study to the sector.

Keywords: *Regulatory Agencies. Regulatory State Theory. National Data Protection Supervisor. Legal Nature. Material Administrative Decentralization.*

Resumo

Propósito – O presente artigo tem por objetivo investigar a adequação da natureza jurídica da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), proposta pela Lei n. 13.853/19, à realidade do Direito brasileiro, partindo das bases teóricas desenvolvidas pela Teoria do Estado Regulador a respeito da valorização da decisão técnica imune a influências políticas.

Metodologia – A metodologia adotada é a revisão doutrinária da Teoria do Estado Regulador, visando a apontar as bases teóricas sobre a autonomia dos entes regulatórios, a fim de fazer o comparativo de adequação entre a natureza jurídica da ANPD colocada na Lei n. 13.709/18 e o conceito material de descentralização administrativa.

Resultados – O estudo demonstra que a tradição jurídico-política brasileira dificultará a atuação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados ante a sua natureza jurídica de órgão público integrante da estrutura da Presidência da República, o que relativiza bastante sua autonomia.

Implicações Práticas – A provável revisão da natureza jurídica da ANPD, conforme ante previsto no art. 55-A, § 1º, da Lei n. 13.709/18, e na efetividade da atuação desta Autoridade Nacional.

Originalidade – Um tema bastante atual no ambiente jurídico brasileiro é a adequação das empresas que serão atingidas pela entrada em vigor da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei n. 13.709/18) em agosto de 2020, em razão do potencial abrangente desta lei. Nesse cenário, o presente artigo configura um estudo crítico sobre a natureza jurídica da Autoridade Nacional de Proteção de Dados, órgão regulatório que terá relevante papel regulador na sociedade da economia de dados, do que sobressai a relevância do estudo para o setor.

Palavras-Chave: *Agências Reguladoras. Teoria do Estado Regulador. Autoridade Nacional de Proteção de Dados. Natureza Jurídica. Descentralização Administrativa Material.*

INTRODUÇÃO

A sociedade atual vive um paradigma de (falta de) privacidade sem precedentes, embora isso não seja percebido – ainda – por boa parte da população. E ao contrário do que possa parecer, essa incursão na vida privada tem ocorrido com o inconsciente consentimento dos cidadãos para que empresas de diferentes segmentos obtenham e gerenciem seus dados.

Caminha-se, a passos largos, para a consolidação da economia de dados, nova modelagem econômica em que a informação – notadamente os dados pessoais – serão o elemento nuclear para o desenvolvimento econômico. Na sociedade da informação (BIONI, 2019), os dados valerão mais que o petróleo.

E esta dinâmica de captação e tratamento de dados ocorre nas mais simples atividades do cotidiano, muitas vezes camufladas de serviços “gratuitos”: acesso à conta de e-mail, a ferramentas de edição de texto e a serviços de armazenamento em nuvem. Todos estes serviços não são oferecidos gratuitamente; pelo contrário, o que se requer como pagamento é o acesso aos dados do usuário, os quais serão vendidos, em seguida, para fins de publicidade direcionada.

De posse destes dados, as empresas de tecnologia têm o poder de descortinar a privacidade, sabendo até mesmo os caminhos que os usuários percorrem entre sua casa e seu trabalho e quanto tempo costuma levar no trajeto.

Foi justamente este panorama que fez surgir o debate – cada dia mais presente – sobre a regulação de proteção e uso de dados, através de instrumentos que protejam dados pessoais e confirmem maior poder de escolha sobre o consentimento aos reais proprietários dos dados. Neste sentido, a Europa foi pioneira ao editar o *General Data Protection Regulation (GDPR)*, estabelecendo regras para tratamento de dados, sanções para as empresas que não observarem os termos do regulamento e determinando a criação de autoridades independentes em cada país para fiscalizar a aplicação do regulamento.

O Brasil, recentemente, avançou nesta matéria ao aprovar a Lei nº 13.709/18 (Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD), que entrará em vigor em agosto de 2020 e estabelece regras e princípios para a proteção de dados no território nacional, porém sem ter previsto, inicialmente, uma autoridade regulatória para o setor. Não obstante, no corrente ano de 2019, foi editada a Lei nº 13.853/2019 que, alterando a LGPD, criou a Autoridade Nacional de Proteção de Dados – ANPD, conferindo-lhe natureza jurídica de órgão da Administração Pública Direta, vinculado à Presidência da República¹.

