

O “VAZIO REGULAMENTAR” DO ART. 53 E SEUS IMPACTOS NA (IN)EFETIVIDADE DA LGPD

DANIEL FERREIRA

Pós-Doutorado em Direito pelo *Ius Gentium Conimbrigae* - Universidade de Coimbra (UC);
Doutor e Mestre em Direito Administrativo pela PUCSP; Professor Permanente e atual
Coordenador do Mestrado em Direito do UNINTER; parecerista, advogado e árbitro.
E-mail: danielferreira@fkmpm.com; daniel.f@uninter.com

()

LUCIANO ELIAS REIS

Doutor em Direito Administrativo pela Universitat Rovira i Virgili – Espanha. Doutor e
Mestre em Direito Econômico pela PUCPR; Professor de Direito Administrativo do
UNICURITIBA; parecerista e advogado.
E-mail lucianoereis@yahoo.com.br/luciano@rcl.adv.br

SUMÁRIO: Introdução. Rápidas considerações sobre infração e sanção administrativa. Parâmetros legais para futuro e compulsório exercício do dever-poder “regulamentar” visando a eficácia jurídica e social da LGPD na proteção de direitos fundamentais. Ainda que atendidas as disposições dos arts. 52 e 54, o regulamento porventura expedido e destinado à imposição de sanções com base na LGPD persistirá inconstitucional. O que acontece, em termos de responsabilização, enquanto não sobrevier o regulamento apontado no art. 53 da LGPD? Perfunctório exame do caso envolvendo o *Facebook* e o Escândalo da *Cambridge Analytica*. Conclusões provisórias. Referências.

INTRODUÇÃO

A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) tem ensejado grande celeuma desde sua proposição, aprovação e, mais recentemente, com o avizinhamento do termo inicial de sua eficácia jurídica em relação aos seus destinatários, em senso estrito. Nada mais natural, pois essa lei impactará a sociedade, o mercado e a própria Administração Pública, desde simples pessoas que se aventuram por canais no *YouTube* até operadores econômicos, públicos e privados, por conta da coleta e tratamento de dados, e seu descumprimento poderá ensejar seríssimas consequências jurídicas, como multa administrativa de até R\$50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais).

Convém salientar que, desde a sanção da Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, tem-se discutido amiúde, em espaços acadêmicos e profissionais especializados, acerca do seu alcance, do modo de sua implementação, das autoridades públicas responsáveis pela sua

fiscalização, mas pouco ou quase nada em relação à urgentíssima necessidade de sua regulamentação, sem a qual, inclusive, a sua “força vinculante” resta diminuída ao extremo.

Isso talvez se deva, nesta quadra, pela esperança repetidamente renovada de que sua entrada em vigor fosse postergada,¹ salvo em relação às normas que se encontram produzindo efeitos jurídicos ao dispor acerca da criação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) e do Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade (arts. 55-A a 55-L e 58-A e 58-B), atribuindo-lhes competências, conferindo autonomia técnica e decisória à primeira e ditando a forma de composição do segundo.

Com efeito, o Senado Federal aprovou, aos 13 de abril deste ano, o PL1179/2020,² de autoria do Senador Antônio Anastasia – a pretexto de responder aos impactos multifacetários decorrentes da Covid-19, doença causada pelo Sars-Cov-2, que já contaminou mais de dois milhões e meio de pessoa e ceifou centenas de milhares de vidas por todo o mundo³ – e dele consta que a LGPD passará a vigor com a seguinte redação: “Art. 65 – (...) II – 1º de agosto de 2021, quanto aos arts. 52 a 54; III - 1º de janeiro de 2021, quanto aos demais artigos”. De conseguinte, todo o CAPÍTULO VIII - DA FISCALIZAÇÃO, Seção I - Das Sanções Administrativas” da LGPD, se aprovada a proposta (ainda) em tramitação na Câmara dos Deputados,⁴ haveria de ter sua eficácia delongada outra vez, mantendo a hipótese sancionadora em verdadeiro “limbo” jurídico até lá.⁵

Nada obstante, chama atenção o fato de que, para buscar garantir quarentena, isolamento ou distanciamento social⁶ em patamares entendidos adequados – estratégias

¹ A primeira postergação ocorreu por meio da Lei nº 13.853/2019, que alterou a redação do art. 65, inserindo dois incisos, ampliando de 18 (dezoito) para 24 (vinte e quatro) meses a entrada em vigor da LGPD a contar de sua publicação (havida aos 15 de agosto de 2018), à exceção dos arts. 55-A a 58-B, que vigoram desde o dia 28 de dezembro de 2018.

² PL 1179/2020 - Dispõe sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do Coronavírus (Covid-19). Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8093441&ts=1587403353750&disposition=inline>> Acesso: 15 abr. 2020.

³ Disponível em: <<https://coronavirus.jhu.edu/map.html>> Acesso: 23 abr. 2020.

⁴ O referido projeto de lei se encontra na Câmara dos Deputados e está a depender de despacho do presidente da casa para início de tramitação. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2247564>> Acesso: 22 abr. 2020.

⁵ Deixando a segurança jurídica ainda mais prejudicada, por meio da recentíssima Medida Provisória nº 959, de 29 de abril de 2020, alterou-se o inc. II do art. 65 da LGPD *para fixar o dia 3 de maio de 2012 como aquele a partir do qual a lei vigorará*, à exceção dos arts. 55-A a 58-B, que vigem desde 28 de dezembro de 2018. (Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv959.htm> Acesso: 30 abr. 2020.)

Detalhe importante, no caso, é que o sítio oficial não disponibiliza, nesta data, a Exposição de Motivos que, por suposto, motivaria e legitimaria a adoção da medida provisória. (Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/portal-legis/legislacao-1/medidas-provisorias/2019-a-2022>>. Acesso: 30 abr. 2020.)

⁶ **Lei nº 13.979/2020** - Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019.

assumidas como imprescindíveis para contenção artificial da propagação da pandemia, visando evitar o colapso da estrutura hospitalar instalada com Unidades de Terapia Intensiva (UTI) e respiradores, quase que em sua totalidade já ocupados ou voltados à ocupação de pacientes com Síndrome Respiratória Aguda Severa (SARS), por conta do SARS-Cov-2⁷ – governos estão utilizando dados coletados de empresas de telefonia para formação de “mapas de calor”, para fins de controle de aglomerações e da consequente propagação da doença, com atendimento aparentemente antecipado dos preceitos da LGPD. Isso ficou consignado pelo Juiz da 3ª Vara da Fazenda Pública do Foro Central da Comarca de São Paulo, Luis Manuel Fonseca Pires, nos autos de Ação Popular nº 1020192-74.2020.8.26.0053, que “visa suspender os efeitos do acordo entabulado entre o Governador de São Paulo e as operadoras de celular, que estariam fazendo o monitoramento de cidadãos-usuários em situação de aglomeração e repassando os dados às autoridades públicas para fins de impedimento daqueles que estivessem violando a determinação de distanciamento social em época de pandemia ligada à COVID-19”.⁸

Ou seja, em alguma medida certos nichos de Administração Pública parecem ter se antecipado ao esgotamento da *vacatio legis* e estão a confessada e deliberadamente utilizar

Art. 2º Para fins do disposto nesta Lei, considera-se: I - isolamento: separação de pessoas doentes ou contaminadas, ou de bagagens, meios de transporte, mercadorias ou encomendas postais afetadas, de outros, de maneira a evitar a contaminação ou a propagação do coronavírus; e II - quarentena: restrição de atividades ou separação de pessoas suspeitas de contaminação das pessoas que não estejam doentes, ou de bagagens, contêineres, animais, meios de transporte ou mercadorias suspeitos de contaminação, de maneira a evitar a possível contaminação ou a propagação do coronavírus.

