

BRUNO RICARDO BIONI

**REGULAÇÃO E
PROTEÇÃO DE
DADOS PESSOAIS**
o princípio da
accountability



- O autor deste livro e a editora empenharam seus melhores esforços para assegurar que as informações e os procedimentos apresentados no texto estejam em acordo com os padrões aceitos à época da publicação, e todos os dados foram atualizados pelo autor até a data de fechamento do livro. Entretanto, tendo em conta a evolução das ciências, as atualizações legislativas, as mudanças regulamentares governamentais e o constante fluxo de novas informações sobre os temas que constam do livro, recomendamos enfaticamente que os leitores consultem sempre outras fontes fidedignas, de modo a se certificarem de que as informações contidas no texto estão corretas e de que não houve alterações nas recomendações ou na legislação regulamentadora.
- Fechamento desta edição: 27.06.2022
- O Autor e a editora se empenharam para citar adequadamente e dar o devido crédito a todos os detentores de direitos autorais de qualquer material utilizado neste livro, dispondo-se a possíveis acertos posteriores caso, inadvertida e involuntariamente, a identificação de algum deles tenha sido omitida.
- **Atendimento ao cliente: (11) 5080-0751 | faleconosco@grupogen.com.br**
- Direitos exclusivos para a língua portuguesa
Copyright © 2022 by
Editores Forense Ltda.
Uma editora integrante do GEN | Grupo Editorial Nacional
Travessa do Ouvidor, 11 – Térreo e 6º andar
Rio de Janeiro – RJ – 20040-040
www.grupogen.com.br
- Reservados todos os direitos. É proibida a duplicação ou reprodução deste volume, no todo ou em parte, em quaisquer formas ou por quaisquer meios (eletrônico, mecânico, gravação, fotocópia, distribuição pela Internet ou outros), sem permissão, por escrito, da Editora Forense Ltda.
- Capa: Fabricio Vale
- **CIP – BRASIL. CATALOGAÇÃO NA FONTE.**
SINDICATO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS, RJ.

Bioni, Bruno Ricardo

Regulação e proteção de dados pessoais: o princípio da accountability / Bruno Ricardo Bioni. – 1. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2022.

Inclui bibliografia e índice
ISBN 978-65-5964-592-3

1. Proteção de dados – Legislação – Brasil. 2. Internet – Medidas de segurança. 3. Brasil. [Lei geral de proteção de dados pessoais (2018)]. I. Título.

22-78182

CDU: 342.721:004(81)

Gabriela Faray Ferreira Lopes – Bibliotecária – CRB-7/6643

SUMÁRIO

Lista de Abreviatura e Siglas	XXIII
Lista de Ilustrações	XXV
Lista de Tabelas	XXVII
Lista de Infográficos.....	XXIX
Introdução e Visão Geral da Obra	1

CAPÍTULO 1

DESAFIOS REGULATÓRIOS DA PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS: ACCOUNTABILITY COMO FIO CONDUTOR

1.1. Gênese: a criação das <i>Fair Information Practice Principles</i> /FIPPs no departamento de bem-estar social dos Estados Unidos	5
1.1.1. Personificando a discussão mediante os atores mais contingentes	7
1.1.2. Devido processo legal: para além de justiça (<i>fairness</i>), um sistema para semear práticas responsáveis (<i>accountable</i>)	11
1.1.3. Obrigação de adoção de salvaguardas: um problema organizacional e não puramente tecnológico	15
1.1.4. Um primeiro significado da <i>accountability</i> : a virtude de práticas mais responsáveis.....	17
1.2. Capilaridade transnacional e espinha dorsal: as diretrizes da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico	18
1.2.1. Preparando o terreno das <i>guidelines</i> por intermédio de uma elite intelectual: maturação do tema em torno do objetivo regulatório principal.....	20
1.2.2. <i>Accountability</i> no processo de redação das <i>guidelines</i> : um elemento na busca de harmonização entre abordagens regulatórias distintas	23
1.2.2.1. A quem deveria ser direcionado o princípio: uma primeira disputa conceitual em torno do princípio da <i>accountability</i>	23
1.2.3. <i>Accountability</i> : um conceito enxuto e camaleão.....	25
1.2.4. A insuficiência da <i>accountability</i> enquanto um princípio tímido para contornar a fricção no nível de implementação das <i>guidelines</i> e no livre fluxo de dados	28
1.2.5. A guinada da <i>accountability</i> como um instrumento de interoperabilidade e não de harmonização entre abordagens regulatórias distintas.....	31
1.2.6. Um segundo significado de <i>accountability</i> : a virtude da interoperabilidade entre abordagens regulatórias distintas para o livre fluxo informacional	35