Neste contexto, chama a atenção a natureza jurídica atribuída à Autoridade Nacional de Proteção de Dados, na medida em que difere, a princípio, da tradição brasileira de conferir personalidade jurídica própria às suas agências/autoridades reguladoras, ponto em que se insere o estudo proposto neste artigo.

¹Art. 55-A. Fica criada, sem aumento de despesa, a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), órgão da administração pública federal, integrante da Presidência da República.

Com efeito, o estudo da modelagem das agências reguladoras no Brasil não é novo, partindo das premissas teóricas expostas pela Teoria do Estado Regulador quanto às características que conferem autonomia política e decisória aos entes reguladores. Nesta linha, tradicionalmente, as autoridades regulatórias brasileiras têm natureza jurídica de autarquia, compondo a Administração Indireta.

Nada obstante, é certo que existem vozes que defendem a necessidade de revisão da ideia de descentralização administrativa por meio da criação de novas pessoas jurídicas (v.g. autarquias, fundações), a exemplo de Alexandre Santos do Aragão que defende o conceito material de descentralização administrativa, importando-se mais com a real autonomia dos entes reguladores, invés da sua personalidade jurídica própria.

Diante destas considerações, este estudo trará uma análise segmentada em quatro partes: (i) primeiro, abordará as premissas teóricas da Teoria do Estado Regulador sobre a efetiva autonomia das agências reguladoras; (ii) em segundo, discutirá o conceito material de descentralização administrativa, proposto por Alexandre dos Santos Aragão; (iii) em terceiro, discutirá a natureza jurídica conferida à Autoridade Nacional da Proteção de Dados pela Lei nº 13.853/2019; e (iv) por último, investigará a eventual conformação legal da natureza jurídica da ANPD às premissas teóricas da Teoria do Estado Regulador e ao conceito material de descentralização administrativa.

Assim, o que se pretende comprovar neste artigo é que a natureza jurídica da Autoridade Nacional de Proteção de Dados – embora pareça se adequar ao conceito material de descentralização administrativa – não atende aos preceitos da Teoria do Estado Regulador para uma atuação regulatória técnica e independente de influências políticas, o que pode influenciar, negativamente, no desempenho de suas funções.

A TEORIA DO ESTADO REGULADOR: BASES TEÓRICAS SOBRE A AUTONOMIA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Desde a transição do modelo de Estado Burocrático intervencionista para o modelo de Estado Gerencial, marcado historicamente no Brasil pela reforma administrativa da década de 1990 (CUÉLLAR, 2008), que se discute o enquadramento jurídico das agências reguladoras, em especial a sua inserção na estrutura orgânica da Administração Pública.

A função reguladora desenvolvida pelo Estado não é nova, tendo sido desempenhada ao longo do tempo por órgãos da estrutura executiva do Estado. Em certa medida e por certo tempo, os órgãos estatais iam ganhando maior especialidade conforme fosse necessário para acompanhar a evolução da

sociedade que regulava (ARAGÃO, 2013), a exemplo da criação de ministérios e secretarias específicas para diferentes áreas (v. g. saúde, educação, meio ambiente etc.).

Esta era uma fase de regulação concentrada (ARANHA, 2018), caracterizada pela concentração operacional, normativa e fiscalizatória na Administração Pública Central.

Há quem considere (CUÉLLAR, 2008), inclusive, que pela ótica estritamente formal o legislador constituinte ao se referir à regulação, designou a existência de *órgãos reguladores*, vinculados à ideia de Administração Pública centralizada.

Ocorre, porém, que a tradição jurídica brasileira caminhará em sentido oposto, preferindo valer-se da descentralização administrativa – com a criação de entidade pública com personalidade jurídica própria – para salvaguardar o regulador das injunções políticas de ocasião.