⁷ **Coronavírus: após colapso no Ceará, veja a situação do sistema de saúde nos estados mais críticos.** O Globo: Sociedade, 16 abr. 2020. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/sociedade/coronavirus-apos-colapso-no-ceara-veja-situacao-do-sistema-de-saude-nos-estados-mais-criticos-24375780>> Acesso: 19 abr. 2020.

⁸ Eis o teor do despacho que indeferiu a tutela antecipada para suspensão do SIMI-SP (Sistema de Monitoramento Inteligente de São Paulo): “Não diviso, em sede de tutela antecipada, o direito alegado pelo autor. Há informação da autoridade pública (fls. 9-22) de que os dados coletados pelas empresas de telefonia outrora funcionavam para o gerenciamento das operações de telefonia celular, é dizer, captavam as *quantidades* de pessoas utilizando as antenas das operadoras para adequação das instalações físicas de determinadas regiões de acordo com a *demanda*, dados que agora estão sendo utilizados pelas autoridades sanitárias para a formação de “mapas de calor” para fins de controle de aglomerações e da consequente propagação da COVID-19. Tal fato, se verdadeiro, não apresenta risco à privacidade dos cidadãos. Se a coleta é realizada “de forma agregada”, “não são dados individuais, nem pessoais, mas dados estatísticos aglomerados” (fls. 14) e “detecta um número de pessoas desconhecidas e se há uma grande movimentação” (fls. 15), não há que se falar em violação de privacidade do cidadão. Haveria, em verdade, um controle excepcional, por parte do Governo de São Paulo, no combate das aglomerações populacionais e da epidemia como um todo, o que atende às exigências de interesse público quando busca o retardo da proliferação do SARS-CoV-2 e, consequentemente, a superlotação dos leitos de hospitais. *O método utilizado aparentemente baseia-se na Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) e serve, no caso, para o acompanhamento da epidemia, como guia do gestor público na alocação dos recursos para o combate do coronavírus. O direito fundamental à proteção de dados e comunicação telefônica (art. 5o, XII) não é afetado porque nenhuma conversa nem dados pessoais de qualquer usuário são atingidos, apenas, repito, utiliza-se o georreferenciamento, e acresço que não se faz aleatoriamente, mas sim para o planejamento de um programa de saúde pública que objetiva combater a proliferação de uma epidemia no país que por todo o mundo provocou milhares de mortes*.” (Disponível em:

<https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=1H000HDVE0000&processo.foro=53&processo.numero=1020192-74.2020.8.26.0053&uuiidCaptcha=sajcaptcha_f8864df19ee645e0ae1ce685414b61ff> Acesso: 22 abr. 2020. Destacou-se.

dados coletados relativos a pessoas físicas (e jurídicas), porém condicionados à sua anonimização; é dizer, impossibilitando sua associação a elas, para definir as medidas sanitárias de emergência e urgência a serem adotadas com lastro na Lei nº 13.979/2020. Esta lei, de sua parte, fixa que tais medidas “somente poderão ser determinadas com base em evidências científicas e em análises sobre as informações estratégicas em saúde e deverão ser limitadas no tempo e no espaço ao mínimo indispensável à promoção e à preservação da saúde pública” (§1º, art. 3º), o que justifica e reforça o cabimento de uso de dados que não podem ser associados a nenhum indivíduo específico, porque reveladores de informações estratégicas concretas em saúde e imprescindíveis para determinação da medida sanitária cabível, bem como da sua extensão e intensidade.

Nesse sentido, resta difícil, se não mesmo impossível, negar que a LGPD tem paulatinamente alterado paradigmas de atuação no dia-a-dia das pessoas, dos agentes públicos e dos empresários, mas, ainda assim, é de se perguntar, para responder, em sede de “conclusões”, ainda que “provisórias”, pelo menos duas perguntas: (i) a proteção dos dados pessoais, mormente dos intitulados “sensíveis” – a partir da sua coleta e/ou tratamento, constituindo um banco, com ou sem intento de obtenção de vantagem econômica – fica prejudicada por conta da vigência diferida dos arts. 52 a 54 da LGPD no tempo? (ii) por hipótese, mesmo que a LGPD já estivesse vigendo em sua completude, qual seria sua eficácia social enquanto ainda pendente a regulamentação prevista para seu art. 53?

O escopo deste artigo é contribuir para reflexões voltadas ao oferecimento de tais respostas, sem, todavia, a pretensão de esgotar todas as possibilidades investigativas ou de garantir definitividade tanto dos argumentos esposados no seu desenvolvimento ou das considerações conclusivas ao final apresentadas.

Rápidas considerações sobre infração e sanção administrativa

O ilícito administrativo (ou infração administrativa, aqui tomados como sinônimos) consiste no “comportamento voluntário, violador da norma de conduta que o contempla, que enseja a aplicação, no exercício da função administrativa”,⁹ de uma sanção da mesma natureza.

A utilidade dessa delimitação conceitual reside no fato de assim se diferenciar a infração administrativa do ilícito penal e do ilícito civil, posto que sua apuração se dá por autoridade distinta, sob regime jurídico diverso: no primeiro caso, pela autoridade administrativa consoante as regras e princípios do Direito Administrativo Sancionador; nos

⁹ FERREIRA, Daniel. **Sanções administrativas**. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. p. 63.

demais, pela autoridade judiciária, com suporte basilar nos códigos de Direito Penal (e de Processo Penal) e Civil (e de Processo Civil), respectivamente.

O fator de distinção entre os ilícitos não reside na qualidade ou gravidade da violação à ordem jurídica, porém assim se revela mediante consideração da autoridade competente para impor a sanção em cada caso. Isso se presta, além disso, para apartar o ato de improbidade administrativa das infrações administrativas propriamente ditas, sem prejuízo de se assumir a necessidade de manejo das regras e princípios do regime jurídico-administrativo para o reconhecimento daquela, porém, repita-se, pelo Estado-Juiz (parágrafo único do art. 12 da Lei 8.429/1992); e não pelo Estado-Administração.¹⁰ Sintetizando, é a função desempenhada pela autoridade que dita tratar-se de infração-sanção administrativa ou de natureza diversa.

O reconhecimento do regime jurídico aplicável a cada situação examinada não é um mero capricho, mas sim *conditio sine qua non* para a aplicação escoreta da lei, mormente para apartar um dado instituto jurídico de outro, a despeito de *nomen iuris* equivocado porventura empregado no texto jurídico.

