

Regulação responsiva e o poder sancionador da ANPD sobre o poder público

Rodrigo S. Ferreira

1. Introdução

A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), ao estabelecer princípios e regras objetivando a materialização do direito fundamental à proteção de dados pessoais – à época implícito, hoje explícito no art. 5º, LXXIX, da Constituição –, abrangeu expressamente as atividades do setor público e as do setor privado.

Entretanto, a LGPD não adotou uma abordagem prescritiva direta, como seria esperado em um contexto de comando e controle. Pelo contrário. A redação da LGPD *(i)* usa e abusa de conceitos jurídicos indeterminados – o que é o “risco ou dano relevante” do art. 48º –; *(ii)* faz inúmeras remessas a regulamentação futura – aguardamos ansiosamente como se dará a “adequação progressiva de bancos de dados” constituídos antes da vigência da LGPD, que, embora tenham comemorado aniversários (a LGPD e os bancos de dados), ainda aguardam a regulamentação pela autoridade nacional prevista no art. 63º –; e contém dispositivos simplesmente crípticos – diz a lenda que a ANPD já tem um troféu e uma medalha prontos para o primeiro criptógrafo que conseguir interpretar coerentemente o art. 4º, II, *b*, da LGPD, que trata da excludente (seguida da includente) nos tratamentos para fins acadêmicos.

Foi sobre esse difícil terreno que a LGPD previu a instituição da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), cujas atribuições abrangem editar regulamentos e procedimentos sobre proteção de dados pessoais, realizar auditorias, fiscalizar e aplicar sanções, inclusive sobre o poder público. Adotou-se, nas atribuições, o típico modelo das agências reguladoras. Faltaram, entretanto, dois detalhes relevantes. O primeiro, evidente, foi a natureza de agência reguladora. O segundo, mais sutil e restrito à regulação sobre o poder público, foi a ausência da assimetria de poder entre regulador e regulado que caracteriza (e viabiliza) a própria atuação típica das agências reguladoras.

A rigor, as agências reguladoras se valem da assimetria decorrente da supremacia do interesse público para a regulação das atividades privadas. A transposição desse modelo para a regulação do setor público, de forma transversal, *(i)* não importa a típica intervenção no domínio econômico que caracteriza historicamente as agências reguladoras; e *(ii)* não se sustenta na supremacia do interesse público, o que traz diversas dificuldades interpretativas quanto à abrangência do poder sancionador, agravadas pela

ausência de parâmetros doutrinários e jurisprudenciais relevantes para os limites dessa atuação.

Conforme ensina Norberto Bobbio, a aplicação da sanção pressupõe um aparato coercitivo, e o aparato coercitivo pressupõe o poder, isto é, uma carga de força imperativa, ou se se preferir, de autoridade, entre aquele que estabelece a norma e aquele que deve obedecê-la¹. Essa assimetria está claramente presente na regulação social ou econômica ordinária. Entretanto, na regulação sobre o poder público, um poder que legitimasse força imperativa – leia-se, autoridade –, capaz de mover o aparato coercitivo do Estado, por si mesmo, em face dos próprios Poderes do Estado, seria, a depender da extensão de seu poder normatizador e sancionador, um suprapoder. E um suprapoder de tal ordem só poderia ser estabelecido pelo constituinte originário.

Registre-se que a ideia de uma autoridade nacional de proteção de dados com atuação em face do poder público não foi uma invenção brasileira. O modelo, já presente na Diretiva 95/46/CE, de 1995, foi mantido pelo Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (RGPD) da União Europeia, cujas autoridades nacionais têm competência para apreciar tratamentos de dados por autoridades e órgãos públicos². A LGPD, nesse sentido, basicamente transpôs o modelo do RGPD europeu – importando, conjuntamente, as dificuldades inerentes às sanções sobre o poder público.

Entretanto, a menos que queiramos retornar o Brasil ao status de colônia europeia – que é o que se faz, por via indireta, quando se decide o que é ou não constitucional no Brasil a partir do que pensam os europeus em matéria de proteção de dados –, o poder sancionador da ANPD deve ser interpretado à luz da Constituição brasileira. E, para essa interpretação, é útil a compreensão teórica do modelo de regulação responsiva adotado pela LGPD e os limites constitucionais à obstrução de atividades do poder público por órgãos reguladores. É essa a proposta deste artigo.

