

**XXXI CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI BRASÍLIA - DF**

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I

MARCOS LEITE GARCIA

LUCAS GONÇALVES DA SILVA

LUCAS CATIB DE LAURENTIIS

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Profa. Dra. Samyra Haydée Dal Farra Naspolini - FMU - São Paulo

Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte

Prof. Dr. Fernando Passos - UNIARA - São Paulo

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal

Comunicação:

Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM - São Paulo

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI - Santa Catarina

Eventos:

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

D597

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Marcos Leite Garcia, Lucas Gonçalves da Silva, Lucas Catib De laurentiis – Florianópolis: CONPEDI, 2024.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5274-065-6

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Saúde: UM OLHAR A PARTIR DA INOVAÇÃO E DAS NOVAS TECNOLOGIAS

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direitos. 3. Garantias fundamentais. XXX Congresso Nacional do CONPEDI Fortaleza - Ceará (3: 2024 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



XXXI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA - DF

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I

Apresentação

O Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI) realizou, no segundo semestre de 2024, o seu tradicional CONGRESSO NACIONAL, desta vez sediado em Brasília e com foco na temática UM OLHAR A PARTIR DA INOVAÇÃO E DAS NOVAS TECNOLOGIAS.

No âmbito do Grupo de Trabalho DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I foram realizadas apresentações de trabalhos relevantes, com discussões interessantes, sobre temas atuais e relevantes para a Pós-graduação em Direito brasileira. Tivemos a honra de coordenar os trabalhos dessa sessão de apresentação de trabalhos e de apresentarmos aqui os resultados desta relevante atividade acadêmica.

Tendo em vista a diversidade de temas e sua íntima relação com a temática dos direitos fundamentais, os artigos foram dispostos considerando a ordem de apresentação no evento. Salientamos que as discussões ocorridas nas apresentações representaram atividades de pesquisa que não só tem relação direta com a comunidade acadêmica e a sociedade, mas também geram frutos para o a implementação de mecanismos e formas de proteção de direitos humanos de grupos vulneráveis e/ou marginalizados.

Nesse sentido, os temas abordados revelam desafios e anseios atuais da sociedade por uma renovação dos compromissos da pesquisa jurídica brasileira e a preservação de direitos, da dignidade da pessoa humana e do aperfeiçoamento do regime democrático.

Os coordenadores do GT DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I agradecem os pesquisadores pelo elevado debate travado em cada temática que, certamente, proporcionou-nos novas reflexões e ponderações favoráveis para a amadurecimento intelectual e de desenvolvimento social, característica essencial dos eventos do CONPEDI.

Coordenadores do GT:

Profª Dr. Marcos Leite Garcia - UNIVALE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE

Prof. Dr. Lucas Catib de Laurentiis – PUC-CAMPINAS.

O PODER DE POLÍCIA NA PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

THE POLICE POWER IN THE PROTECTION OF PERSONAL DATA

Alvaro Ramos de Medeiros Raposo
Cesar de Souza Cavalcante

Resumo

O propósito deste artigo é analisar como o caráter sancionatório das normas vigentes sobre a Proteção de Dados Pessoais está inserido dentro da doutrina que trata sobre o Poder de Polícia Administrativo, e a influência do percurso transposto pela Agência Nacional de Proteção de Dados Pessoais (ANPD) na promoção da aplicabilidade dessa legislação que visa não apenas na proteção dos direitos fundamentais de liberdade e de privacidade dos indivíduos, mas também viabilizar alternativas econômicas surgidas com a revolução promovida pela Ciência de Dados no tratamento da informação. Para tal este trabalho exhibe, primeiramente, um panorama histórico sobre a evolução do entendimento sobre a proteção de dados nos planos internacional e nacional. Posteriormente, é traçado um paralelo entre o caráter sancionatório da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) e o entendimento doutrinário geral sobre Poder de Polícia Administrativo, de forma a apontar possíveis congruências. Com isso é possível destacar avanços na relação Estado/Particular, na garantia de Direitos Fundamentais e nos efeitos sistêmicos das sanções impostas.

Palavras-chave: Privacidade, Proteção de dados, Poder de polícia, Dosimetria, Dados pessoais

Abstract/Resumen/Résumé

The purpose of this article is to analyze how the sanctioning nature of the current rules on Protection of Personal Data is inserted within the doctrine that deals with the Administrative Police Power, and the influence of the path endured by the National Agency for the Protection of Personal Data (ANPD) to promote the suitability of related legislation not only in safeguarding individual's fundamental rights to freedom and privacy but also in facilitating economic alternatives arising from the revolution brought about by the Data Science's field in information processing. In order to achieve this goal, this work presents an historical overview of the evolution of understanding regarding data protection at both the international and national levels. Then, a parallel is drawn between the sanctioning nature of the General Data Protection Law (LGPD) and the general doctrinal understanding of Administrative Police Power, and allows the identification of possible congruences, casting a light over advancements in the State/Individual relationship, the guarantee of Fundamental Rights, and the systemic effects of the imposed sanctions.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Privacy, Data protection, Police power, Dosimetry, Personal data

1. INTRODUÇÃO

O reconhecimento ao direito à proteção de dados pessoais não é algo recente. A proteção à privacidade, consequência lógica do princípio da dignidade da pessoa humana e indissociável do direito do cidadão se autodeterminar, está previsto em diversas declarações e pactos internacionais, como a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948¹ e o Pacto de San Jose da Costa Rica de 1969².

O aumento do armazenamento e uso de dados pessoais por meio de ferramentas automatizadas vem atraindo a atenção internacional, que se mobilizou para reforçar o arcabouço normativo relativo ao tema. A primeira iniciativa de destaque foi a Convenção 108 do Conselho da Europa para a Proteção Pessoal em relação ao Tratamento Automatizado de Dados de Caráter Pessoal, datada de 28 de janeiro de 1981.

O instrumento se propôs a “ampliar a proteção dos direitos e das liberdades fundamentais de todas as pessoas” e, ao mesmo tempo, “empenhar-se em favor da liberdade de informação sem limite de fronteiras”. A Agência Nacional de Proteção de dados (ANPD) representa o Brasil nas reuniões do Conselho Consultivo da referida convenção, posto que o país foi convidado a participar enquanto observador.

Posteriormente, a importância da Proteção de Dados Pessoais foi reforçada, no âmbito europeu, com a Diretiva 95/46/CE de 1995 que destacou o papel dos sistemas de tratamento de dados.