Posto isso, distinguir entre infração administrativa e dano e, ainda, entre sanção administrativa e indenização decorrente de dano, originada na não observância da LGPD, faz-se imperativo e afasta qualquer impressão de tratar-se de retórica abusiva ou rotulagem. Celso Antônio Bandeira de Mello, cômico de sua inexorabilidade, sempre retratou a indispensabilidade de se conhecer o regime jurídico para a compreensão de um instituto jurídico:

Se o que importa ao jurista é determinar em todas as hipóteses concretas o sistema de princípios e regras aplicáveis – quer seja a lei clara, obscura ou omissa –, todos os conceitos e categorias que formule se justificam tão-só na medida em que através deles pressione logicamente uma determinada unidade orgânica, sistemática, de normas e princípios. A razão de ser destes conceitos é precisamente captar uma parcela de regras jurídicas e postulados que se articulam de maneira a formar uma individualidade.¹¹

Por uma questão didática e de apego a um critério científico, estratifica-se o conceito de infração administrativa para que se possa permitir a conferência, em cada caso concreto, se efetivamente ocorreu, ou não, comportamento reprovável de alguém (pessoa física ou pessoa jurídica) perante a Administração Pública, à luz da Constituição da República. Destarte, adota-se o conceito analítico (estratificado) que apresenta a infração administrativa em camadas, por partes, no sentido de que, para haver infração administrativa *in concreto* é preciso constatar-se,

¹⁰ Em sentido contrário: OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p.169-172.

¹¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 91.

sucessivamente e na ordem, (i) *conduta* – ação dirigida a um fim, de uma pessoa física ou imputável a uma pessoa jurídica; (ii) tipicidade, da conduta, que pode ser objetiva e exigir tão-só voluntariedade no atuar; (iii) antijuridicidade (da conduta típica, que deve afigurar-se contrária ao Direito e não apenas à norma) e (iv) *reprovabilidade* pela Administração Pública, por conta de a conduta ter se mostrado típica e antijurídica e não haver nenhuma outra causa justificável de inexigibilidade de conduta diversa no caso examinado.¹² A utilização dessa ferramenta investigativa, adaptada do Direito Penal, “permite a exata compreensão ‘de o porquê’, ‘de quando’ e ‘de como’ a sanção administrativa se justifica e impõe em cada caso”.¹³

Assim sendo, infere-se que na falta de comprovação empírica da existência do primeiro estrato nem é preciso seguir na investigação do segundo e assim por diante, o que facilita o atuar de quem incumbido de apuração do ilícito e/ou da imposição da sanção administrativa, bem como da própria defesa, de modo a atender aos reclamos dos princípios da razoável duração do processo, da eficiência, do devido processo legal e mesmo da dignidade da pessoa humana, dentre outros. Pode-se dizer, assim, que o raciocínio adotado assemelha-se àquele empregado na análise e aplicação da regra da proporcionalidade, como vislumbrada por Robert Alexy, uma vez que somente se passará para o segundo critério após o teste de verificação.¹⁴ Enquanto na teoria da proporcionalidade adota-se a calibragem para aferir qual a melhor saída diante das circunstâncias concretas, por meio da aplicação da ferramenta intitulada “teoria geral da infração administrativa” a existência devidamente comprovada de um estrato é que avalizará a necessidade-utilidade dos testes subsequentes.

No caso da LGPD, como seu art. 53 pende de forçosa regulamentação,¹⁵ inexistente possibilidade jurídica de imposição de sanção administrativa válida tendo por pressuposto de

¹² FERREIRA, Daniel. **Teoria geral da infração administrativa a partir da Constituição Federal de 1988**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

¹³ FERREIRA, Daniel. *Infrações e sanções administrativas*. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). **Tomo: Direito Administrativo e Constitucional**. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/107/edicao-1/infracoes-e-sancoes-administrativas>>. Acesso: 21 abr. 2020.

¹⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 90. Sobre o assunto, vide, também: ALEXY, Robert. *On balancing and subsumption. A structural comparison*. **Ratio Juris**. v.16. 2003, p. 433-449; GRIMM, Dieter. *Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence*. **University of Toronto Law Journal**. v.57. 2007, p. 383-397; LEAL, Fernando. Racional ou Hiper-racional? A ponderação de princípios entre o ceticismo e o otimismo ingênuo. **A&C - Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, n. 58, p. 177-209, out./dez. 2014.

¹⁵ Art. 53. A autoridade nacional definirá, por meio de regulamento próprio sobre sanções administrativas a infrações a esta Lei, que deverá ser objeto de consulta pública, as metodologias que orientarão o cálculo do valor-base das sanções de multa.

§ 1º As metodologias a que se refere o caput deste artigo devem ser previamente publicadas, para ciência dos agentes de tratamento, e devem apresentar objetivamente as formas e dosimetrias para o cálculo do valor-base das

fato o descumprimento de suas normas, o que se revela pela circunstância de que ainda não há regras jurídicas específicas tipificando as condutas contrárias aos comandos da própria lei como infrações administrativas (= condutas, típicas, antijurídicas e *reprováveis administrativamente nos termos do art. 52*). Afinal, “a reprovação reflete o fato de que o sujeito infrator poderia ter adotado providência diversa, motivando-se na norma ou desestimulando-se pela normativamente prometida sanção”.¹⁶ Por enquanto, o que há, de concreto, é notícia – na lei – de que seu descumprimento *poderá vir a ensejar* a imposição de sanção administrativa de multa milionária, o que, a olhos vistos, não tem constrangido grande parte dos destinatários da norma ao seu cumprimento.

Imbricada com a infração administrativa está a sanção correlata, assumida como consequência direta e imediata do enquadramento de alguém naquela. Infração e sanção são, à toda evidência, institutos interligados, numa relação de antecedente-consequente, salvo quando a legislação permitir solução diversa, como a firmação de um acordo substitutivo de sanção para assim reintegrar a ordem jurídica violada satisfazendo as finalidades públicas,¹⁷ de um modo menos gravoso e voltado ao consenso.

Não há, todavia, como se cogitar de responsabilização administrativa sem que tenha havido uma provada infração, de idêntica natureza, como advertem Heraldo Garcia Vitta e Rafael Munhoz de Mello,¹⁸ ainda mais quando se assume, com suporte em Celso Antônio Bandeira de Mello, que

(...) a previsão de sanções (administrativas, administrativas fiscais ou penais) aplicáveis aos transgressores do comando normativo existe precisamente para atemorizar possíveis infratores, estimulando-os, dessarte, a ajustarem seus comportamentos aos padrões admitidos ou desejados pela regra do direito. Assim, o pressuposto inafastável dos apenamentos (“lato sensu”) é o de que exista a possibilidade dos sujeitos optarem por adotar conduta que os ponha seguramente a salvo da incursão na figura infracional; ou seja: cumpre que possam evitar o risco da sanção e, ao menos por força disto (se por outra razão não for), abstenham-se de incidir no comportamento profligado pelo Direito.”¹⁹

sanções de multa, que deverão conter fundamentação detalhada de todos os seus elementos, demonstrando a observância dos critérios previstos nesta Lei.

§ 2º O regulamento de sanções e metodologias correspondentes deve estabelecer as circunstâncias e as condições para a adoção de multa simples ou diária.

¹⁶ FERREIRA, Daniel. **Teoria geral da infração administrativa a partir da Constituição Federal de 1988**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008. p. 297.