O fenômeno recente, pois, não é a regulação em si, mas sim a discussão a respeito do posicionamento do Estado em face da especialidade técnica dos setores econômicos regulados e da incapacidade do Estado em acompanhar setores complexos em constante transformação por meio de um aparato administrativo centralizado e hierarquizado (ARANHA, 2018).

É que a moderna regulação estatal pressupõe um posicionamento mais equidistante do regulador a fim de atender às peculiaridades da função regulatória, dentre as quais sobressaem, como exemplo (MARQUES NETO, 2005): (i) separação das tarefas de regulação e exploração direta; (ii) defesa dos consumidores envolvidos nas relações econômicas reguladas; (iii) manutenção do equilíbrio interno do setor regulado por meio da concorrência; e (iv) fomento à maior participação dos agentes privados.

Esta é a percepção de Marcio Iorio Aranha (2018):

“Por outro lado, como instituições de regulação, em regra, setorial, as agências reguladoras ou agências reguladoras e fiscalizadoras brasileiras surgiram como mecanismos reguladores normativos, que operam com poderes de supervisão, fiscalização e normatização de atividades, sendo dotadas de maior agilidade na implementação de políticas públicas em razão de sua estrutura especializada. Foram um novo passo no processo descentralizador da Administração Pública [...]”

A partir deste cenário, não se vislumbrava eficiência administrativa na regulação exercida de forma centralizada pela Administração Pública, motivo por que a independência administrativa passou a constituir traço característico dos entes reguladores. Como adverte Floriano de Azevedo Marques Neto (2005), “*a independência das agências constitui praticamente um elemento de sua definição*”.

Neste sentido, em nome da maior independência técnico-política do corpo regulatório, é que a tradição jurídica brasileira tem sido a atribuição de personalidade jurídica própria aos entes reguladores, sob a forma de agências reguladoras independentes.

Este enquadramento orgânico tem por finalidade afastar o ente regulador das ingerências políticas de ocasião que são próprias no âmbito do Poder Executivo e que, no mais das vezes, impedem a atuação especializada e profissional. Esta independência é uma espécie de *medida cautelar* contra a concentração de poderes na mão do Estado (SUNDFELD, 2005), muito presente em cenários intervencionistas.

Como esclarece Lucas Rocha Furtado (2016):

“É certo que a alta complexidade das matérias objeto desse processo não poderia encontrar respostas na mera criação de órgãos integrantes da estrutura das entidades políticas, sujeitos que são a fortes influências hierarquizadas e à flutuação de conveniências políticas. A atuação das entidades políticas não atenderia às necessidades do setor regulado ou mesmo da própria população usuária dos serviços. A necessidade de profissionalismo, de capacidade técnica, de autonomia administrativa e, sobretudo, de eficiência, indicou que somente por meio dos mecanismos de descentralização administrativa seria possível ao poder público buscar novas fórmulas para atender às demandas surgidas a partir da implantação desse novo modelo de Estado.”

Note-se, pois, que a necessária dissociação entre o poder político e a função regulatória foi a origem da estruturação das agências reguladoras da forma como se conhece hoje no Brasil: autarquia em regime especial, gozando de personalidade jurídica própria. Tanto é assim que desde o surgimento da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), primeiro ente regulador brasileiro, em 1996, tem sido adotada esta natureza jurídica.

Ocorre que a proteção em relação aos interesses governamentais não é a única justificativa para a adoção do modelo de agências independentes, embora bastante significativa. É relevante lembrar que os entes reguladores também devem resguardar outras duas posições: (i) equidistância dos interesses dos agentes econômicos regulados; e (ii) preservação dos interesses e direitos dos usuários e consumidores (beneficiários da regulação).

É neste contexto que se pensam inúmeras garantias às agências reguladoras para reforçar sua autonomia não apenas de forma orgânica, mas também administrativa, já que ambas se complementam, permitindo uma atuação mais independente por parte do regulador.

Em termos orgânicos, a qualificação das agências reguladoras como autarquia em regime especial confere-lhes o distanciamento necessário para a

atuação do regulador pautada apenas na sua autonomia para dispor dos instrumentos regulatórios, longe de influências hierárquicas e governamentais. Logo, afastam-se os humores próprios de um sistema político e que não podem influenciar a atuação regulatória.