Contudo, somente em 2009 a proteção de dados pessoais passou a ter efeito vinculante na União Europeia, o que se deu na vigência do Tratado de Lisboa que, entre outros dispositivos, afirma que em seu art. 16: “todas as pessoas têm direito à proteção dos dados de caráter pessoal que lhes digam respeito” e ainda que “o cumprimento dessas regras fica sujeito a fiscalização por parte de uma autoridade independente”.

Seguindo a tendência europeia, a Constituição Brasileira de 1988 mostrou, ainda que tardiamente, que a preocupação com a Proteção de Dados Pessoais veio para ficar. O art. 5º, XII consagrou a inviolabilidade dos dados referentes a correspondências e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas. Até então, as

¹ Art. 12 da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 ao afirmar que “Ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação.”

² Art. 11 do Pacto de San Jose da Costa Rica de 1969: “Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.”

cartas magnas do país fizeram somente referência a correspondências e comunicações telegráficas / telefônicas, ainda que já reconhecessem a proteção à intimidade, à vida privada e à imagem como direitos fundamentais (QUINTILIANO, 2021).

Contudo, somente no Projeto de Lei 4.060/2012 viu-se uma iniciativa parlamentar robusta o suficiente para pavimentar o início de um debate sobre a elaboração de um arcabouço normativo mais específico. Arcabouço esse que viria a ganhar forma com o Projeto de Lei 5.276/2016, de iniciativa da Presidência da República (LUCENA, 2021).

Como justificativa para a necessidade de uma Lei Geral sobre a temática, nossos parlamentares buscaram inspiração na própria Diretiva 95/46/CE da União Europeia, ao trazerem reflexões fundamentais como a necessidade de criar parâmetros para a solução de controvérsias que envolvam a privacidade de dados, o desenvolvimento econômico e outros direitos fundamentais³.

Além das considerações trazidas pela norma estrangeira, o Projeto de Lei 4060/2012 buscou contextualizar a importância de uma Lei de Proteção de Dados “em face do crescimento desse tipo de atividade e da comercialização ilegal desse tipo de informação” e ressaltou o poderio das chamadas Big Techs, em especial citando o enorme poder de influência de empresas como o Facebook e o Google por violarem “a privacidade de seus usuários, franqueando o acesso a esses dados à NSA, a agência de segurança americana” e presumirem que seus usuários estejam cientes de que o conteúdo confiado a essas empresas é tratado por ferramentas de processamento automático.

Assim nasceu a Lei 13.709/2018, conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), destinada à uniformização da matéria e a colocar a dignidade da pessoa humana no centro da questão. A LGPD, em seu art. 1º, afirma dispor “sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural”.

³ Considerando nº 2 da Diretiva 95/46/CE ao afirmar que “os sistemas de tratamento de dados estão ao serviço do Homem; que devem respeitar as liberdades e os direitos fundamentais das pessoas singulares independentemente da sua nacionalidade ou da sua residência, especialmente a vida privada, e contribuir para o progresso económico e social, o desenvolvimento do comércio e o bem-estar dos indivíduos”.

Em um primeiro momento já é possível observar que a norma não trata apenas do armazenamento de dados em dispositivos eletrônicos, mas da responsabilidade que toda pessoa, seja ela natural ou jurídica, possui ao tratar de dados alheios.

A constatação faz refletir sobre o atraso com que o tema recebeu a devida atenção por parte do Poder Legislativo pátrio, fazendo com que o Poder Judiciário solucionasse as controvérsias relativas ao tema com o fundamento em interpretação normativa, em especial do art. 5º, X, XII da CF⁴, dos arts. 20 e 21 do Código Civil⁵ e do Código de Defesa do Consumidor⁶.

Ainda quanto ao art. 1º da LGPD, o legislador decidiu elencar três direitos fundamentais como núcleo de proteção da norma: liberdade, privacidade e o livre desenvolvimento da pessoa natural.

Ao falarmos do Direito à Liberdade devemos compreender como poderes de agir reconhecidos e protegidos pela ordem jurídica a todos os seres humanos. Dos primórdios da Internet até hoje costumou-se pensar em um Mundo Virtual, com regras próprias em há uma liberdade com “ausência de Estado”. Ainda que o exercício do livre arbítrio e da liberdade de expressão sejam também objetivos da LGPD, há também “garantias de proteção” que impõem limites na disposição dos dados pessoais alheios, além de “garantias institucionais”, com a proteção concedida pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) e ainda “garantias instrumentais”, como o habeas data, previsto no art. 5º, LXXII da Constituição Federal.

Quanto ao Direito Fundamental à Privacidade, este decorre da afirmação de que não são somente “bens que guardam valor econômico que devem ser objeto de proteção do Direito, mas também ocorrências domésticas, os fatos do cotidiano, palavras e pensamentos, independentemente de sua patrimonialidade”. Em outras

⁴ Art. 5º, X da Constituição Federal afirma: “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”. O mesmo dispositivo em seu inciso XII afirma: “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”

⁵ Art. 20 do Código Civil afirma: “Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais”. Já o art. 21 afirma: “A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.”

⁶ Art. 43, caput da Lei 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor) afirma: “O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes”.

palavras, fotos e conversas privadas (via mensagens de texto ou áudio) também devem receber atenção do arcabouço normativo, demandando consentimento das partes envolvidas para sua divulgação.

Já o Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade da Pessoa Natural consiste em reconhecer que o indivíduo é capaz de pautar suas condutas de acordo com o projeto de vida que fez para si. Em termos de dados pessoais, isso consagra a faculdade que cada indivíduo tem de dispor sobre sua divulgação e seu uso (BONNA, 2022, p. 45). O tema foi objeto de controvérsia no Direito Alemão, mais especificamente na Reclamação Constitucional contra Ato Normativo, BVerfGE 65, 1, de 15 de dezembro de 1983 que tratou da Lei do Censo do país. O cerne da questão foi o uso indiscriminado de dados pessoais para fins de comparação estatística, bem como sua transmissão entre organizações públicas, o que anulou trechos da lei com fundamento no direito em análise (SCHWABE & MARTINS, 2005).

O parágrafo único do artigo 1º da LGPD dispõe que “As normas gerais contidas nesta Lei são de interesse nacional e devem ser observadas pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.”. Assim, todos os entes da federação estão vinculados à norma, devendo materializar mecanismos para sua eficácia.