¹⁷ PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e acordo na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 263-302.

¹⁸ VITTA, Heraldo Garcia. **A sanção no Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 66; MUNHOZ DE MELLO, Rafael. **Princípios constitucionais de Direito Administrativo Sancionador**. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 82.

¹⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Ilícito tributário. **Revista de Direito Tributário**, v. 62. São Paulo: Malheiros Editores. p. 25.

Logo, a finalidade da sanção administrativa – seja ameaçando, *in potentia*; seja respondendo com a imposição de uma medida restritiva de direitos, em concreção – é “desestimular condutas administrativamente reprováveis”,²⁰ o que aparentemente explica a baixa eficácia social (ou efetividade) da LGPD até o momento, ao que se soma a eficácia jurídica diferida no tempo em relação à maioria de seus preceitos. E para que não parem dúvidas, afirma-se haver

(...) um segundo sentido de eficácia, em direito: **o que designa a aptidão da norma jurídica para produzir efeitos na realidade social, ou seja, para produzir, concretamente, condutas sociais compatíveis com as determinações ou os valores consagrados no preceito normativo.** Aqui a eficácia da norma de direito é fenômeno que se passa, não no plano puramente formal [eficácia jurídica], mas no mundo dos fatos e por isso mesmo é denominada de eficácia social ou efetividade. **Uma norma pode, destarte, ser juridicamente eficaz, sem, no entanto, ser socialmente eficaz,** como observou José Afonso da Silva. (...) **a eficácia social da norma jurídica está vinculada a dois referenciais: o conteúdo normativo (o dever-ser) de um lado e, de outro, as condutas sociais (o ser). A norma será tanto mais eficaz quanto maior for a atração que o plano da normatividade exercer sobre o plano da realidade.**²¹

Com tais considerações sedimentadas é possível passar ao exame do regulamento necessário, em matéria de infrações e de sanções administrativas, como explicitamente exigido na LGPD.

Parâmetros legais para futuro e compulsório exercício do dever-poder “regulamentar” visando a eficácia jurídica e social da LGPD na proteção de direitos fundamentais

Como anunciado adrede, para fins de imposição de sanção administrativa, por violação às disposições da Lei nº 13.709/2018, será preciso que a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) expeça regulamento executivo, i.e., para sua fiel execução, precisando e padronizando os procedimentos que deverão ser adotados²² em face de seu descumprimento, bem como estabelecendo os parâmetros e limites para sua fixação em pecúnia, em termos qualitativos e quantitativos.

Todavia, isso somente poderá ser levado a cabo após consulta e audiência públicas, orientadas a partir de análises preliminares de impacto regulatório, aparentemente numa deliberada, explícita e elogiável tentativa de democratização da ação estatal,²³ em espaço tão

²⁰ FERREIRA, Daniel. **Sanções administrativas**. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. p. 44. Em idêntico sentido: VITTA, Heraldo Garcia. **A sanção no Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 66.

²¹ ZAVASCKI, Teori Albino. Eficácia social da prestação jurisdicional. **R. Fac. Direito UFRGS**, Porto Alegre, 9(1): 248-253, nov. 1993. p. 248-249 - destacou-se.

²² MOTTA, Fabrício. **Função normativa da Administração Pública**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007. p. 161.

²³ Art. 53. A autoridade nacional definirá, por meio de regulamento próprio sobre sanções administrativas a infrações a esta Lei, **que deverá ser objeto de consulta pública**, as metodologias que orientarão o cálculo do

crítico e sensível, qual seja, àquele dedicado ao Direito Administrativo Sancionador imbricado com a LGPD. Portanto, com direitos fundamentais das vítimas, em potencial, do uso marginal de dados pessoais, sensíveis ou não, merecendo destaque os de liberdade e de privacidade, bem como o livre desenvolvimento da personalidade, não por acaso indicados como o próprio “objeto de proteção” da lei (art. 1º, *caput*).

Em lembrança, a lei prescreveu – nos incisos do art. 52 – que os agentes de tratamento de dados podem ser sancionados mediante: (i) advertência, com indicação de prazo para adoção de medidas corretivas; (ii) multa simples, de até 2% (dois por cento) do faturamento da pessoa jurídica de direito privado, grupo ou conglomerado no Brasil no seu último exercício, excluídos os tributos, limitada, no total, a R\$50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais) por infração; (iii) multa diária, observado o limite total anterior; (iv) publicização da infração após devidamente apurada e confirmada a sua ocorrência; (v) bloqueio dos dados pessoais a que se refere a infração até a sua regularização; (vi) eliminação dos dados pessoais a que se refere a infração; (vii) suspensão parcial do funcionamento do banco de dados a que se refere a infração pelo período máximo de 6 (seis) meses, prorrogável por igual período, até a regularização da atividade de tratamento pelo controlador; (viii) suspensão do exercício da atividade de tratamento dos dados pessoais a que se refere a infração pelo período máximo de 6 (seis) meses, prorrogável por igual período; (ix) proibição parcial ou total do exercício de atividades relacionadas a tratamento de dados.

Como se verifica, as sanções administrativas cominadas na legislação nacional são severas e a depender da intensidade e da metodologia encampadas na sua regulamentação, relativamente a multas – pelo menos, por apenas a esse aspecto fazer aspecto referir o *caput* do art. 53 –, elas se provarão mais ou menos desestimuladoras, *in abstracto* e/ou *in concreto*, de comportamentos contrários aos prescritos na LGPD.

De todo modo, o parágrafo único do art. 52 reiterou os deveres constitucionais insculpidos no art. 5º, incs. LV e LV, de obediência ao devido processo legal, ampla defesa e contraditório prévios à aplicação de qualquer sancionamento e, ainda, estatuiu que a responsabilização administrativa no âmbito da LGPD deverá ocorrer de forma gradativa, isolada ou cumulativa, de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas do caso apreciado, ponderando-se acerca de: (i) a gravidade e a natureza das infrações e dos direitos pessoais

valor-base das sanções de multa. (...)

Art. 55-J. Compete à ANPD: (...)

§ 2º Os regulamentos e as normas editados pela ANPD devem ser precedidos de consulta e audiência públicas, bem como de análises de impacto regulatório. (destacou-se.)

afetados; (ii) a boa-fé do infrator; (iii) a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator; (iv) a condição econômica do infrator; (v) a reincidência; (vi) o grau do dano; (vii) a cooperação do infrator; (viii) a adoção reiterada e demonstrada de mecanismos e procedimentos internos capazes de minimizar o dano, voltados ao tratamento seguro e adequado de dados, em consonância com o disposto no inc. II do § 2º do art. 48; (ix) a adoção de política de boas práticas e governança; (x) a pronta adoção de medidas corretivas; e (xi) a proporcionalidade entre a gravidade da falta e a intensidade da sanção.