Aqui, sobressaem como principais características a estabilidade temporal conferida aos dirigentes reguladores e a ausência de controle hierárquico por parte da Administração Pública Central. A estabilidade temporal é viabilizada através de mandatos, período em que o Chefe do Executivo não poderá – ao seu interesse – exonerar o dirigente de agência reguladora. Afasta-se a famigerada demissão *ad nutum*.

Na mesma medida, a ausência de controle hierárquico afasta a interferência de órgãos da Administração Central nas atividades do regulador, permitindo a atuação independente, pautada apenas na eficiência regulatória. Ou seja, o regulador deverá visar apenas os *outputs* da atividade regulatória, pouco importando conveniências políticas do momento.

Inclusive, caso houvesse o controle hierárquico, seria inócua a estabilidade temporal conferida aos dirigentes (ARAGÃO, 2002), já que continuariam sujeitos a pressões políticas relevantes da Administração Central.

Por outro lado, em termos administrativos, é crucial garantir meios de ser exercida a independência técnica pelo ente regulador, sob pena de sufocamento por parte da Administração Central. Novamente, é Floriano de Azevedo Marques Neto (2005) quem explica:

“A independência da gestão cuida, portanto, de garantir uma liberdade de meios para uma boa atuação do regulador. Trata-se de dotá-lo de recursos e instrumentos para exercer suas atividades sem necessidade de recorrer ao poder central. Ela se traduz nos seguintes mecanismos: i) a autonomia de gestão do órgão; ii) autonomia financeira; iii) liberdade para organizar seus serviços; iv) regime de pessoal compatível.”

Ora, de nada adiantaria tamanha independência em termos orgânicos, se a Administração Central detivesse o poder de pautar o orçamento do órgão regulador, privando-o dos meios materiais necessários ao exercício da sua função. É daqui que advém a autonomia de gestão como papel fundamental para a existência de uma efetiva autonomia do regulador, gerenciando seus próprios recursos, sejam estes orçamentários, financeiros ou humanos.

A gestão orçamentária é crucial para o efetivo exercício da autonomia, na medida em que a falta desta garantia pode implicar no contingenciamento de recursos pela Administração Pública Central, sufocando a atuação do ente regulador (ARANHA, 2018).

Em linhas gerais, são estas as premissas teóricas da Teoria do Estado Regulador que apontam as características intrínsecas para a existência de um ente regulador com efetiva autonomia para desempenhar sua função.

O CONCEITO MATERIAL DE DESCENTRALIZAÇÃO ADMINISTRATIVA: UM NOVO PARADIGMA PARA O DIREITO BRASILEIRO?

Na contramão das premissas da Teoria do Estado Regulador sobre a necessidade de se conferir personalidade jurídica própria aos entes reguladores para garantir uma efetiva autonomia de atuação, Alexandre dos Santos Aragão propõe a adoção de conceito material de descentralização administrativa, o qual foge à ideia de criação de entes com personalidade jurídica própria.

Parte-se, inicialmente, da mesma lógica que fundamentou a criação do Estado Regulador, a partir da percepção que o Estado – como instrumento de organização da sociedade – deve acompanhar a complexidade desta, sob o risco de se distanciar da sociedade que deve regular (ARAGÃO, 2013).

De fato, a pluralidade e a complexidade da sociedade não são imutáveis ao longo do tempo, sendo até esperados avanços de diferentes ordens: organizacional, tecnológico, econômico, populacional etc. A título de exemplo dos mais atuais, jamais se pensaria, anos atrás, em discutir se o Estado deveria regular o uso de patinetes elétricos pelos cidadãos, discussão existente hoje no Município de São Paulo².

Por isso mesmo, o Estado precisa acompanhar essa dinamicidade através do desenvolvimento de novos centros especializados de poder, não se valendo, exclusivamente, de uma estrutura monopolítica. Esta é a razão de ser da descentralização administrativa.