Além de objetivos de proteção a LGPD traz fundamentos da disciplina de dados pessoais em seu art. 2º, tais como “respeito à privacidade, autodeterminação informativa, liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião, inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem, o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação, a livre-iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor, os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais.”.

Pode ser observado que esses fundamentos se dividem em “existenciais” e “patrimoniais”, o que reafirma a característica da norma não se limitar ao trato do indivíduo hipossuficiente em face do Estado e de entidades privadas, mas de uma modernização necessária diante da ubiquidade das soluções tecnológicas e da transformação dos dados pessoais em verdadeiras “commodities”.

Sem a pretensão de esgotar o tema nessa parte introdutória, é importante discorrer sobre o aspecto sancionatório previsto nos arts. 52, 53 e 54 da LGPD. A norma prevê sanções administrativas, de natureza admoestativa, pecuniária e restritiva de atividades cuja vigência se iniciou no dia 1º de agosto de 2021.

Em complemento à lei, a ANPD aprovou, em agosto de 2021, a Resolução CD/ANPD nº 1/2021 que trata do “Regulamento do Processo de Fiscalização e do Processo Administrativo Sancionador da Autoridade”, além a recente Resolução CD/ANPD nº 4/2023, aprovada em fevereiro do ano passado, que discorre sobre o “Regulamento de Dosimetria e Aplicação de Sanções Administrativas” que regulamenta os artigos da LGPD supracitados, alterando artigos da Resolução nº 1 “com vistas a aprimorar o processo administrativo sancionador e de fiscalização”.

Conhecida como Norma de Dosimetria, a Resolução 4/2023 surgiu para cumprir com um requisito previsto no art. 53 da LGPD e com vistas a dar maior transparência na metodologia para o cálculo de sanções pecuniárias e demais punições previstas.

Por fim, é fundamental destacarmos que o esforço empreendido em prol da modernização normativa brasileira elevou a proteção de dados pessoais ao status de Direito Fundamental por meio da Emenda Constitucional 115/2022, acrescentando o inciso LXXIX ao art. 5º, além de solidificar a competência legislativa e organizacional da União sobre o tema ao incluir o inciso XXVI ao art. 21 e o inciso XXX ao art. 22.

2. O PODER DE POLÍCIA E PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

Como dito anteriormente, no que tange à proteção de dados pessoais, a doutrina afirma que os arts. 52 a 54 da LGPD fazem parte do chamado “Direito Administrativo Sancionador” na medida em que estes têm por objetivo servir de base para fiscalizações e possíveis sanções, atividades decorrentes do poder de polícia exercido pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) (BONNA, 2022, p. 806).

Assim como toda a concepção da atuação estatal no domínio privado, o Poder de Polícia passou por grandes reformulações ao longo dos anos (MEDAUAR, 2014, p. 14). As transformações decorrentes da globalização, embora não tenham sido capazes de afastar a presença do Estado na vida da sociedade, formaram um novo modelo. Dentre as mudanças impostas pelos novos tempos, temos que as questões relativas à segurança pública se tornaram mais complexas com o surgimento de novos riscos, ameaças ligadas às evoluções científicas e tecnológicas.

O Estado foi, progressivamente, deixando de exercer o monopólio da segurança, que passou por processos de substituição, delegação, externalização fazendo

com que novos atores se mobilizassem para a prestação de serviços nessa área. Atuando agora como regulador, o ente estatal passou a se preocupar com a mediação em busca de um equilíbrio entre sistemas complexos. O equilíbrio que o Estado busca como agente regulador se dá por um conjunto de “meios de ação”, entre estes podemos citar: a regulamentação, a fiscalização, a alocação de direitos e a composição de litígios (CHEVALLIER, 2009, p. 66).

Isso gera reflexos sobre as questões relacionadas ao tratamento de dados pessoais. Considerando o aumento da assimetria de informação entre o cidadão comum e as entidades públicas ou privadas que fazem uso de seus dados, uma regulamentação específica com atribuição de poderes para fiscalização, adjudicação/composição de litígios restou inevitável. Dessa forma surgiu não somente a nova lei, mas também a ANPD, autarquia de natureza especial vinculada ao Ministério da Justiça e Segurança Pública que atua como órgão central na proteção de dados pessoais e na interpretação dessa lei, além de ter a competência para a edição de normas e diretrizes para sua implementação seja em caráter orientativo, normativo, fiscalizatório e sancionatório (BRASIL, 2023, p. 6).

Tendo passado por ciclos de descentralização/centralização em maior ou menor grau conforme a realidade se impunha sob o modelo estatal vigente, o Poder de Polícia precisou se submeter primeiramente ao amparo da lei, momento em que passou a integrar a esfera do Direito Administrativo (SUNDFELD, 2003, p. 31).

Conjugado a princípios como o da supremacia do interesse público e insindicabilidade do mérito administrativo, a atuação do Poder de Polícia ainda não pode se traduzir em mera aplicação da lei em um contexto pós-Revolução Francesa. Isso em grande parte se deu pelo fato do Direito Administrativo ainda se valer de cláusulas gerais como “ordem pública” e “perigo iminente” para manutenção do poder nas mãos da Administração.

Portanto, além da “legalização” do Poder de Polícia, foi necessário um processo de “constitucionalização” que o colocasse como parte de uma lógica de garantia de direitos fundamentais (BINENBOJM, 2016, p. 31).

Logo, o caráter sancionatório dos arts. 52 a 54 da LGPD (posteriormente detalhados na Norma de Dosimetria) surge, não como forma de dar mais poder ao Estado, mas como garantia ao cidadão de que direitos constitucionais como sua Liberdade de Expressão, Respeito à Privacidade, Honra e Imagem serão respeitados.

Assim, a ideia do Poder de Polícia atrelado a uma supremacia geral do Estado deu lugar a uma relação dinâmica que viabiliza o funcionamento de um sistema de direitos que demanda a atuação estatal ao mesmo tempo em que a limita e proporciona múltiplas possibilidades de interações entre subsistemas socioeconômicos em que nem o Estado, nem o Particular exercem supremacia.

Além da inserção na lógica constitucional, o Poder de Polícia, assim como todo o modelo estatal, foi influenciado por inúmeros atores sociais e econômicos que, em um cenário globalizado, desafia a lógica piramidal a qual o Estado acostumou-se a se impor perante bens, pessoas e operações comerciais.

