

Prezados membros da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD)

A fim de colaborar com a Consulta Pública sobre o encarregado de dados e as suas atribuições, passo a discorrer sobre os dispositivos 12 e 16, VII, pois entendo que há conflito entre os dois, bem como, neste último, há uma redação que contraria outra legislação, gerando conflito de normas e prejudicando nosso ordenamento jurídico pátrio.

O art. 12 do presente regulamento dispõe o seguinte:

"Art. 12. O exercício da atividade do encarregado não pressupõe a inscrição em qualquer entidade nem a detenção de qualquer certificação ou formação profissional específica".

No entanto, mais abaixo, no art. 16, VII, consta que "são atribuições complementares do encarregado (...)" a "análise de cláusulas contratuais com terceiros que versem sobre proteção de dados pessoais;".

Todavia, a análise de cláusulas contratuais se insere na atividade de assessoria jurídica – que é uma atividade privativa da advocacia, conforme determina a Lei nº 8.906/94:

"Art. 1º São atividades privativas de advocacia: (...) II - as atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas."

Embora a redação seja clara, o questionamento sobre a necessidade da análise de contratos ser somente atribuída ao advogado foi objeto de consulta ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (n. 49.0000.2016.006259-5), que definiu da seguinte forma:

CONSULTA N. 49.0000.2016.006259-5/OEP. Assunto: Atividades privativas de advogado. Elaboração de contrato. Possibilidades. Consulente: Renata Caroline Kroska OAB/PR 58096. Relator: Conselheiro Federal Guilherme Octávio Batochio (SP). EMENTA N. 163/2017/OEP. Consulta. Elaboração de contratos. Atividade que se encontra inserida no conceito de assessoria jurídica e, portanto, privativa de advocacia, nos termos do art. 1º, II, da Lei n. 8.906/94. Acórdão: Vistos, relatados e discutidos os autos do processo em referência, acordam os membros do Órgão Especial do Conselho Pleno do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, observado o quorum exigido no art. 92 do Regulamento Geral, por unanimidade, em responder à consulta, nos termos do voto do Relator. Brasília, 23 de outubro de 2017. Luís Cláudio da Silva Chaves, Presidente. Carlos José Santos da Silva, Relator ad hoc. (DOU, S.1, 23.11.2017, p. 110)

Vale destacar que no teor do Voto da referida consulta, o Conselho Federal da OAB dispôs que:

(...) a elaboração de contratos se trata de atividade de assessoria jurídica, visto que, previamente à disponibilização de qualquer ferramenta que permita ao usuário "configurar" seu contrato, é certo que há necessidade de um profissional de advocacia selecionar as hipóteses e os tipos de cláusulas que seriam aplicáveis a cada situação, vale dizer ainda que considerada simples a proposta, é certo que demanda conhecimento técnico e, por isso, somente um advogado é qualificado para assessorar na realização do contrato, ainda que posteriormente.

A propósito, caso a análise de contratos venha a ser feita por profissional não inscrito no quadro, será considerado ato nulo, nos termos da Lei nº 8.906/94, além de não se dispensar a responsabilização em outras esferas jurídicas, a exemplo da civil, penal e administrativa, gerando um risco para a organização e para os titulares de dados:

Art. 4º São nulos os atos privativos de advogado praticados por pessoa não inscrita na OAB, sem prejuízo das sanções civis, penais e administrativas.

Assim, considerando que a análise de cláusulas contratuais/contratos é atividade privativa da advocacia, uma vez que se trata de trabalho técnico, que envolve conhecimento específico, a exemplo de análise de diálogo das fontes, princípios jurídicos, cumprimento da Constituição Federal, dentre outros pontos que, se não avaliados tecnicamente, poderão causar prejuízo não somente para a organização assessorada, mas para a ordem pública e para os direitos fundamentais dos titulares, conclui-se que esta atividade deve ser feita especificamente pelo Advogado.

Outro ponto importante é que, para exercer a advocacia, o indivíduo deve ser inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB)¹ e, para que haja a sua inscrição no quadro, há diversos requisitos, dentre eles a formação em direito e a aprovação em Exame de Ordem².

Portanto, levando em conta que o art. 12 deste Regulamento prevê que:

Art. 12. O exercício da atividade de encarregado não pressupõe a inscrição em qualquer entidade nem a detenção de qualquer certificação ou formação profissional.

E, considerando que a atividade complementar do encarregado de análise de cláusulas contratuais com terceiros que versem sobre proteção de dados é privativa do advogado e este, para ingresso no quadro da advocacia, necessita de formação profissional e aprovação no Exame de Ordem, conclui-se, alternativamente, o seguinte:

- 1) O exercício da atividade de encarregado pressupõe a inscrição nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil.

¹ O art. 3º da Lei nº 8.906/94, dispõe que:

Art. 3º O exercício da atividade de advocacia no território brasileiro e a denominação de advogado são privativos dos inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).

² Art. 8º Para inscrição como advogado é necessário:

I - capacidade civil;

II - diploma ou certidão de graduação em direito, obtido em instituição de ensino oficialmente autorizada e credenciada;

III - título de eleitor e quitação do serviço militar, se brasileiro;

IV - aprovação em Exame de Ordem;

V - não exercer atividade incompatível com a advocacia;

VI - idoneidade moral;

VII - prestar compromisso perante o conselho.

Ou

- 2) Que “são atribuições complementares do encarregado” o encaminhamento de contratos com terceiros que versem sobre proteção de dados pessoais para a análise de advogado, nos termos do que dispõe a Lei nº 8.906/94, nos casos em que não fizer parte do quadro da Ordem dos Advogados do Brasil, sob pena de nulidade dos seus atos, conforme art. 4º da referida legislação.

Assim, a fim de colaborar com a Autoridade Nacional de Proteção de Dados para a geração de segurança jurídica, técnica, pacificação social, coordenação entre as leis nacionais e subsunção de todas as suas normativas à Constituição Federal e à observância dos direitos fundamentais sem prejuízo à regularidade do ordenamento jurídico nacional, segue a minha contribuição.

Sigo à disposição no que for necessário.

Cordialmente,

Ana Isabel Mendes³.

³ Advogada, inscrita na OAB/RS 92.786. Gestora de Privacidade pela T.I EXAMES. Consultora em Proteção de Dados no Poder Público, com experiência na implementação da LGPD em autarquias e municípios, podendo-se citar, apenas a título de exemplo, o Conselho Federal de Contabilidade – CFC e o Município de Sapucaia do Sul – RS. Mestra em Direito com distinção e louvor pela Universidade de Passo Fundo. Ex-Assessora de Desembargador Federal do Tribunal Regional Federal da 2ª Região – TRF2 em Gabinete de Direito Administrativo, auxiliando em demandas de alta relevância no Poder Público do país. Palestrante. Professora na Escola Nacional de Administração Pública – ENAP, das disciplinas: “Praticando a LGPD” e “Praticando a Lei de Improbidade Administrativa” para servidores públicos federais, especialmente do Poder Executivo. Palestrante e professora no tema Lei Geral de Proteção de Dados no Poder Público em 7 (sete) estados da federação, possuindo visão sistêmica das diferentes realidades do país. Autora e coautora de obras e artigos científicos na área do Direito.