Este desafio é percebido por Alexandre dos Santos Aragão (2013):

“Sem tecnicizar, diferenciar e autonomizar internamente o Estado se distanciará da sociedade a quem incumbe regular. Uma regulação estatal homogênea, centralizada e desprovida dos meios técnicos necessários seria insuscetível de produzir os efeitos desejados na sociedade à qual deve servir. [...] o Estado tende a perder a centralidade, a unidade e a exclusividade diante da extrema diversidade de interesses privados e do crescente número de decisões econômicas tomadas fora do alcance da sua jurisdição.”

²Prefeitura de São Paulo regulamenta patinete elétrico e veta uso em calçada. Disponível em: <https://bit.ly/2H0BZIr>. Consulta em 03/12/2019.

Partindo, pois, da mesma concepção da Teoria do Estado Regulador, Alexandre dos Santos Aragão chega à conclusão diversa ao explicar que os conceitos de desconcentração e descentralização – em si considerados – são de diminuta importância quando comparados com a autonomia.

Entende-se que a discussão sobre a efetividade da regulação deve centrar-se na existência de real autonomia do regulador, seja na forma de um órgão componente da estrutura da Administração Direta, seja na forma de pessoa jurídica com personalidade de direito público.

Logo, o aspecto formal é o de menor importância, conforme esclarece Alexandre dos Santos Aragão (2013):

“A mera criação de pessoa jurídica da Administração Indireta, sem que possua um grau razoável e efetiva autonomia para desenvolver suas atribuições, não tornará o seu desempenho mais ágil e eficiente. A desconcentração também é, por sua vez, mera forma de organização interna que não altera os vínculos hierárquicos tradicionais. Nenhuma delas, portanto, se tomadas nos seus conceitos tradicionais, constituirão necessariamente verdadeira descentralização.”

É exatamente por isso que se propõe o conceito de descentralização em sentido material, a qual passa pela desconsideração do aspecto meramente formal ligado à natureza jurídica do regulador. O que interessa, aqui, é a existência de autonomia efetiva.

Um possível paralelo – em certa medida talvez extremado – do relevo da autonomia que se busca neste conceito material de descentralização administrativa é enxergar a existência de potente autonomia que órgãos públicos específicos detêm, a exemplo do Ministério Público, do Tribunal de Contas e do Conselho Nacional de Justiça.

Por consequente, a ideia é que a autonomia do regulador seja significado de inexistência de relação e controle hierárquico, o que para Diogo Freitas do Amaral (2015) é a desconcentração absoluta:

“Quanto aos ‘graus de desconcentração’, ela pode ser absoluta ou relativa: no primeiro caso, a desconcentração é tão intensa e é levada tão longe que os órgãos por ela atingidos se transformam em órgãos independentes; no segundo, a desconcentração é menos intensa e, embora atribuindo certas competências próprias a órgãos subalternos, mantém a subordinação destes aos poderes do superior. Neste último caso, a desconcentração e hierarquia coexistem, ao passo que naquele, pelo contrário, desconcentração faz cessar a hierarquia.”

Assim, o conceito material de descentralização administrativa propõe uma verdadeira desconstrução da ideia de que a natureza jurídica do regulador em si – no aspecto formal – pode ser relevante. Pelo contrário, o único aspecto importante é a efetiva autonomia no sentido de não haver qualquer risco de interveniência hierárquica.

O grande contraponto, contudo, é saber se o Direito brasileiro está preparado para aplicar este conceito material de descentralização administrativa, haja vista a forte tendência da Administração Pública Central brasileira de intervir, até mesmo, em entes da Administração Indireta com suposta autonomia. Quem dirá nos órgãos públicos “*independentes*”.

A AUTORIDADE NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS E A ADEQUAÇÃO DA SUA NATUREZA JURÍDICA AO DIREITO BRASILEIRO

Se alguém está prestes a sair da sua casa em direção ao aeroporto, o seu celular irá notificar quanto tempo levará o trajeto, quem é o motorista que dirigirá até o aeroporto, que horas inicia o embarque na aeronave e qual a previsão do tempo na cidade de destino. Essa narrativa poderia parecer ficção a algum tempo atrás, mas faz parte do cotidiano de bilhões de pessoas ao redor do mundo.

Estas situações dão a real medida do poder que se extrai da posse e do processamento dos dados produzidos por todos nós, a todo instante. Muito mais: transmite a ideia de como podemos ser controlados pelos dados que produzimos.