Para atender a esse desafio, a Administração foi progressivamente ponderando sua essência idealista enquanto se rendia à realidade concreta com vistas a moldar a sua atuação e suas regras com o pragmatismo necessário para os tempos atuais, marcados por complexidades, incertezas e riscos (GUERRA, 2022, p. 37).

Processos de desestatização e desterritorialização de competências ligadas ao Poder de Polícia e o surgimento de entidades privadas ou híbridas, que passaram a exercer uma regulação informal, foram necessidades impostas pelo mercado. Necessidades que resultaram na transformação da atuação jurídica, que se tornou um instrumento facilitador, agindo de maneira pragmática frente às demandas globais. Dessa forma, consequências sistêmicas e dinâmicas devem ser consideradas pelos legisladores, administradores e juízes, bem como todos os agentes do Estado que atuam sobre a liberdade e a propriedade buscando a consecução de objetivos econômicos e sociais (BINENBOJM, 2016, p. 33).

2.1 A PARTICIPAÇÃO DOS AGENTES ECONÔMICOS

O Regime de Proteção de Dados não pode se furtar das possibilidades de geração de riqueza trazidas pela Era da Informação. Tendo como alguns de seus fundamentos a Livre Iniciativa e a garantia da Livre Concorrência, um modelo de governança regulatória deve se submetido ao crivo de um subsistema econômico que contribui com a construção de regras e solidificação de instituições, procurando viabilizar sua atuação no mercado, ao mesmo tempo em que ajuda a moldar uma regulação que permita o alcance de fins socialmente desejáveis, como proteção à privacidade, redistribuição de riquezas e o aumento da efetividade e eficiência dos administradores públicos na resposta a essas demandas.

Essa via de mão dupla só é possível porque as entidades privadas passaram a reconhecer a cooperação na formulação um ordenamento como uma solução pragmaticamente desejável, como um semáforo vermelho que permita com que todos alcancem seus destinos, na medida em que isso garanta uma maior eficiência em contrapartida às exigências de transparência, participação e accountability (BINENBOJM, 2016, p. 68).

Dessa forma, além do caráter sancionatório, a LGPD institui uma série de princípios, conceitos e distribui atribuições entre Agentes de Tratamento, de forma a induzir as partes atuantes à maior transparência, eficiência e segurança no uso legítimo das informações armazenadas, o que só é possível graças à legitimidade dada pelas contribuições dos próprios stakeholders na proposição de regras e conceitos por via de consultas e audiências públicas.

2.2 O CICLO DE POLÍCIA APLICADO À PROTEÇÃO DE DADOS

O que chamamos de Poder de Polícia durante muitos anos foi visto como uma atividade voltada à restrição da liberdade, propriedade para garantia da ordem, tranquilidade e salubridade públicas, ou seja, disseminadora de obrigações negativas. O contrário acontece com o conceito de Serviço Público, visto como provedor de utilidades ao cidadão (obrigações positivas). Com o aumento da complexidade das relações jurídicas dos tempos atuais, uma separação clara na percepção desses dois termos não é mais possível (MEDAUAR, 2018, p. 334).

No caso da LGPD há obrigações negativas posto que há limitações quanto ao uso dos dados pessoais. Considerando que o cidadão cede informações a um órgão controlador na expectativa de que estas servirão a seus interesses, os dados devem ser utilizados de forma condizente com a finalidade e competências desse órgão⁷. Quanto às obrigações positivas, essas existem, por exemplo, quando a lei prevê que mecanismos de anonimização de dados devam ser implementados para casos específicos, como a manutenção de dados após o término de seu tratamento, para fins de estudo por órgão de pesquisa.

⁷ Art. 7 da LGPD elenca hipóteses de tratamento de dados pessoais entre estas merecem destaque uso com consentimento do titular (inciso I) e o uso para cumprimento de obrigação legal ou regulatória do controlador (inciso II).

Logo, o estreitamento dessa fronteira entre o que é Serviço Público e o Direito Administrativo Ordenador se deu na busca de soluções eficientes e por meio da interação entre oferta de utilidades e o exercício de atividades de ordenação social.

Com o que abordamos até então poderíamos acreditar que a ordenação social e econômica é feita a partir de medidas isoladas tomadas de acordo com o subsistema a ser observado. Contudo, conforme Binjenbojm, há etapas sucessivas que compõem o que o autor chama de “Ciclo de Polícia”, etapas essas que podem não estar presentes em todas as situações analisadas, mas que formam uma estrutura fundamental. Essas etapas são: “1. disciplina normativa e ordem de polícia; 2. consentimento administrativo (ou mera comunicação de atividade); 3. fiscalização (preventiva ou repressiva); e 4. sanções (punitivas ou premiais)” (BINENBOJIM, 2016, p. 74).

Como “Disciplina Normativa” temos a materialização da ordenação de liberdades dotada de generalização e abstração com a descrição de obrigações de fazer, obrigações de não fazer e obrigações de suportar, sempre tendo como base os limites impostos Constituição Federal.

Quanto a essa etapa, conforme exposto anteriormente, o surgimento da LGPD instituiu inúmeras limitações a entidades públicas, privadas e particulares, alcançando uma pluralidade indeterminada de pessoas e situações. Diante da inviabilidade de um completo esgotamento do assunto em sede legal, a Lei Geral estabelece competências e standards de atuação com objetivos a serem alcançados e parâmetros de controle, o que parte da doutrina chama de “critérios de suficiência”. Esses critérios dão margem de manobra à Administração para que esta realize a opção por um regramento mais detalhado pela via regulamentar, sempre dentro do que entende ser adequado, oportuno e dos limites impostos pela lei e pela constituição (NASCIMENTO, 2022, p. 154).

Na etapa de “Consentimento Administrativo”, a depender da forma como o exercício de direitos de particulares são submetidos ao crivo da Administração, há a concessão de licença, autorização e comunicação. O primeiro caso ocorre se apenas o atendimento a requisitos da lei é necessário, assim o consentimento da Administração é obrigatório ou, conforme o termo mais usual, vinculado. O segundo caso se dá quando há a necessidade de avaliação por parte da Administração quanto a aspectos delegados pela norma. Já na terceira e última situação o particular apenas comunica seu escopo de atuação à Administração para que esta realize atos de ordenação, caso necessário.