2. A Regulação Responsiva na LGPD

Ao estabelecer a regulação social ou econômica, o Estado-regulador pode se valer de diferentes estratégias. Concedendo diferentes níveis de flexibilidade e

¹ BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. Bauru: EDIPRO, 2003.

² Cf. art. 55º e Considerando 122 do RGPD. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0679>. Acesso em: 29 set. 2022.

responsabilidade aos regulados, é possível ao regulador, por exemplo, (i) identificar os riscos, elaborar a estratégia de mitigação e prescrever o que o regulado deve obrigatoriamente implementar (abordagem prescritiva, ou de comando e controle); (ii) identificar os riscos e definir o resultado ou desempenho esperado, cabendo ao regulado desenvolver e implementar a estratégia necessária para alcançá-lo (abordagem baseada em resultado ou desempenho); (iii) aprovar ou auditar a identificação de riscos, estratégia de mitigação e implementação realizados pelo próprio regulado (autorregulação); ou (iv) permitir que intermediários – como associações vinculadas ao segmento regulado – identifiquem riscos e sugiram medidas mitigadoras para o segmento (autorregulação pelo segmento)³.

Naturalmente, as estratégias não são excludentes no contexto regulatório mais amplo. A própria LGPD estabelece a obrigatoriedade de designação de encarregado, ressalvadas as dispensas pela ANPD (art. 41, norma prescritiva); estabelece a obrigação de medidas de segurança técnicas e administrativas “aptas a proteger os dados pessoais” (art. 46, norma de resultado); e faculta aos regulados, seja diretamente, seja por associações, a elaboração de suas regras de boas práticas e de governança, com os respectivos estímulos e mecanismos de eventual validação (art. 50, autorregulação direta ou pelo segmento).

Claro que, a depender do papel que ideologicamente se atribua ao Estado, haverá maior ou menor simpatia pela intervenção estatal no domínio econômico ou no controle social. E isso se reflete, no campo regulatório, em um embate entre regular ou desregular. Esse é um debate historicamente sem vencedores. E, para superar esse debate, Ayres e Braithwaite propuseram a teoria da regulação responsiva⁴.

Não se propõe aqui um estudo aprofundado da regulação responsiva, mas a compreensão de três institutos relevantes. A pirâmide de estratégias de *enforcement*, a pirâmide de *enforcement*; e a ideia da grande arma benigna (*benign big gun*).

A regulação responsiva considera o ambiente regulado e o perfil e interesses dos regulados, mas é responsiva, sobretudo, ao comportamento do regulado. É o que Ayres e Braithwaite denominaram estratégia do “tit-for-tat”, ou, em tradução livre, algo como

³ Para uma análise de diversas abordagens regulatórias, ver SPARROW, Malcolm. *The Regulatory Craft: Controlling Risks, Solving Problems, and Managing Compliance*. Washington, D.C.: Brookings, 2000.

⁴ AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. *Responsive regulation: transcending the deregulation debate*, New York: Oxford University Press, 1992.

“toma-lá-dá-cá” ou “bateu, levou”, mas que os mais eruditos preferem traduzir elegantemente como “estratégia de constrangimento de reação equivalente”⁵.

A premissa é que há uma interdependência entre a capacidade de persuasão e a de punição, mas a solução ótima deve privilegiar o estímulo ao cumprimento voluntário dos objetivos esperados pelo regulador.

Nesse contexto, a pirâmide de estratégias de *enforcement* tem, na sua base, a autorregulação. A partir daí, em menor quantidade – mas com progressivamente maior peso regulatório –, surgem a autorregulação compulsória, a regulação baseada em comando e controle com sanções discricionárias e, no topo, e com abrangência substancialmente menor, a regulação de comando e controle com sanções não discricionárias. A ideia, portanto, é prestigiar os movimentos de conscientização e adequação espontânea, restringindo os casos de determinação mediante sanção aos cenários residuais.