1.3. Lei Geral brasileira de Proteção de Dados/LGPD: análise comparativa entre as diferentes redações do texto legal.....	35
1.3.1. Do princípio da responsabilidade ao da responsabilização e prestação de contas: um giro de 180 graus na racionalidade do regime de responsabilidade civil.....	41
1.3.2. A emergência do princípio da <i>accountability</i> amarrada à progressiva delegação de competências decisórias aos agentes de tratamento de dados.....	52
1.3.3. A lógica de incentivos de <i>accountability</i> traduzida pelo alargamento dos mecanismos de transferência internacional e calibração de penalidades.....	58
1.3.4. A tensão na criação de um órgão estatal “com dentes” e com menos discricionariedade.....	61
1.3.5. Um terceiro significado de <i>accountability</i> : metamorfose da LGPD e a virtude da discricionariedade e de auto-organização.....	70
1.4. <i>Accountability</i> como parte de uma filosofia regulatória que aposta em parcerias público-privadas.....	71

CAPÍTULO 2

ACCOUNTABILITY COMO MECANISMO DE MODULAÇÃO DE PODER NO CAMPO DA PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS: PERSPECTIVA OBRIGACIONAL E A SUA TRAJETÓRIA DIANTE DO OBJETO REGULADO

2.1. <i>Accountability</i> na qualidade de um conceito relacional e de modulação do poder: um processo de codeliberação na linha do <i>nomen iuris</i> do princípio adotado pela LGPD.....	75
2.1.1. Proteção de dados na qualidade de um regime jurídico eminentemente procedimental: um primeiro passo para entender qual é a dinâmica de poder em jogo.....	78
2.2. Assimetria informacional: nunca houve muito espaço para comando e controle e sempre houve uma alta discricionariedade aos agentes de tratamento de dados.....	81
2.2.1. Leis de proteção de dados como tecnologia de metarregulação e do direito reflexivo e proceduralizado: um segundo passo para entender a dinâmica de poder em jogo.....	85
2.2.2. Dos princípios de proteção de dados pessoais com foco no da finalidade à privatização da transferência internacional: retomando os ensinamentos das FIPPs, da OCDE e da (in)evolução da LGPD.....	91
2.3. Conclusão: <i>accountability</i> como vacina da patologia da metarregulação, mas como aplicá-la e qual a sua dose?.....	94

CAPÍTULO 3

QUEM E SOBRE O QUE SE DEVE PRESTAR CONTAS

3.1. A flexão do termo “agente” no singular na LGPD com foco no controlador.....	99
3.1.1. Legítimo interesse: o teste de proporcionalidade contido no art. 10 como um exercício de prestação de contas sobre um poder discricionário.....	101
3.1.2. Relatórios de impacto à proteção de dados pessoais: uma prestação de contas (em aberto) sobre a discricionariedade do que é risco no tratamento de dados.....	104

3.2. Problemática em torno de uma perspectiva estanque de quem é controlador e operador.....	109
3.2.1. A lógica interna da LGPD (<i>versus</i> GDPR) como um todo em que o operador também presta contas: em especial a flexão do termo “agentes” no plural diante do conceito de <i>privacy by design</i>	113
3.3. Outros atores imbuídos de competências decisórias no fluxo informacional.....	115
3.3.1. Agentes certificadores: válvula de escape para o livre fluxo informacional....	115
3.3.2. Associações de classe e outros agentes de formulação de códigos de boas condutas.....	118
3.3.3. Prestação de contas da ANPD ao longo da metamorfose do texto da LGPD: conexão com o processo de modernização regulatória no Brasil....	123
3.4. Conclusão: presta contas quem tem poder de tomada de decisão sobre o fluxo dados e quanto maior for a sua discricionariedade (de volta às considerações sobre (meta)regulação policêntrica).....	128

CAPÍTULO 4

A QUEM SE DEVE PRESTAR CONTAS E SOB QUAIS CONSEQUÊNCIAS: QUAL É O CONCEITO DE FÓRUM PÚBLICO NO CAMPO DA PROTEÇÃO DE DADOS E O SEU RESPECTIVO PODER DE DELIBERAÇÃO?