No contexto da proteção de dados pessoais temos que as entidades, sejam públicas ou privadas, obtém o consentimento da administração no momento de sua

criação, possuem uma série de direitos e obrigações que levam em consideração sua atividade-fim (podendo ser consentidas pelas três formas supracitadas). Entre essas obrigações estará a observância de todo o arcabouço legislativo relativo ao tema, incluindo princípios constitucionais, leis e regulamentos.

A terceira etapa é a de fiscalização, ou seja, competência atribuída à administração para verificação constante da juridicidade das práticas pelos particulares, de acordo com a constituição, leis e regulamentos vigentes. Trata-se da verificação, preventiva ou repressiva, da observância da legislação aplicável⁸.

Pela própria natureza da atividade de armazenamento e tratamento de dados pessoais, a fiscalização é, em grande parte, repressiva. Isso se dá posto que ela é realizada quando um usuário já cedeu seus dados pessoais e o Órgão Controlador, a agência competente (ANPD), ou o próprio titular percebe um procedimento ou uso inadequado.

Contudo, também podemos dizer que a ANPD busca atuar preventivamente quando elabora diretrizes nacionais sobre o tema, dissemina o conhecimento sobre a proteção de dados pessoais junto à população, promove estudos em cooperação com autoridades internacionais e transnacionais em busca de melhores práticas, edita regulamentos e procura, em audiências públicas ouvir as partes interessadas e a sociedade civil sobre o tema.

A última etapa do “Ciclo de Polícia” é a aplicação de sanções, ou seja, “medidas aflictivas impostas ao particular como retribuição pelo descumprimento das conformações jurídicas a sua liberdade ou propriedade” (BINENBOJM, 2016, p. 83). Sanções visam punir a violação de uma norma, mas principalmente, servir de exemplo para que essas práticas sejam desencorajadas. Elas não são um fim em si mesmas, mas um meio utilizado pela Administração para direcionar os jurisdicionados à prática de condutas desejadas, ou seja, uma ferramenta para unir o “ser” ao “dever-ser” (FARIAS, 2020, p. 7).

2.3 DA FISCALIZAÇÃO E SANÇÃO EM PROTEÇÃO DE DADOS

Conforme expressamos anteriormente, o Poder de Polícia se rendeu à lógica dos Direitos Fundamentais garantidos na Constituição, o que é um pré-requisito para um

⁸ Art. 2º, §2º da Resolução CD/ANPD nº1/2021: “A atividade de fiscalização da ANPD terá por finalidade orientar, prevenir e reprimir as infrações à Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais - LGPD).”

Estado Democrático de Direito. Esse processo de constitucionalização da atividade administrativa limitou a capacidade decisória dos agentes públicos, especialmente na esfera da polícia administrativa e estreitou os limites que separavam os chamados “Atos Discricionários” dos “Atos Vinculados”, dando lugar a uma gradação quanto a vinculação desses atos, ou seja, dividiu atos em “níveis de controlabilidade” (BINENBOJM, 2008, p. 208).

Assim, conforme Binenbojm, em uma classificação quanto à densidade normativa incidente ao caso, os atos de polícia serão: “vinculados por regras (constitucionais, legais ou regulamentares), vinculados por conceitos jurídicos indeterminados (constitucionais, legais ou regulamentares) e vinculados diretamente por princípios (constitucionais, legais ou regulamentares)”.

Até a vigência da LGPD, a atuação do poder de polícia quanto a violações normativas que envolvessem a seara da proteção de dados pessoais era ditada por atos “vinculados diretamente pelos princípios” como os da proteção à imagem, à honra e a vida privada e à “regras legais” como as já citadas no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor.

Contudo, o aumento da complexidade e das incertezas que cercam nosso cotidiano, especialmente quanto a evolução tecnológica, pressionou os legisladores a vincular esses atos por lei e regulamentos de forma a ditar regras, novos conceitos e princípios específicos quanto ao tema.

A LGPD, a Norma de Dosimetria (Resolução CD/ANPD nº 1/2023) e a Resolução CD/ANPD nº 1/2021 formam a base do arcabouço normativo relacionado à proteção de dados pessoais e, se margens de avaliação para a atuação da Administração ainda permanecem, houve diminuição substancial na zona de incerteza quanto a temática, o que tornou a atuação do poder de polícia funcionalmente mais adequado, permitindo a tomada de decisões por uma entidade dotada de legitimidade política, capacitação técnica e controlabilidade jurídica, no caso a Agência Nacional de Proteção de Dados.

Como vimos, em se tratando da proteção de dados a temática das sanções está prevista nos arts. 52 a 54 da LGPD e, ainda, em disposições infralegais. Dentre essas devemos destacar a Resolução CD/ANPD Nº 4º de 24 de fevereiro de 2023.

Conhecida como “*Norma de Dosimetria*”, o regulamento visa estabelecer parâmetros para a aplicação de sanções administrativas pela ANPD, bem como as formas e o método para o cálculo do valor de punições pecuniárias. Se trata da

implementação de uma visão pragmática na medida em que regulamentos setoriais, editados por um órgão especializado, nascem com maior legitimidade posto que tendem promover uma maior eficiência administrativa, trazendo respostas mais adequadas e ágeis às demandas de todas as partes interessadas.

O art. 3º da Resolução nº 4/2023, traz o rol de punições que são:

- I - advertência, nos termos do art. 9º deste Regulamento;
 - II - multa simples, nos termos dos arts. 10 a 15 deste Regulamento;
 - III - multa diária, nos termos do art. 16 deste Regulamento;
 - IV - publicização da infração, após devidamente apurada e confirmada a sua ocorrência, nos termos dos arts. 20 e 21 deste Regulamento;
 - V - bloqueio dos dados pessoais a que se refere a infração, até a sua regularização, nos termos do art. 22 deste Regulamento;
 - VI - eliminação dos dados pessoais a que se refere a infração, nos termos do art. 23 deste Regulamento;
 - VII - suspensão parcial do funcionamento do banco de dados a que se refere a infração, nos termos do art. 24 deste Regulamento;
 - VIII - suspensão do exercício da atividade de tratamento dos dados pessoais a que se refere a infração, nos termos do art. 25 deste Regulamento; e
 - IX - proibição parcial ou total do exercício de atividades relacionadas a tratamento de dados, nos termos do art. 26 deste Regulamento.
- (BRASIL, 2023, Art. 3º)

O rol não é taxativo posto que, o §1º do art. 5º do mesmo regulamento afirma a possibilidade de adoção de outras medidas sejam previstas na LGPD ou demais regulamentos em vigor⁹.