É nesse contexto residual que opera a pirâmide de *enforcement*, e que se volta às sanções propriamente ditas – e não mais ao modelo regulatório. Para os autores, a pirâmide de *enforcement* deve, idealmente, conter três camadas. A primeira é destinada aos agentes virtuosos, com tendência ao cumprimento espontâneo das regras, e em relação aos quais eventuais desvios podem ser prevenidos ou corrigidos mediante mera persuasão ou alertas morais, como advertências. A segunda camada, menor que a primeira, é destinada aos agentes racionais não virtuosos e que adotarão a conduta que maximize seus ganhos. Aqui se inserem as multas e demais penalidades que tornem a violação mais custosa que a adequação – gerando dissuasão, portanto, ao tornar a adequação a escolha racional. Por fim, há as medidas incapacitantes, como a proibição da própria atividade econômica, destinadas aos agentes irracionais ou incompetentes, que violarão as regras mesmo quando a escolha racional seria cumpri-las. Esse é o nível máximo de *enforcement*: ao invés de fazer o jogador cumprir as regras do jogo, o que há no topo da pirâmide é o mecanismo que o expulsa do jogo.

Observem, portanto, que regulação responsiva não possui absolutamente nenhuma correlação com “regulação leve” ou “regulação mais maleável que no comando e controle”. Embora a base da pirâmide realmente prestigie os agentes virtuosos com

⁵ É, por exemplo, a tradução adotada por ARANHA, Marcio. *Manual de Direito Regulatório*. Londres: Laccademia Publishing, 2021.

medidas de mera persuasão, o topo da pirâmide é, pelo modelo teórico, extremamente agressivo. O termo adotado é o de “medidas incapacitantes”.

Tanto é assim que um dos elementos centrais do modelo é a ideia da grande arma benigna (*benign big gun*). Parte-se do princípio de que, quanto mais potente for a arma no topo da pirâmide, quanto maior o poder incapacitante sobre os agentes irracionais, maior se torna a adesão dos regulados à base da pirâmide, ou seja, às medidas voltadas aos virtuosos. Daí a grande arma ter o efeito benigno: assim como a paz pode ser eventualmente alcançada pela preparação para a guerra, a ameaça de uma grande arma regulatória pode estimular os agentes a não testarem a progressão da pirâmide para as faixas destinadas à escolha racional pelo risco de serem confundidos com agentes irracionais e, portanto, são estimulados a se comportarem como virtuosos.

A LGPD claramente adotou a pirâmide de *enforcement*, prevendo uma escala de sanções desde as de efeitos predominantemente morais – como a advertência e a publicização da infração –, evoluindo para as de dissuasão de agentes racionais – como as sanções pecuniárias –, até as progressivamente incapacitantes, desde o bloqueio ou eliminação dos dados a que se refere a infração, até a grande arma benigna: as medidas obstrutivas e incapacitantes de suspensão do banco de dados a que se refere a infração, suspensão da atividade de tratamento a que se refere a infração, até a proibição total de atividades de tratamento (a expulsão do jogo).

Registre-se que os incisos VII, VIII e IX (vetados) e os incisos X, XI e XII do art. 52 da LGPD dizem respeito exatamente às mesmas três penalidades: suspensão parcial do funcionamento do banco de dados; suspensão do exercício da atividade de tratamento; e proibição parcial ou total do exercício de atividades de tratamento. A atual conformação do texto legislativo decorre do fato de essas três penalidades terem sido vetadas na versão original da LGPD (incisos VII, VIII e IX), reintroduzidas no debate legislativo da Medida Provisória nº 869, de 2018 (o texto original da Medida Provisória não as previa), novamente vetadas quando da conversão da Medida Provisória na Lei nº 13.853, de 2019, e promulgadas somente após a derrubada do veto pelo Congresso Nacional.

Nas primeiras razões de Veto, o argumento central foi que as medidas incapacitantes poderiam “acarretar prejuízo à estabilidade do sistema financeiro nacional”. Em outras palavras: o dispositivo foi vetado porque poderia prejudicar os bancos. Nenhuma palavra acerca de hospitais, escolas ou concessionárias de serviços públicos. E permaneceu vetado.