Segundo Yuval Noah Harari (HARARI, 2018):

“Já estamos nos tornando, hoje em dia, minúsculos chips dentro de um gigantesco sistema de processamento de dados que ninguém compreende a fundo. Todo dia eu absorvo incontáveis bits de dados através de e-mails, tuítes e artigos. Na verdade, não sei onde me encaixo nesse grande esquema de coisas, e como meus bits de dados se conectam com os bits produzidos por bilhões de outros humanos e computadores. Não tenho tempo para descobrir, porque eu também estou ocupado, respondendo e-mails.”

Esta passagem do livro do historiador israelense mostra a dimensão do desafio da gestão e proteção de dados que terá a humanidade no século 21. A atual capacidade da sociedade tanto de produção quanto de processamento de dados é incomparável com qualquer período pretérito da história.

Incontáveis bits de dados são produzidos e processados ao redor do mundo todos os dias, dentre eles dados muitas vezes sensíveis, a exemplo de

dados pessoais básicos como o Cadastro de Pessoa Física (CPF). Ou seja, identidades, gostos e preferências pessoais são captados em formas de dados e gerenciados por diferentes organismos, estimulados por diferentes propósitos, grande parte das vezes econômicos.

Este é o cenário em que se insere a regulação da economia de dados, a qual, no Brasil, terá como norte as diretrizes da Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD (Lei nº 13.709/2018) e como regulador a Autoridade Nacional de Proteção de Dados – ANPD, criada formalmente pela Lei nº 13.856/2019.

Para tanto, na linha do que foi abordado anteriormente, é esperado que a Autoridade Nacional de Proteção de Dados detenha singular autonomia orgânica e administrativa para desempenhar – com independência – a função regulatória que lhe incumbe a legislação de proteção de dados brasileira.

Aliás, a independência de atuação é exigência encontrada no pioneiro regulamento de proteção de dados da União Europeia, o *General Data Protection Regulation*³, que prevê a necessidade de atuação independente das autoridades regulatórias.

Isso decorre da posição bivalente do próprio Estado que – ao mesmo tempo que funciona como regulador – se insere no conceito de regulado, na medida em que também o Estado gerencia dados pessoais de inúmeras pessoas, citando-se como exemplo os dados fiscais.

A grande novidade na legislação brasileira, porém, fica por conta da natureza jurídica ora conferida à Autoridade Nacional de Proteção de Dados, já que o art. 55-A, da Lei nº 13.709/2018, previu que esta será “*órgão da administração pública federal, integrante da Presidência da República*”.

Ora, num quadro político onde o Twitter é o novo diário oficial, mostra-se deveras preocupante a inserção da Autoridade Nacional de Proteção de Dados na estrutura da Presidência da República.

A um primeiro olhar, a natureza jurídica conferida à Autoridade Nacional de Proteção de Dados destoa – por completo – das premissas teóricas de independência estudadas pela Teoria do Estado Regulador, na proporção em que foi inserida na estrutura orgânica do Chefe do Poder Executivo. Por isso é preciso fazer uma incursão no real objetivo do legislador ao conceber a natureza jurídica deste órgão regulador.

Isso por que, embora seja desprovida de personalidade jurídica própria, o art. 55-B, da Lei nº 13.709/2018, assegura à Autoridade Nacional de Proteção de Dados “*autonomia técnica e decisória*”. A par da aparente incongruência, as questões prementes são: seria esta autonomia técnica e

³Art. 52 da GDPR: *Each supervisory authority shall act with complete independence in performing its tasks and exercising its powers in accordance with this Regulation.*

decisória suficiente para garantir a atuação independente da Autoridade Nacional de Proteção de Dados sob a hierarquia direta da Presidência da República? Ou seria esta uma tentativa de aplicação do conceito material de descentralização administrativa?

Em relação ao primeiro questionamento, pela ótica da Teoria do Estado Regulador, certamente, a autonomia técnica e decisória não será suficiente, pois – como visto – a autonomia tem que ser também de gestão, considerando aqui incluída a gestão financeira e a orçamentária. A ausência de autonomia para gestão orçamentária pode deixar o órgão regulador a mercê do interesse político de ocasião da Administração Central (MARQUES NETO, 2005), ainda mais neste caso em que existe vinculação direta com a Presidência da República.