O mesmo artigo ainda afirma que as sanções de suspensão ou proibição do exercício de atividade só serão aplicadas caso as penas de multa, publicização da infração e eliminação de dados pessoais já tenham sido aplicadas anteriormente.

O §1º do art. 52 da LGPD prevê que as sanções serão aplicadas mediante processo administrativo com garantias de ampla defesa e que essas punições são aplicadas de forma gradativa conforme critérios de gravidade, boa-fé, condição econômica, reincidência, entre outros. Terminologias que a norma de dosimetria escolheu repetir em seu art. 5º.

Analizados em conjunto vemos que os artigos acima estão de acordo com a afirmação da Binenbojm quando diz: “qualquer majoração, redução ou substituição na sanção aplicável a determinada situação deve ser concebida, por tanto, não apenas como

⁹ Art. 5º, §1º da Resolução CD/ANPD Nº 4, de 24 de fevereiro de 2023: “A aplicação de sanção não exclui a possibilidade de adoção de outras medidas administrativas pela ANPD, previstas na LGPD, e no Regulamento do Processo de Fiscalização e do Processo Administrativo Sancionador, aprovado pela Resolução CD/ANPD nº 1, de 28 de outubro de 2021, e nas demais disposições legais e regulamentares em vigor, para garantir a conformidade do infrator à legislação de proteção de dados pessoais.”

solução para um caso concreto, mas em seus potenciais efeitos dinâmicos e sistêmicos, tendo em vista o sentido dos incentivos gerados para a conformação de comportamentos futuros.” (BINENBOJM, 2016, p. 80), ou seja, a indução a comportamentos socialmente desejáveis é o objetivo primordial da sanção e deve levar em conta aspectos sociais e econômicos gerados.

Uma das possibilidades de sanção, em casos extremos, é a proibição total do exercício de determinada atividade. Isso se dá quando medidas menos restritivas como imposições de limites, de ônus e de sujeições não são suficientes para o alcance dos objetivos previstos pelo arcabouço normativo. Notadamente, se essas atividades gozam de proteção constitucional especial, é porque o constituinte entendeu que a interrupção destas causa prejuízos maiores à sociedade que o descumprimento de uma legislação específica, cabendo à Administração encontrar outros mecanismos que conduzam a atividade à legalidade.

Além de não gozarem de proteção constitucional especial, para a proibição total da atividade a doutrina afirma ainda que estas: forem instituídas por lei e se for observado um juízo de proporcionalidade na adoção da medida extrema. Para ser considerada proporcional a medida deve ser apta a alcançar seu objetivo (juízo de adequação), demais meios menos gravosos de ação devem ter se provado ineficazes (juízo de necessidade), além de uma análise de custo-benefício que considere os impactos causados pela medida na prática considerando seus potenciais efeitos sistêmicos (BINENBOJM, 2016, p. 97).

Em consonância com a doutrina, o Capítulo II da Resolução CD/ANPD Nº 4 (Regulamento de Dosimetria) trata da aplicação de sanções administrativas quanto a não observância das regras previstas na LGPD. Em seu art. 3º, IX é prevista a possibilidade de proibição parcial ou total de atividades relacionadas a tratamento de dados. O §1º do mesmo artigo ainda prevê uma hierarquia entre sanções, na medida em que penas de suspensão ou proibição só são possíveis caso as sanções de multas, publicização da infração e bloqueio de dados pessoais não tenham sido suficientes¹⁰.

O dispositivo supracitado encontra complemento pelo art. 26 do mesmo regulamento quando este afirma que as punições de proibição total e parcial são aplicáveis nos casos de:

¹⁰ Art. 3º, IX, §1º da Resolução CD/ANPD Nº 4, de 24 de fevereiro de 2023: “§ 1º As sanções previstas nos incisos VII, VIII e IX do caput deste artigo somente serão aplicadas após já ter sido imposta ao menos uma das sanções de que tratam os incisos II, III, IV, V e VI do caput deste artigo para o mesmo caso concreto.”

I - reincidência em infração punida com suspensão parcial do funcionamento de banco de dados ou suspensão do exercício de atividade de tratamento de dados pessoais;

II - ocorrer tratamento de dados pessoais com fins ilícitos, ou sem amparo em hipóteses legais;

III - ou o infrator perder ou não atender as condições técnicas e operacionais para manter o adequado tratamento de dados pessoais. (BRASIL, 2023, Art. 26)

Já o art. 27 da Norma de Dosimetria discorre especificamente sobre o Atendimento ao Princípio da Proporcionalidade *Strictu Sensu* quando dá a Administração a possibilidade de avaliar o custo benefício das sanções aplicadas quando “for constatado prejuízo à proporcionalidade entre a gravidade da infração e a intensidade da sanção” e ainda, em seu parágrafo único afirma que a decisão deve demonstrar “a necessidade e adequação da medida imposta, a desproporcionalidade constatada, o interesse público a ser protegido e os parâmetros adotados na aplicação da sanção, consideradas as consequências práticas da decisão”.

Assim, é perceptível que a gradação das sanções nas normas de proteção de dados pessoais respeita os juízos de adequação e necessidade na medida em que levam em consideração a gravidade da infração cometida e preveem aplicação gradativa em casos de reincidência, além de possibilitarem a avaliação de potenciais efeitos sistêmicos das sanções impostas.

Como afirma Binenbojm “fiscalizar é verificar, por qualquer meio ou processo, a juridicidade do exercício de atividades privadas sujeitas ao poder de polícia” devendo haver normas expressas para seu exercício ou algo implícito nas competências de órgão da Administração (BINENBOJM, 2016, p. 102).

Em se tratando de proteção de dados pessoais, o legislador concedeu à Agência Nacional de Proteção de Dados (ANPD), conforme art. 55-J, IV da LGPD, a competência para “fiscalizar e aplicar sanções em caso de tratamento de dados realizado em descumprimento à legislação, mediante processo administrativo que assegure o contraditório, a ampla defesa e o direito de recurso”. Para tal o órgão expediu a Resolução CD/ANPD nº 1/2021 em que “aprova o regulamento do processo de fiscalização e do processo administrativo sancionador no âmbito da Autoridade Nacional de Proteção de Dados”.

A fiscalização pode ser preventiva, quando acontece de forma aleatória ou com periodicidade determinada ou repressiva quando é iniciada após a ocorrência de uma

infração administrativa ou na iminência dela, cabendo a Administração interromper ao ato ilícito (PENHA, 2020, p. 13).