Quando da Lei 13.853, de 2019, que reformou diversos dispositivos da LGPD, as mesmas sanções foram reinscridas como os incisos X, XI e XII. E foram novamente vetadas. Entretanto, ao invés da razão de Veto se limitar aos interesses dos bancos, houve, dessa vez, referência ao potencial de afetar a continuidade de serviços públicos. E aí, dessa vez, o Veto foi derrubado pelo Congresso. Talvez tenha faltado tato ao contaminar o triunfante argumento de proteção aos bancos com argumentos menores, como a defesa de serviços públicos. Se há algo que o sistema legislativo brasileiro domina, é o reconhecimento de prioridades.

De toda forma, compreendido o modelo de regulação responsiva adotado pela LGPD, as grandes perguntas são: poderia o Estado-regulador, por intermédio da ANPD, considerar a si mesmo um agente irracional? Poderia o Estado-regulador, por intermédio da ANPD, obstruir as atividades finalísticas de Poderes, entes federados e órgãos constitucionais cujas atribuições foram fixados pelo constituinte originário quando da formulação do próprio Estado? Poderia o Estado-regulador, por intermédio da ANPD, expulsar a si mesmo do jogo? A única resposta racionalmente possível é que não.

Mas entre o Direito e a razão há mais coisas do que pode imaginar nossa vã filosofia. Resta o apelo à interpretação à luz da Constituição.

3. Os limites constitucionais do poder sancionador da ANPD

O artigo 52 da LGPD, ao estabelecer as sanções administrativas aplicáveis pela ANPD, abrange indistintamente agentes de tratamento públicos e privados, embora estabeleça posteriormente algumas ressalvas.

Em especial, o art. 52, §3º, da LGPD afasta, por um lado, a incidência de multas, ao passo que, por outro, indica a possibilidade de aplicação de sanções às entidades e aos órgãos públicos, adotando contorno mais abrangente que o conceito de agente de tratamento – que exige, ao menos pela interpretação literal da LGPD, personalidade jurídica própria.

Registre-se que a redação original do art. 52, §3º, da LGPD já previa que as penalidades dos incisos I, IV, V, VI, VII, VIII e IX do art. 52 poderiam ser aplicadas às entidades e aos órgãos públicos. Ou seja, já se previa, desde a redação original da LGPD,

a exclusão das multas, mas a incidência potencial de todas as demais sanções administrativas pela ANPD, inclusive as incapacitantes⁶.

Isso não quer dizer, entretanto, que uma violação à LGPD, por mais grave que seja, autorize a ANPD a aplicar, de forma indiscriminada, as penalidades de suspensão parcial do funcionamento de banco de dados (X), de suspensão da atividade de tratamento (XI), ou de proibição parcial ou total de atividades de tratamento de dados (XII). Isso porque o art. 52, §6º, da LGPD estabelece duas condicionantes adicionais.

A primeira condicionante exige que o mesmo caso concreto já tenha sido objeto de sanção administrativa anterior e mais grave que advertência, materializando a previsão de aplicação gradativa das sanções constante do art. 52, §1º, da LGPD. Ou seja, as penalidades dos incisos X a XII do caput do art. 52 são restritas aos casos de reincidência de violações graves.

A segunda condicionante exige que, em caso de controladores submetidos a outros órgãos e entidades com competências sancionatórias, haja a oitiva desses outros órgãos como requisito para a aplicação das penalidades dos incisos X a XII do caput do art. 52. Mas note-se bem: o que se exige é a oitiva, não o acatamento da posição.

No mais, a obrigatoriedade de oitiva de outros órgãos para as penalidades mais graves não importa uma transferência do poder sancionador no que diz respeito às penalidades previstas na LGPD. O art. 55-K da LGPD é claro ao indicar que as sanções administrativas da LGPD devem ser aplicadas exclusivamente pela ANPD.