Para Rafael Carvalho Rezende Oliveira (2019), “*o regime jurídico das agências reguladoras é marcado por sua autonomia financeira reforçada*”. Logo, ausente a autonomia orçamentária-financeira, não se crê na possibilidade de a Autoridade Nacional de Proteção de Dados exercer – em sua plenitude – a autonomia técnica e decisória que lhe confere a lei. Se o diploma normativo não lhe conferiu, em nenhuma passagem, a garantia de autonomia orçamentária, é porque a gestão do orçamento do órgão ficará sob a batuta da Presidência da República.

Consequentemente, pensamos que faltará autonomia para que a Autoridade Nacional de Proteção de Dados desenvolva seu papel regulatório da maneira desejada, considerando as premissas da Teoria do Estado Regulador.

Nada obstante, a *inovação* legislativa a respeito da natureza jurídica da Autoridade Nacional de Proteção de Dados faz refletir se não seria esta uma tentativa de introduzir no Direito brasileiro a concepção proposta por Alexandre dos Santos Aragão de descentralização material, diante da qual seria irrelevante a existência de personalidade jurídica própria.

Este, inclusive, parece ter sido o intento do legislador ao realizar uma *experiência* quanto à adaptação da natureza jurídica da Autoridade Nacional de Proteção de Dados no Direito brasileiro. A este respeito, o art. 55-A, §§ 1º e 2º, da Lei nº 13.709/2018, dispõe que a natureza jurídica é transitória e deverá ser revista após o marco temporal de dois anos.

O interessante é que esta mesma cláusula legal de revisão já indica que a Autoridade Nacional de Proteção de Dados – em caso de transformação – adotará a natureza jurídica de autarquia em regime especial, figura adotada para as demais agências reguladoras no Brasil.

De todo modo, é preciso ter em mente, conforme as lições de Alexandre dos Santos Aragão (2013), que o conceito material de descentralização administrativa tem como fundamento a absoluta inexistência

de controle hierárquico. Esta é a dificuldade que encontramos – a um primeiro olhar – para a efetiva adoção deste conceito no caso da Autoridade Nacional de Proteção de Dados.

Ora, é sabido que a Administração Pública Central brasileira tem uma forte tradição intervencionista, mesmo considerando as ditas agências reguladoras independentes ou mesmo outros entes da Administração Pública Indireta com personalidade jurídica própria.

Não faz muito tempo, vivenciamos a experiência de um governo – através do Chefe do Poder Executivo Federal – intervir, diretamente, na composição do preço do combustível por meio de pressões políticas em cima da estatal do setor, a Petrobras. Ainda este ano, o mesmo episódio quase se repetiu sob a nova gestão federal.

Do mesmo modo, as agências reguladoras independentes não estão integralmente imunes ao controle hierárquico – embora seja este totalmente excepcional – depois que o Presidente da República aprovou o Parecer AGU n° AC-51/2006, que autoriza o recurso hierárquico impróprio em face de manifestações das agências reguladoras para o ministério ao qual está vinculada.

Episódios como este, por conseguinte, levam a crer que a Autoridade Nacional de Proteção de Dados não terá espaço para desempenhar a autonomia técnica e decisória conferida pela lei sem que, para isso, tenha que atentar para os interesses que existem na porta ao lado, na Presidência da República.

Desta forma, pensamos que a concepção da natureza jurídica da Autoridade Nacional de Proteção de Dados, disposta na Lei n° 13.709/2018, embora flerte com o conceito material de descentralização administrativa, não irá durar, já que não atende às premissas da Teoria do Estado Regulador para a garantia de atuação independente, tampouco traz o fundamento base para a eficácia da descentralização material: a inexistência de relação – e consequente controle – hierárquico.

CONCLUSÃO

Conforme foi visto, a Teoria do Estado Regulador surge num momento histórico de transição entre a fase de regulação desconcentrada – representada pela regulação por meio de órgãos públicos vinculados à Administração Pública Central – para a fase de regulação descentralizada – marcada pelo movimento de criação de novas pessoas jurídicas, com personalidade jurídica própria, para o exercício da função regulatória de maneira independente.