No âmbito da proteção de dados pessoais a fiscalização preventiva está regulamentada na Resolução nº 1/2021 da ANPD, em especial no art. 2º quando este afirma que “a fiscalização compreende as atividades de monitoramento, orientação e atuação preventiva, conforme os procedimentos previstos neste Regulamento”.

O referido artigo encontra complemento no §3º do art. 15 que afirma:

A atividade preventiva consiste em uma atuação baseada, preferencialmente, na construção conjunta e dialogada de soluções e medidas que visam a reconduzir o agente de tratamento à plena conformidade ou a evitar ou remediar situações que possam acarretar risco ou dano aos titulares de dados pessoais e a outros agentes de tratamento. (BRASIL, 2021, Art. 2º)

O art. 15 da Resolução nº 1/2021 reafirma a competência da ANPD para adotar atividades de monitoramento, de orientação e de prevenção no processo de fiscalização, além de poder para iniciar a atividade repressiva (sanções propriamente ditas), o que só é viabilizado pelo seu art. 5º, II, quando dispõe sobre o acesso a instalações, sistemas, recursos tecnológicos, além da possibilidade de determinação de auditorias¹¹.

Há ainda a possibilidade de adoção de medidas cautelares quando há risco real ou iminente de danos graves e de difícil reparação à coletividade. Como exemplo, trazemos a Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 6561-MC) em que a Secretaria Estadual de Segurança do Estado do Tocantins pretendia criar um Cadastro Estadual de Usuários Dependentes de Drogas, com base na Lei Estadual 3.528/2019 e munido de informações decorrentes de registros de ocorrência policial. A atuação ficaria marcada por usurpar a competência da União e ferir uma série de direitos fundamentais como o devido processo legal, o direito à intimidade e à vida privada sem previsão de nenhum protocolo para a proteção e tratamento desses dados.

Quanto às sanções punitivas temos que, por atingirem direitos fundamentais de particulares, possuem o objetivo de, em obediência à lógica garantística da Constituição, estimular o jurisdicionado a optar por práticas condizentes com a lei e o sistema de princípios de proteção dos administrados.

Embora tratemos aqui de punições administrativas, os limites impostos a práticas indevidas são similares aos do Direito Penal. Dessa forma, o Direito

¹¹ Art. 5º, II da Resolução CD/ANPD Nº 1, de 28 de outubro de 2021: “permitir o acesso às instalações, equipamentos, aplicativos, facilidades, sistemas, ferramentas e recursos tecnológicos, documentos, dados e informações de natureza técnica, operacional e outras relevantes para a avaliação das atividades de tratamento de dados pessoais, em seu poder ou em poder de terceiros.”

Administrativo Sancionador deve se submeter ao devido processo legal, contraditório, ampla defesa, à legalidade, a segurança jurídica, irretroatividade, presunção de inocência, licitude da prova, culpabilidade, pessoalidade da pena, individualização e proporcionalidade da sanção, entre outros (JUSTEN FILHO, 2015, p. 665).

Ao tratarmos de Direito Penal o Princípio da Legalidade possui relevância destacada, posto que, este é visto sob o prisma da tipicidade e da culpabilidade. Disposto no art. 5º, XXXIX Constituição Federal, o princípio afirma: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

Como critério de diferenciação, temos que no direito penal se exige descrição exauriente de todos os tipos em todos os seus elementos, ou seja, sob a esfera criminal incide a regra da legalidade estrita já que, por tratar da ordenação de condutas do cidadão, o legislador deve esgotar o tema em projeto de lei que seguirá a via do procedimento legislativo ordinário (BINENBOJM, 2016, p. 106).

Contudo, o Direito Administrativo Sancionatório atua em condições mais restritas, envolvendo matérias de maior complexidade técnica. Logo, o legislador costuma propor linhas gerais de organização e procedimentos para órgãos sancionadores, além da previsão de parâmetros mínimos para pautar a aplicação concreta pela Administração.

Levando essas ponderações à Proteção de Dados Pessoais, temos que a LGPD traz consigo direitos, obrigações, fundamentos e princípios específicos, além de conceitos familiares a essa área de especialidade, porém alheios à média dos cidadãos. O Capítulo VIII da lei (Das Sanções Administrativas) enumera as espécies de punição e exaltam as garantias constitucionais ao assegurar o procedimento administrativo prévio e oportunizar o contraditório, a ampla defesa além de enumerar critérios a serem considerados em juízo de proporcionalidade (art. 52, §1º). Em seu art. 53 o legislador reconhece que trata de assunto que demanda certo grau de especialização, abrindo a possibilidade de regulamentos sobre o tema mediante consulta pública, o que foi feito para a edição da Norma de Dosimetria (Resolução 04/2023).

Grande parte das sanções administrativas se dá na forma de multas, mas nada obsta medidas como cassação de licenças, suspensão ou interdição de atividades, a proibição de contratar com o Poder Público e etc. Na LGPD não é diferente, o art. 3º da Resolução nº 4/2023 da ANPD elenca sanções pecuniárias como advertência, multa simples, multa diária, mas também busca outras formas de desincentivar práticas inadequadas quando, em seu art. 3º, traz as penas de publicização da infração, bloqueio

dos dados pessoais, eliminação dos dados pessoais, suspensão parcial do funcionamento do banco de dados, suspensão do exercício da atividade de tratamento dos dados, proibição parcial ou total do exercício de atividades relacionadas a tratamento de dados.

A Norma de Dosimetria (Resolução CD/ANPD 4/2023) também se preocupou em assegurar a proporcionalidade das penas aplicadas ao trazer parâmetros e critérios para a definição da sanção (art. 7º), ao classificá-las em graus de gravidade (art. 8º, caput) e ao criar uma condicionante para as penas de suspensão e proibição do exercício da atividade de tratamento de dados (art. 3º, §1º).

As sanções são aplicadas após o término de um processo administrativo, caso se confirme a infração e a responsabilidade do agente. Contudo, além da inexistência de infração ou de responsabilidade do agente há a possibilidade de prescrição, arquivamento por falta de provas, prescrição ou acordos (substitutivos ou integrativos).

Quanto aos acordos, temos que a promoção da consensualidade visa aumentar a efetividade do cumprimento das normas, reduzindo tempo e custo, na medida em que uma relação de custo-benefício seja vantajosa aos objetivos da Administração, conforme preconiza o art. 26 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, ou seja, buscando uma “solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais” que descreva claramente as “obrigações entre as partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento”.