Daí que interpretar o poder sancionador da ANPD sobre o poder público a partir da leitura isolada da LGPD invariavelmente conduzirá a equívocos graves de ordem prática e jurídica. A Constituição estabelece que “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”⁷. Além disso, “a organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos da Constituição”⁸. Por fim, diversos tratamentos de dados pessoais pelo poder público decorrem de atribuições constitucionais, não sendo afastáveis por disposições previstas em uma lei ordinária como a LGPD, e, mesmo nas atribuições infraconstitucionais,

⁶ Modelo semelhante é observado no RGPD europeu, que permite a limitação ou exclusão de multas a autoridades e órgãos públicos, mas mantém para as demais sanções regime semelhante ao do setor privado, conforme Considerando 150 e Art. 7º do RGPD.

⁷ Cf. art. 2º da Constituição.

⁸ Cf. art. 18 da Constituição.

remanesce a necessidade de que a aplicação de sanções sobre o poder público observe o devido processo legal substantivo como requisito de constitucionalidade.

Trata-se de questão especialmente relevante porque, excetuados os tratamentos de dados pessoais relacionados à segurança pública, à defesa nacional, à segurança do Estado e às atividades de investigação e repressão de infrações penais⁹, os tratamentos de dados pessoais pelos Poderes e entes federados estão integralmente abrangidos pela LGPD. Interpretar o poder sancionador da ANPD sem considerar limitações constitucionais levaria à conclusão de que quaisquer atividades do poder público que tratem dados pessoais, não excepcionadas da incidência da LGPD, estariam sujeitas à possibilidade de suspensão ou de proibição pela ANPD no âmbito do poder sancionador, independentemente da natureza da atividade do Poder ou do ente federado a que se refiram¹⁰.

Tal interpretação não é juridicamente possível. Embora o tema seja controverso, e não haja ainda, no Brasil, balizadores doutrinários ou jurisprudenciais que autorizem a delimitação precisa do alcance do poder sancionador da ANPD sobre o poder público, propõe-se aqui uma faixa de fronteira – e é deliberadamente uma faixa, não uma linha, já que haverá uma zona de indefinição remanescente – estabelecida a partir de dois critérios: (i) a supremacia da Constituição; e (ii) a incidência do devido processo legal substantivo nas sanções administrativas sobre o poder público¹¹.

Do ponto de vista jurídico, a Constituição não apenas ostenta posição hierárquica superior à das demais normas, mas delimita o modo de produção, o conteúdo material possível e os princípios que guiarão a interpretação de todas as demais normas do sistema jurídico¹². A LGPD é uma norma importante, mas não está acima da Constituição. Pelo contrário: o fundamento de validade da LGPD está na Constituição.

Nesse sentido, um aspecto relevante no contexto da interpretação da LGPD à luz da Constituição é que não há direitos fundamentais absolutos ou hierarquia entre as

⁹ Exceções previstas no art. 4º, III, da LGPD, e, mesmo assim, sujeitas a opiniões técnicas ou recomendações da ANPD nos termos do art. 4º, §3º, da LGPD.

¹⁰ Observe-se que as sanções de suspensão e proibição do art. 52, X, XI e XII, da LGPD são expressamente aplicáveis ao poder público pela dicção do art. 52, §3º, da LGPD.

¹¹ Para uma análise mais abrangente da limitação constitucional do poder sancionador da ANPD sobre o poder público, ver FERREIRA, Rodrigo. Especificidades das Sanções na LGPD para o Poder Público. In: MALDONADO, Viviane. *LGPD: Sanções e Decisões Judiciais*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

¹² A esse respeito, ver BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009, p.372.

normas constitucionais. Daí a importância de uma interpretação da LGPD que considere integralmente a Constituição, e não apenas o direito à proteção de dados pessoais¹³. Outro aspecto relevante para a interpretação da LGPD à luz da Constituição é que todos os poderes da ANPD – inclusive os de aplicação de sanções administrativas – decorrem de lei ordinária.