Tais critérios, à toda obviedade, deverão ser previstos e, pois, sustenta-se, adicionalmente internalizados em regulamento, podendo ser o mesmo que estipulará “as metodologias que orientarão o cálculo do valor-base das sanções de multa”, de modo a também observar as regras estabelecidas no art. 22 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB – Decreto-lei nº 4.657/42), as quais entoam a imperiosidade de se avaliar a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes. Logo, praticamente determinando a individualização da sanção por parte da ANPD em cada oportunidade, o que não inibe o dever-poder de se diminuir a generalidade e abstração da referida lei, afunilando-se as margens legais de atuação concreta a partir de parâmetros objetivos e estabelecidos *ex ante*, com vistas a conferir tratamento isonômico e padronizado, no que couber.

Em que pese todo este panorama, o art. 53 ainda previu a expedição futura de um regulamento próprio sobre sanções administrativas a infrações da LGPD, com prévia manifestação popular, no qual se aporte as metodologias a orientar o cálculo do valor-base das sanções de multa. Antes de adentrar a dito regulamento, faz-se necessário devotar um pouco de tempo para perquirição do regulamento “necessário” em sede de sanções e infrações administrativas.

Ainda que atendidas as disposições dos arts. 52 e 54, o regulamento porventura expedido e destinado à imposição de sanções com base na LGPD persistirá inconstitucional

No regime de sujeição especial, voluntário e que se forma mediante um vínculo particular de subordinação (como o que se propõe em relação a servidores e a contratados do poder público), admite-se a possibilidade de a infração ser (mais bem) detalhada objetivamente por meio de ato infralegal, como o regulamento geral (da repartição) e a minuta de contrato. Isso não briga com a legalidade (*lato sensu*) e, ao contrário, garante atenção ao princípio da certeza no direito, na medida em que por meio dele se esclarece, com precisão adequada e de

forma intelegível, quais os comportamentos proibidos e obrigatórios, de modo a permitir ao destinatário decidir por (não) amoldar seu comportamento à pretensão normativa a partir do justo receio de sancionamento previamente conhecido. Daí que surge a figura do “regulamento necessário”, aquele imprescindível para mitigar descabida generalidade e abstração da lei em se tratando de Direito Administrativo Sancionador.²⁴

Diferentemente, nas relações de sujeição geral, firmadas por força de lei, tão-só, sua completude é exigida como marco originário de um dever de agir (por ação ou por omissão), ao qual se engancha, nela própria, as sanções imponíveis por conta do seu descumprimento previamente objetivado e tipificado. Nesta hipótese, não se admite a outorga de competência regulamentar para inovação da ordem jurídica “em caráter inicial”, muito embora ainda assim o regulamento possa se apresentar como “necessário”, em particular para esclarecer, fixando e previamente, o sentido, conteúdo e alcance de conceitos jurídicos indeterminados ou de valor. Como feito por Luis Manuel Fonseca Pires, sustenta-se que

Tanto a *hipótese de fato* quanto a *finalidade* da norma jurídico-administrativa, em se tratando de matéria de direito administrativo sancionador, ensejam apenas e tão somente a *interpretação jurídica*. A rigorosa exigência constitucional de que a infração e a pena sejam previstas em *lei*, e só por *lei* (art. 5º, XXXIX), afasta qualquer possibilidade de a Administrador fazer juízos discricionários sobre certo fato qualificar-se, ou não, como uma infração administrativa, ou sobre quais, das penas previstas em lei, devem ser aplicadas (...).²⁵

A partir desse cenário, o exame da LGPD apresenta-se ainda mais complexo, dado que a competência para regulamentação sancionadora foi atribuída *transitoriamente* a órgão subalterno por ela criado – ainda que integrante da Presidência da República²⁶ –, ao qual se assegurou autonomia técnica e decisória,²⁷ enquanto não criada a autarquia em regime especial (agência reguladora) que provavelmente o sucederá e que, de modo bastante distinto, sujeitar-

²⁴ FERREIRA, Daniel. Infrações e sanções administrativas. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). **Tomo: Direito Administrativo e Constitucional**. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/107/edicao-1/infracoes-e-sancoes-administrativas>> Acesso: 21 abr. 2020.

²⁵ PIRES, Luis Manuel Fonseca. **Controle judicial da discricionariedade administrativa**: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas. 3. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2017. p. 189.

²⁶ Constituição Federal

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: (...)

IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução; (...).

²⁷ Art. 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.

§ 1º A natureza jurídica da ANPD é transitória e poderá ser transformada pelo Poder Executivo em entidade da administração pública federal indireta, submetida a regime autárquico especial e vinculada à Presidência da República. (...)

Art. 55-B. É assegurada autonomia técnica e decisória à ANPD.

se-á apenas a supervisão finalística. Tal situação é inadmissível à luz do Direito vigente e o potencial de interferência de órgão superior (ou, em particular, de quem estiver a exercer a titularidade da Presidência da República) junto a subalterno é incontroverso, posto que na organização administrativa desconcentrada persiste a inata subordinação hierárquica.

A concepção jurídico-teratológica da ANPD como órgão administrativo e vinculado à Presidência da República avulta quando se observa, com detença mínima, a sua estruturação legal e a antecipada distribuição de competências.²⁸ Por um lado a lei atribui à ANPD competência para fiscalizar e aplicar sanções (inc. IV do art. 55-J), mas igualmente exige, no mesmo dispositivo, que se assegure direito a recurso. No caso, o único possível é o hierárquico propriamente dito, o que torna a noticiada “autonomia decisória” da ANPD verdadeira obra de ficção.²⁹

Insista-se: não é possível, à luz do inc. II do art. 5º da CF (“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”), que se deixe ao bel-prazer de um dado órgão público (a ANPD, no caso) – mesmo diante da aparente tentativa de fomento à participação popular e dos agentes de tratamento de dados, por meio de consulta – a elaboração do regulamento específico para exercício do dever-poder de fiscalização e sancionamento, contendo, no mínimo e dentre outros, parâmetros para aplicação de multas e, neste caso, a metodologia a ser adotada para dosimetria caso a caso e a definição das circunstâncias e das condições para a adoção de sanção pecuniária como simples ou diária.

O espaço deixado para atuação regulamentar tão desatada³⁰ pela ANPD é, insista-se, insuportável juridicamente. Por óbvio que detalhamentos podem e devem se resolver por meio

²⁸ Art. 55-C. A ANPD é composta de:

I - Conselho Diretor, órgão máximo de direção;

II - Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade; (...).

Art. 55-G. Ato do Presidente da República disporá sobre a estrutura regimental da ANPD.

§ 1º Até a data de entrada em vigor de sua estrutura regimental, a ANPD receberá o apoio técnico e administrativo da Casa Civil da Presidência da República para o exercício de suas atividades.

§ 2º O Conselho Diretor disporá sobre o regimento interno da ANPD. (...)

Art. 55-J. Compete à ANPD:

I - zelar pela proteção dos dados pessoais, nos termos da legislação;

II - zelar pela observância dos segredos comercial e industrial, observada a proteção de dados pessoais e do sigilo das informações quando protegido por lei ou quando a quebra do sigilo violar os fundamentos do art. 2º desta Lei;

III - elaborar diretrizes para a Política Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade;

IV – 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; (...).

²⁹ Consoante disciplinado na Lei nº 9.784/99, “das decisões administrativas cabe recurso, em face de razões de legalidade e de mérito”, o qual será “dirigido à autoridade que proferiu a decisão, a qual, se não a reconsiderar no prazo de cinco dias, o encaminhará à autoridade superior” e assim por até “três instâncias administrativas, salvo disposição legal diversa.” (cfe. arts. 56 e 57.)