Esta teoria apresenta como premissa teórica a necessidade de conferir autonomia às agências reguladoras face à Administração Central, abrangendo

não só a autonomia orgânica, mas também – e especialmente – administrativa e orçamentária.

Por outro lado, avançando sobre as bases da Teoria do Estado Regulador, o conceito material de descentralização administrativa, proposto por Alexandre dos Santos Aragão, propõe que o fundamento maior para a atuação regulatória independente não reside no aspecto formal da existência, ou não, de personalidade jurídica própria, mas sim na garantia de efetiva autonomia, a ponto de fazer cessar qualquer relação hierárquica.

Diferentemente, a natureza jurídica atribuída legalmente à Autoridade Nacional de Proteção de Dados foge ao melhor dos dois mundos: a um, não se constitui como uma agência reguladora independente dotada de personalidade jurídica própria; a dois, não parece deter a desejada desvinculação hierárquica explicada no conceito material de descentralização administrativa, em razão da sua vinculação direta com a Presidência da República.

Conclui-se, portanto, que ainda não há espaço para a adoção do conceito material de descentralização administrativa no Brasil e que Autoridade Nacional de Proteção de Dados precisará passar por uma revisão da sua qualificação jurídica legal para que possa, efetivamente, desempenhar sua atribuição regulatória de maneira independente e que garanta a proteção de dados esperada pela Lei Geral de Proteção de Dados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMARAL, D. F. do. *Curso de Direito Administrativo*. 4^a ed. Coimbra: Almedina, 2015.
- ARAGÃO, A. S. de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- ARANHA, M. I. *Manual de Direito Regulatório: Fundamentos de Direito Regulatório*. 4. ed. rev. ampl. London: Laccademia Publishing, 2018.
- BANDEIRA DE MELLO, C. A. *Curso de Direito Administrativo*. 31 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014.
- BRASIL. *Lei nº 13.709*, de 14 de agosto de 2018. Disponível em: <<https://bit.ly/2Zz5Wpg>>. Acesso em 13 out. 2019.
- CARVALHO FILHO, J. dos S. *Manual de Direito Administrativo*. 27. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2014.
- CUÉLLAR, L. *Introdução às Agências Reguladoras Brasileiras*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

- FLORENÇO, L. B. A proteção de dados pessoais nas relações de consumo como um direito fundamental: perspectivas de um marco regulatório para o Brasil. *Revista da ESMESC*, v. 23, n. 29, 2016.
- FURTADO, L. R. *Curso de Direito Administrativo*. 5ª ed., rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- HARARI, Y. N. *21 Lições para o Século 21*. 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.
- JUSTEN FILHO, M. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.
- LOPES, O. de A. *Fundamentos da Regulação*. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2018.
- MARQUES NETO, F. de A. *Agências Reguladoras Independentes: Fundamentos E Seu Regime Jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.
- MARTIAL-BRAZ N. O direito das pessoas interessadas no tratamento de dados pessoais: anotações da situação na França e na Europa. *Revista de Direito, Estado e Telecomunicações*, v. 10, n. 1, p. 85-108, 2018.
- MEIRELLES, H. L. *Direito Administrativo Brasileiro*. 40. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2014.
- OLIVEIRA A. C. B. de. As agências reguladoras e o modelo constitucional brasileiro. *Journal of Law and Regulation*, v. 4, n. 1, p. 131-150, 2018.
- PESTANA, M. *Direito Administrativo Brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2014.
- ROCHFELD J. Como qualificar os dados pessoais? Uma perspectiva teórica e normativa da União Europeia em face dos gigantes da Internet. *Revista de Direito, Estado e Telecomunicações*, v. 10, n. 1, p. 61-84, 2018.
- RUAS C. A insuficiência da estruturação da independência orgânica das agências reguladoras federais contra a interferência político-partidária. *Journal of Law and Regulation*, v. 5, n. 1, p. 115-130, 2019.
- SUNDFELD, C. A. *Direito Administrativo Econômico*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.