4.1. Microfórum público: dimensão individual e da burocracia da proteção de dados	133
4.1.1. O poder do cidadão em influenciar o tratamento dos seus dados: o julgamento de contas como um processo dialógico e não como um ponto de chegada	133
4.1.2. A “burocracia” da proteção de dados.....	137
4.1.2.1. Autoridades supervisoras de proteção de dados.....	137
4.1.2.2. Regulação responsiva como atalho para entender o papel do Estado na qualidade de sujeito ativo do processo dialógico da prestação de contas: heurística e superabilidade da regra contida no art. 52, § 6.º, da LGPD.....	143
4.1.2.3. Alargando a burocracia da proteção de dados: a flexão do termo regulador no plural e a necessidade de cooperação institucional diante da complexidade do objeto regulado.....	150
4.2. Macrofórum público: dimensão difusa e o mercado de dados	152
4.2.1. <i>Privacy advocates</i> e as técnicas de <i>naming and shaming</i>	152
4.2.2. A disputa travada na GDPR e LGPD sobre a tutela coletiva da proteção de dados e o papel do conselho nacional de proteção de dados: pistas sobre um sistema nacional de proteção de dados.....	154
4.2.3. O mercado	164
4.2.3.1. Regulação (as)simétrica no desenho e no <i>enforcement</i> das leis de proteção de dados: recuperando livre-iniciativa e concorrência como um dos fundamentos da LGPD	164
4.2.3.2. Proteção de dados como um elemento reputacional: a quem serve o direito de portabilidade?	167
4.3. Conclusão: multiplicidade de interesses e os “nodos” do micro e o macrofórum público da proteção de dados.....	169

CAPÍTULO 5

O CASO DO COMBATE AO SPAM: DA FORMAÇÃO DO FÓRUM PÚBLICO AO PROCESSO DE DELIBERAÇÃO DAS CONTAS PRESTADAS

5.1. O estudo de caso do combate ao <i>Spam</i> : governança de dados	177
5.1.1. Contexto, caso e unidades de análise: entrevistas semiestruturadas, levantamento documental e os novos aportes pretendidos para continuidade do estudo de caso <i>Spam</i>	180
5.2. O CGI.br como fórum público a partir de breves notas sobre o modelo de governança da internet no Brasil: legitimidade, representatividade e interesse público	184
5.3. Consenso técnico	191
5.3.1. Diferenciando CGI.br e NIC.br: o papel fundamental desempenhado pelo CERT.br	191
5.3.2. Produção de evidências sobre os efeitos colaterais do <i>Spam</i> : o “xeque-mate” nas operadoras de telefonia	196
5.4. Consenso político-regulatório	199
5.4.1. Saem os técnicos e entram o alto escalão e o jurídico	199
5.4.2. A entrada da Anatel: entre o conforto jurídico e a “espada” e o primeiro caso da agência de “autorregulação conjunta” mediante um AIR voluntário	202
5.4.3. A entrada do DPDC como reforço dos interesses do consumidor: o custo-benefício regulatório e um “ <i>habeas corpus</i> preventivo”	208
5.5. Conclusão: do consenso técnico ao político, do mandato regulatório geral ao setorial, dos nodos aos supernodos – lições exportáveis de <i>accountability</i>	210

CAPÍTULO 6

DA AUTODETERMINAÇÃO À CODELIBERAÇÃO INFORMACIONAL: APORTES TEÓRICOS E PRÁTICOS DA OBRIGAÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS

6.1. A complexidade obrigacional da <i>accountability</i> : “colibrando”, e não calibrando, o dever de cooperação para a materialização da cláusula do devido processo informacional	217
6.2. Racionalidade <i>ex ante</i> e precaucionária do princípio da <i>accountability</i> : na direção de um uso ótimo e secundário da responsabilidade <i>ex post</i>	222
6.3. (Re)procedimentalização: <i>accountability</i> como ponto ótimo da regulação e da reviravolta semântica e institucional da proteção de dados	230
6.4. Normas premiais: funcionalizando uma rede de governança e um sistema nacional de proteção de dados	234
6.5. Da autodeterminação à codeliberação informacional: o adimplemento da obrigação de prestação de contas	237
Conclusão	241
Bibliografia	247
Sites Recomendados	281