³⁰ Essa expressão foi utilizada por Celso Antônio Bandeira de Mello para se referir a similar situação, prevista na Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), que, em seu art. 57, estipulou a aplicação de multa de duzentas

do exercício do poder normativo ou regulamentar,³¹ entretanto, existem elementos essenciais tanto das sanções como das infrações que são de reserva absoluta da lei; não de reserva relativa de lei, como anotado.

Refletindo por outro viés, “empurrar” a metodologia, as condições para a adoção da multa simples ou diária, as circunstâncias de sua aplicabilidade e até o valor-base para norma infralegal revela-se como uma excelente oportunidade (*sic*) para prejudicar a certeza e a estabilidade do Direito – por ação ou omissão, culposa ou dolosa –, assim como para propiciar uma grande corrida de interessados em fazer pressão na tentativa de captura da autoridade competente para tal mister.

Todo ato tem uma consequência. Toda escolha importa em uma renúncia. A decisão legislativa de remeter a fixação e gradação das sanções por meio de norma regulamentar dificulta a precificação das incertezas e dos riscos assumidos pelos assujeitados legalmente. Faz-se imperioso que o Estado, em sua atividade regulatória, garanta estabilidade à sociedade e ao mercado. A segurança jurídica é a “insopitável necessidade de poder assentar-se sobre algo reconhecido como estável, ou relativamente estável, o que permite vislumbrar com alguma previsibilidade o futuro”, afixando (ou não) projetos.³² Distinguindo, ou não, a certeza da estabilidade como pontos diferentes, o fato é que num ambiente tão complexo, atual e relevante em que se insere a coleta, o armazenamento e o tratamento dados pessoais, tendo como o Estado na figura de regulador e regulado, não cabe previsão tão genérica como a prevista no art. 52 da LGPD.³³

A título de parâmetro, a Diretiva 2016/679, da União Europeia – que veicula o regulamento relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de

a três milhões de vezes o valor da UFIR (Unidade Fiscal de Referência), ou seja, até o importe (“atualizado”) de pouco mais de R\$10.000.000,00 (dez milhões de reais). *Literis*: “Assim também não se poderá considerar válida lei administrativa que preveja multa variável de um valor muito modesto para um extremamente alto, dependendo da gravidade da infração, porque isso significaria, na real verdade, a outorga de uma ‘discricionariedade’ tão desatada, que a sanção seria determinável *pelo administrador e não pela lei*, incorrendo em manifesto vício de *falta de ‘razoabilidade’*. É dizer, teria havido um simulacro de obediência ao princípio da legalidade; não, porém, uma verdadeira obediência a ele. Norma que padecesse desse vício seria nula, por insuficiência de delimitação da sanção.” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 871.)

³¹ Para o presente ensaio, assume-se o poder regulamentar como equivalente ao poder normativo, a despeito de aprofundados estudos diferenciando-os. Sobre o assunto, vide, em particular: MOTTA, Fabrício. **Função normativa da Administração Pública**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007; MARTINS, Ricardo Marcondes. **Regulação administrativa à luz da Constituição Federal**. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

³² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 127.

³³ Rafael Valim explica a certeza jurídica como “o seguro conhecimento das normas jurídicas, condição indispensável para que o homem tenha previsibilidade, podendo projetar sua vida e, assim, realizar plenamente seus desígnios pessoais”. (VALIM, Rafael. **O princípio da segurança jurídica no Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 91).

dados pessoais e à livre circulação desses dados – prevê, em seu artigo 83º, 4 a 6, de maneira muito mais detalhada e, por isso mesmo, adequada, as condições gerais para a aplicação das multas, sem afastar a possibilidade de os Estados-Membros disciplinarem “regras relativas às outras sanções aplicáveis em caso de violação do disposto no presente regulamento, nomeadamente às violações que não são sujeitas a multas nos termos do artigo 83º, e tomarão todas as medidas necessárias para garantir a sua aplicação. As sanções previstas devem ser efetivas, proporcionadas e dissuasivas.” Dessa feita, a partir da fixação de todas as condicionantes e os elementos essenciais para a aplicação das multas nos termos do artigo 83º, existe a previsibilidade necessária para que qualquer agente saiba os riscos de seu comportamento e suas consequências para a legislação de dados, com especial destaque para a correlação objetiva e previamente feita entre categorias de infrações, de menor a maior gravidade (4 a 6, na ordem), imbricadas com violação a dispositivos normativos específicos, e as sanções correspondentes, que admitem tetos variando entre 10 000 000 EUR a 20 000 000 EUR.³⁴ Na situação em vertente, mostra-se novamente preciso o magistério de Celso Antônio Bandeira de Mello, no sentido de que

Se na caracterização das infrações administrativas são reclamados os indispensáveis cuidados que preservam a razão de existir do princípio da legalidade, outro tanto se dirá no que respeita **à identificação das sanções cabíveis em vista das condutas violadoras que as ensejam.**

Com efeito, cumpre que a lei noticie de maneira clara aos administrados a que consequências estarão sujeitos se descumprirem as normas pertinentes. O mínimo que se espera de um Estado de Direito – e maiormente de um, como é o caso do Brasil, que se proclama um Estado Democrático de Direito (art. 1º da Constituição), tanto mais se declaradamente tem como um de seus fundamentos ‘a cidadania’ (inciso II do mesmo artigo) – é que assegure aos administrados prévia ciência dos gravames que lhes serão infligidos caso desatendam às leis administrativas.³⁵

No caso da LGPD, para se admitir, ainda que por hipótese, que regulamento possa validamente diminuir a margem de generalidade e abstração da lei quando da concreta imposição de sanções, mediante previsão das hipóteses de cabimento qualitativo de uma e/ou de outra, bem como a gradação em cada caso, será preciso correlacionar as sanções ao “simplório” descumprimento de proibições ou obrigações como previstas na lei, sem quaisquer acréscimos, por adição ou interpretação “ampliativa”.

De consequência, será o caso de se prever que, “pelo comprovado tratamento de dados fora das hipóteses expressamente arroladas no art. 7º da LGPD” – e nada mais! –, o infrator

³⁴ Disponível em: <https://www.cnsc.gov.pt/content/files/regulamento_ue_2016-679_-_protecao_de_dados.pdf> Acesso: 25 abr. 2020.

³⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 872. Destacou-se.

estará sujeito às seguintes sanções administrativas: (...). No mais, far-se-á obrigatório estabelecer, mediante necessária adoção de critérios de razoabilidade e de proporcionalidade, que, constatada a agravante tal ou qual (como dolo, reincidência etc.), como antecipadamente tratada-valorada na lei, a sanção-base (em meses ou reais) será aplicada no dobro, triplo etc. Em suma, qualquer inovação normativa na definição de ilícitos, como as realizadas em relação às previsões (não-tipificantes) da Lei nº 8.078/90, por meio do Decreto nº 2.181/97 – e, mesmo antes, no que o antecedeu, o Decreto nº 861/93 –, será inconstitucional. O mesmo defeito se repetirá na hipótese de o regulamento, mesmo que sem inovar a ordem jurídica *ab ovo*, deixar de atender o reclamo de “adequação axiológico-normativa entre o *antecedente* e o *consequente* da norma jurídico-sancionatória”.³⁶

Some-se, em reforço e como mais um fator de preocupação, a *public choice* sedimentada na exigência legal de consulta e de audiência pública para a produção de atos normativos no âmbito da ANPD (arts. 53 e §2º do art. 55-J). Como na democracia representativa quatro grupos de atores influenciam as iniciativas a serem adotadas nas funções ou missões estatais, e que estas poderão ser contaminadas por interesses não públicos, fazendo-os abandonar propósitos coletivos e racionais por que indvidosamente à mercê da manipulação,³⁷ a exigência de consulta pública para fins de regulamentação do art. 53 da LGPD pode revelar um embuste.

Assim sendo, admitir que a futura regulação administrativa defina “melhormente” os ilícitos – minudenciando-os enquanto condutas *típicas*, objetiva e subjetivamente (se for o caso), e para as quais se atrelará, também em abstrato, as sanções passíveis de imposição, oxalá aproveitando para distinguir a situação dos potenciais infratores a partir do seu faturamento, *e.g.* – desencadeará, sem sombra de dúvidas, uma corrida às melhores “influências” ou “lobbys” no momento da consulta popular. Em geral, tais atos e participações populares representam importante oportunidade para que interesses sectários utilizem do poderio informacional para impor as suas vontades, muitas das vezes nada republicanas, o que poderá e deverá ser evitado, inclusive por meio de atenta participação do Ministério Público e organizações da sociedade civil afeitas aos temas da Proteção de Dados Pessoais e do Marco Civil da Internet.

³⁶ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 482.

³⁷ Referidos grupos são: (i) os cidadãos e a possibilidade até da ignorância racional em suas manifestações, (ii) a classe política e a forma de ascensão e manutenção de poder geram interesses sectários, (iii) a burocracia que poderá servir para manobrar e arranjos não públicos e (iv) os grupos de interesse e suas formas de captura para cooptar agentes políticos para as suas tomadas de decisões. (MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. Trad. Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 161-178.)

O que acontece, em termos de responsabilização, enquanto não sobrevier o regulamento apontado no art. 53 da LGPD? Perfunctório exame do caso envolvendo o *Facebook* e o Escândalo da *Cambridge Analytica*

Como examinado, a especializada LGPD não pode dar enchação a responsabilização administrativa válida enquanto não regulamentado seu art. 53 pela ANPD. Nada obstante, remanescem possíveis e cumuláveis entre si tanto a responsabilidade civil como a penal, conforme o caso.

Marçal Justen Filho explica, resumidamente, que as sanções civis possuem natureza pecuniária e têm por finalidade ressarcir as perdas ocasionadas pelo dano decorrente da prática da infração; que as sanções administrativas são aplicadas com o intuito de desestimular o cometimento de atos ilícitos por conta do vínculo existente entre o sujeito e a Administração Pública; e que as sanções penais têm função preventiva, retributiva e reeducativa, com o fim de proteger a coletividade.³⁸

Portanto, eventual descumprimento dos preceitos da LGPD, que cause dano indenizável ao titular dos danos pessoais, mesmo que exclusivamente moral, por violação ao direito à intimidade e/ou à privacidade, servirá de suporte fático-jurídico para fins de responsabilização civil, conforme disposto nos arts. 186 e 187 da Lei nº 10.406/02 (Código Civil Brasileiro), já que a ilicitude do comportamento causador ou propiciador do dano poderá ser extraída da própria Carta da República.

Quanto à responsabilização penal, a Lei Carolina Dieckmann – como ficou conhecida a Lei nº 12.737/2012, que promoveu alteração, por adição, do Código Penal – se volta à punição de casos como o ocorrido por meio do vazamento de fotos íntimas da atriz. Dita lei acresceu o artigo 154-A ao Código Penal para tipificar, como crime informático, “invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita”, cuja pena base foi estipulada como sendo a de detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano e multa. Sua aproximação temática com a LGPD se revela particularmente mediante dolo específico, no sentido de comportamento reprovável na esfera penal consistir em “invadir dispositivo informático alheio (...) *com o fim de obter, adulterar ou destruir dados [inclusive pessoais] sem autorização expressa do titular*”.³⁹

³⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 8. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012. p. 1014.

³⁹ Destacou-se.

No âmbito administrativo, ainda que a LGPD não possa, per se, autorizar responsabilização até ulterior regulamentação do art. 53, nada obsta que violação às suas disposições, igual ou similarmente tratada em outras leis, autorize a imposição de sanções nessa órbita. Na passagem, o caso envolvendo o *Facebook* e a *Cambridge Analytica* ficou mundialmente conhecido, no qual dados de milhões de usuários do mundo todo foram utilizados para influenciar eleições e outros processos políticos. No Brasil, isso repercutiu na imposição de multa de R\$6.600.000,00 (seis milhões e seiscentos mil reais), por parte da Secretaria Nacional do Consumidor do Ministério da Justiça (SENACOM), pelo compartilhamento desautorizado de dados pessoais, de mais de quatrocentos mil usuários brasileiros, com desenvolvedores do aplicativo *This is your digital life*,⁴⁰ em processo administrativo conduzido sob o pálio da legislação consumerista (em particular do constante de seu art. 43⁴¹) e do Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014), que, de sua parte, dedica não apenas um, mas vários dispositivos a “dados pessoais”.

Ou seja, de uma forma ou de outra, com ou sem regulamento vigente e disciplinando a aplicação de sanções administrativas pecuniárias nos termos do art. 43 da LGPD, eventuais infrações a outras normas legais e/ou infralegais também buscando proteger dados pessoais não ficará, necessariamente, sem resposta administrativo-sancionadora. Ao contrário, reforça esse entendimento o fato de a LGPD estipular, no *caput* do art. 55-K, que “a aplicação das sanções previstas nesta Lei compete exclusivamente à ANPD, e suas competências prevalecerão, no que se refere à proteção de dados pessoais, sobre as competências correlatas de outras entidades ou órgãos da administração pública”. E mais, em seu parágrafo único, que “a ANPD articulará sua atuação com outros órgãos e entidades com competências sancionatórias e normativas afetas ao tema de proteção de dados pessoais e será o órgão central de interpretação desta Lei e do estabelecimento de normas e diretrizes para a sua implementação”.

⁴⁰ Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2019-12/ministerio-multa-facebook-por-abuso-no-compartilhamento-de-dados>> Acesso: 28 abr. 2020.

⁴¹ Art. 43. 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. § 1º Os cadastros e dados de consumidores devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão, não podendo conter informações negativas referentes a período superior a cinco anos.

§ 2º A abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo deverá ser comunicada por escrito ao consumidor, quando não solicitada por ele.

§ 3º O consumidor, sempre que encontrar inexatidão nos seus dados e cadastros, poderá exigir sua imediata correção, devendo o arquivista, no prazo de cinco dias úteis, comunicar a alteração aos eventuais destinatários das informações incorretas.

§ 4º Os bancos de dados e cadastros relativos a consumidores, os serviços de proteção ao crédito e congêneres são considerados entidades de caráter público.