Por se tratar de arcabouço legal recente, jurisprudências ligadas à temática de proteção de dados pessoais e resolvidas por acordo substitutivo e integrativo tem sua busca dificultada, contudo, considerando as vantagens possíveis e a disseminação da consensualidade como tendência internacional não há razões que obstem sua aplicação.

CONCLUSÃO

Os dados se tornaram um bem valioso na medida em que informações como padrões de consumo e preferências pessoais puderam ser convertidas em lucro, por meio de análises estatísticas e operações virtuais. Dessa forma, o legislador se viu compelido a regulamentar direitos e obrigações para o tratamento desse bem de forma a dar segurança jurídica tanto para o indivíduo quanto para incentivar investimentos que promovam a geração de riquezas.

Considerando o ainda curto período de vida da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), em especial se considerarmos que os arts. 52 a 54 (que trata de sanções) somente passaram a ter vigência em agosto de 2021, a impressão é a de que tanto a

Agência Nacional de Proteção de Dados (ANPD) quanto as entidades públicas e a sociedade civil seguem se estruturando em busca de um melhor cumprimento de suas normas.

Contudo, com o tempo decorrido para a adequação de controladores, operadores e titulares de dados pessoais já há sinais de que a compreensão da dimensão das mudanças trazidas pelo novo arcabouço legal responde ao estímulo que se pretendia quando de sua concepção.

Como vimos, esse processo indutivo com vistas ao incentivo de comportamentos não é um movimento isolado, mas uma consequência de esforços realizados ao longo da história recente para a consolidação de um novo Poder de Polícia. Poder esse que encontra na Constituição Federal tanto suas atribuições fiscalizatórias/sancionatórias, quanto seus limites.

No que tange à Proteção de Dados Pessoais, o Poder de Polícia é exercido pela ANPD por meio de aplicação de sanções após apreciar de forma criteriosa e proporcional circunstâncias como: a gravidade e a natureza das infrações e dos direitos afetados, a condição econômica e a cooperação do infrator, o grau do dano, a adoção de política de boas práticas e governança e de medidas corretivas.

Considerando tais parâmetros, vimos que, além de regulamentar o processo de fiscalização e do processo administrativo sancionador (Resolução CD/ANPD nº 1/2021), a ANPD também instituiu a Norma de Dosimetria (Resolução CD/ANPD nº 4/2023) que instrumentaliza a aplicação de punições por descumprimento à LGPD.

A multiplicidade de atores sociais e a realidade econômica vem moldando os mercados em subsistemas interdependentes (GUERRA, 2015, p. 98). Assim como a análise e participação ativa desses atores foi fundamental para a elaboração desse arcabouço normativo, a certeza quanto ao dinamismo desses subsistemas faz com que um contínuo reequilíbrio entre a realidade socioeconômica e as normas vigentes seja necessário.

A participação do Estado como regulador segue imprescindível nessa realidade, ainda que sua postura tenha se modificado de forma notável. Embora siga possuindo um caráter centralizador, atuando por meio de normas indutoras de comportamento, a Administração não pode se furtar de dialogar com todas as partes interessadas nem de conviver com outras instâncias decisórias.

REFERÊNCIAS

BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação e regulação**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BONNA, Alexandre Pereira... [et al.]. **Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais**. Indaiatuba, SP. Editora Foco, 2022.

BRASIL. ANPD. **ANPD: Balanço 3 anos**, 2023. https://www.gov.br/anpd/pt-br/documentos-e-publicacoes/anpd_balanco_tres_anos.pdf. Acesso em 22 de janeiro de 2024.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei 4060/2012. **Dispõe sobre o tratamento de dados pessoais**. Disponível em <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2083188>>. Acesso em 24 de janeiro de 2024.

CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-Moderno**. Belo Horizonte, MG. Editora Fórum, 2009.

FARIAS, Ricardo Arantes. **Um olhar sobre a consensualidade no processo administrativo sancionador da Agência Nacional de Aviação Civil**. Revista Caderno Virtual, 2020. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/cadernovirtual/article/download/4890/1930>. Acesso em: 25 de janeiro de 2024.

GUERRA, Sérgio. **Discricionariedade, Regulação e Reflexividade**. 3ª. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2015.

LUCENA, Andre. **Breve introdução sobre o contexto histórico da LGPD**. <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/breve-introducao-sobre-o-contexto-historico-da-lgpd/1278813972>. Acesso em 23 de janeiro de 2024.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein. **Poder de Polícia na atualidade**. Belo Horizonte, MG. Editora Fórum, 2014.

NASCIMENTO, Roberta Simões. **Devido Processo Legislativo e Qualidade da Deliberação Legislativa**. Revista Advocacia Aplicada do Poder Legislativo, 2022. Disponível em: https://revista.anpal.org.br/wp-content/uploads/2022/02/Artigo_07_Roberta_Simoes_Nascimento.pdf. Acesso em: 25 de janeiro de 2024.

PARLAMENTO EUROPEU. EUROPARL. **Fichas temáticas sobre a União Europeia - Tratado de Lisboa**. Disponível em <<https://www.europarl.europa.eu/factsheets/pt/sheet/5/it-trattat-ta-lizbona>>. Acesso em 22 de janeiro de 2024.

PENHA, Carlos Eduardo. **A Responsabilidade Civil Estatal por Omissão ou Falha no Dever de Fiscalizar**. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2020. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/222144/001126051.pdf>. Acesso em: 25 de janeiro de 2024.

QUINTILIANO, Leonardo. **Contexto histórico e finalidade da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD)**. <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/contexto-historico-e-finalidade-da-lei-geral-de-protecao-de-dados-lgpd/1203647706>. Acesso em 23 de janeiro de 2024.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo ordenador**. 1ª. ed. 3ª. T. São Paulo: Malheiros, 2003.

SCHWABE, Jürgen; MARTINS, Leonardo. **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005. Acessível em <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/jurisprudencias-e-pareceres/jurisprudencias/docs-jurisprudencias/50_anos_dejurisprudencia_do_tribunal_constitucional_federal_alemao.pdf/view>

UNIÃO EUROPEIA. EUR-LEX. **Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados de 1995**. Disponível em <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:31995L0046>>. Acesso em 22 de janeiro de 2024.