Disso se extrai, pois, que a pluralidade de atos legais e infralegais versando acerca da mesma temática (dados pessoais, sensíveis ou não) não favorece a segurança jurídica, como também não a beneficia o “vazio regulamentar” do art. 53 da LGPD, o qual, por dever ser satisfeito mediante prévia consulta pública, acrescenta o justo temor de captura da ANPD pelo mercado, com efeitos deletérios para a devida proteção das pessoas mediante adequada e racional desestimulação de comportamentos proibidos. Tal se concretizará, no plano jurídico, mediante justa, prévia e regrada ameaça de imposição de sanções administrativas graves, quando não mesmo gravíssimas, em seus efeitos pecuniários e/ou de restrição de direitos.

Conclusões provisórias

“Nem tudo é tão ruim que não possa piorar”, diz o ditado.

O fato de que, por força da (imotivada!) Medida Provisória nº 959, de 29 de abril de 2020, praticamente toda a LGPD terá eficácia jurídica apenas a partir de 3 de maio de 2021, e não mais de 15 de agosto de 2020, o título do presente artigo perdeu, em certa medida, o seu potencial de atrair interesse para a problemática relativa ao “vazio regulamentar” do art. 53 e seus impactos na inefetividade da lei.

Ainda assim, entretanto, a interpretação e aplicação adequadas da esmagadora maioria dos preceitos da Lei nº 13.709/2018, ainda que no plano teórico até sua entrada em vigor, certamente estão a exigir esforço redobrado.

Em evento intitulado “Direito Empresarial em tempos de mudança política e econômica: desafios e oportunidades”, o Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Paulo de Tarso Sanseverino, a despeito da erudição jurídica que lhe é peculiar, reconheceu, de público, que a LGPD tem gerado “mais dúvidas do que certezas”,⁴² o que, como examinado, poderá se agravar com a edição de um regulamento mal feito e a partir de uma autorização-determinação legal, porém, duplamente inconstitucional, porque desatenta à *reserva da lei* em matéria de infrações e sanções administrativas (art. 5º, incs. II e XXXIX) e à *competência privativa* do Presidente da República para expedir regulamentos executivos (art. 84, inc. VI).

Dessa sorte, tudo leva a crer que a efetividade da LGPD continuará pouca, no sentido de ela mesma se prestar a proteger os direitos fundamentais à intimidade, à privacidade e ao livre desenvolvimento da personalidade atrelados à coleta, armazenamento e/ou tratamento de seus dados pessoais, propiciando direta e imediata concretização de condutas sociais e

⁴² Disponível em: <<https://www.ab21.org.br/para-ministro-do-stj-lgpd-gera-mais-duvidas-do-que-certezas/>> Acesso: 28 abr. 2020.

empresariais compatíveis com as determinações ou os valores consagrados⁴³ nos seus arts. 1º e 2º.

Reforça essa situação, de baixíssima eficácia social da LGPD, o fato de que a ANPD foi apenas “legalmente criada” como órgão, não havendo notícia acerca de infraestrutura física ou de pessoal a ele dedicada, com exclusividade ou mesmo em regime de compartilhamento enquanto perdura sua transição para autarquia em regime especial (agência reguladora).

A falta de regulamentação do art. 53 – até o momento, no curso da prorrogação de sua entrada em vigor ou eventualmente mesmo depois disso, a partir de maio de 2021 – avoluma o imbróglio e parece ser fruto de desleixo legislativo-administrativo.

Esse pecado, capital, ainda poderá permitir, a partir da obrigatoriedade de realização de consulta e audiências públicas, que influências externas (de pessoas físicas ou jurídicas) ou internas (de órgãos ou entidades da Administração Pública), bem ou mal intencionadas, afastem a ANPD do cumprimento de sua finalidade precípua, mediante captura regulatório. Se assim se der, ficará irremediavelmente prejudicada a satisfação dos interesses públicos pretendidos satisfazer por meio de normas regulamentares, dentre as quais aquelas de natureza sancionadora e que se prestarão, *no futuro e a partir da ameaça de sua imposição – adequada, razoável e proporcional* –, desestimular comportamentos que venham a se apresentar, no plano abstrato ou concreto, como típicos, antijurídicos e reprováveis.

Conforta saber, ainda que em caráter residual, que, para os danos indenizáveis e para os crimes assim tipificados como decorrentes de danos ou de simples violação de normas protetivas de direitos fundamentais que se inter-relacionem com dados pessoais, o direito vigente cumpre seu papel e permite, aparentemente bem, responsabilização civil e/ou criminal. Soma-se a essas a administrativa, mediante “aproveitamento” de figuras infracionais e sanções administrativas correlatas, dispostas no Código de Defesa do Consumidor ou, ainda, afeitas ao Marco Civil da Internet, neste caso mediante intervenção da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL – nos termos da Lei nº 9.472/97), da Secretaria Nacional do Consumidor (SENACOM – conforme os ditames da Lei nº 8.078/90) e do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE, consoante as disposições da Lei nº 12.529/2011).

Referências

⁴³ ZAVASCKI, Teori Albino. Eficácia social da prestação jurisdicional. **R. Fac. Direito UFRGS**, Porto Alegre, 9(1): 248-253, nov. 1993. p. 248-249.

- ALEXY, Robert. *On balancing and subsumption. A structural comparison.* **Ratio Juris.** v.16. 2003, p. 433-449.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** São Paulo: Malheiros Editores, 2008.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo.** 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Ilícito tributário. **Revista de Direito Tributário,** v. 62.
- FERREIRA, Daniel. Infrações e sanções administrativas. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). **Tomo: Direito Administrativo e Constitucional.** Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/107/edicao-1/infracoes-e-sancoes-administrativas>>
- FERREIRA, Daniel. **Sanções administrativas.** São Paulo: Malheiros Editores, 2001.
- FERREIRA, Daniel. **Teoria geral da infração administrativa a partir da Constituição Federal de 1988.** Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.
- GRIMM, Dieter. *Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence.* **University of Toronto Law Journal.** v.57. 2007, p. 383-397.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo.** 8. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.
- LEAL, Fernando. Racional ou Hiper-racional? A ponderação de princípios entre o ceticismo e o otimismo ingênuo. **A&C - Revista de Direito Administrativo e Constitucional,** n. 58, p. 177-209, out./dez. 2014.
- MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito.** Trad. Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. **Regulação administrativa à luz da Constituição Federal.** São Paulo: Malheiros Editores, 2011.
- MOTTA, Fabrício. **Função normativa da Administração Pública.** Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007.
- MUNHOZ DE MELLO, Rafael. **Princípios constitucionais de Direito Administrativo Sancionador.** São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

- OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.
- OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.
- PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e acordo na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.
- PIRES, Luis Manuel Fonseca. **Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas**. 3. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2017.
- VALIM, Rafael. **O princípio da segurança jurídica no Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.
- VITTA, Heraldo Garcia. **A sanção no Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.
- ZAVASCKI, Teori Albino. Eficácia social da prestação jurisdicional. **R. Fac. Direito UFRGS**, Porto Alegre, 9(1): 248-253, nov. 1993. p. 248-249.