Durante os debates legislativos da Emenda Constitucional nº 17/2019 no Congresso, pretendeu-se também incluir, mediante substitutivo, a previsão constitucional de “um órgão regulador independente”, o que daria à ANPD status constitucional e natureza de agência reguladora. Entretanto, houve destaque legislativo para o trecho específico referente à ANPD e, na votação, a Câmara aprovou a inclusão da proteção de dados pessoais entre os direitos fundamentais e a competência legislativa privativa da União, mas rejeitou a proposta de tornar a ANPD um órgão regulador com assento constitucional. Portanto, apesar da Emenda Constitucional nº 17/2019, não houve modificação significativa no status da ANPD, apesar dos avanços nas demais áreas.

Nesse contexto, a supremacia da Constituição impõe reconhecer que o poder sancionador da ANPD não pode atingir atividades de tratamento de dados pessoais diretamente fundamentadas na Constituição, cuja continuidade não é obstável por normas infraconstitucionais.

O segundo elemento a estabelecer a fronteira que limita as sanções da ANPD sobre o poder público é o devido processo legal substantivo, do qual emana o controle de razoabilidade e proporcionalidade enquanto parâmetro para a própria constitucionalidade dos atos¹⁴.

Nesse contexto, a fronteira da razoabilidade e proporcionalidade diz respeito à relação entre o suposto ilícito e a efetividade, dosimetria e consequências da sanção que se pretende aplicar. Para serem razoáveis e proporcionais, as sanções da ANPD sobre o poder público devem considerar a *(i)* adequação, ou seja, a sanção deve ser apta a atingir

¹³ Embora a Constituição não prevesse um direito fundamental autônomo à proteção de dados pessoais até a Emenda Constitucional 17/2019, doutrina e jurisprudência – inclusive no STF – já vinham progressivamente reconhecendo a proteção implícita pela ordem constitucional. A esse respeito, ver SARLET, Ingo Wolfgang. O Direito Fundamental à Proteção de Dados Pessoais na Constituição Federal Brasileira de 1988. *Privacy and Data Protection Magazine*. Nº 1 – 2021. Disponível em: https://www.europeia.pt/content/files/pdpm_04_06_02.pdf. Acesso em: 29 set. 2022.

¹⁴ Este artigo adota razoabilidade e proporcionalidade como expressões do mesmo fenômeno, embora não se ignore a distinção das origens dos termos no direito comparado e, para alguns autores, no seu próprio conteúdo.

o objetivo pretendido; a (ii) necessidade, ou seja, a sanção deve decorrer da inexistência de meio menos gravoso para atingir a finalidade; e a (iii) proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, a ponderação entre o ônus imposto pela sanção e o benefício trazido¹⁵.

A proporcionalidade em sentido estrito é indissociável de uma leitura consequencialista do caso concreto. Não é sem razão que a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/42) estabelece que “nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”¹⁶. E mais: “a decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expreso suas consequências jurídicas e administrativas”¹⁷. A apreciação das consequências é, portanto, legalmente indissociável do processo sancionador.

Nesse sentido, a proteção de dados pessoais no setor público é muito importante, mas não será, em todos os casos concretos, o bem jurídico necessariamente mais relevante. Para dar um exemplo, parece claro que violações em tratamento de dados sensíveis por um hospital público dificilmente legitimarão, pelo critério de razoabilidade e proporcionalidade, sanções administrativas pela ANPD que inviabilizem o funcionamento do hospital. As consequências da decisão serão desproporcionais. Não significa deixar o ilícito impune: infrações relacionadas a dados pessoais podem gerar diversas sanções distintas daquelas previstas pela LGPD, inclusive a improbidade administrativa dos agentes envolvidos, além dos eventuais reflexos cíveis e criminais.

Tais apurações de improbidade e responsabilidade civil e criminal, entretanto, não serão conduzidas diretamente pela ANPD, nem estão no rol de sanções administrativas da LGPD, nem têm por finalidade obstar a continuidade das atividades finalísticas do setor público – pelo contrário, o intuito é exatamente o de preservá-las.

É importante registrar que as considerações acima refletem interpretações constitucionais cuja relevância está, sobretudo, nas sanções administrativas mais graves da LGPD, em especial as medidas incapacitantes em face do próprio poder público. Essa, entretanto, não será a regra, já que, como visto, o modelo de regulação responsiva

¹⁵ A respeito da proporcionalidade e razoabilidade, ver BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 224 e ss.

¹⁶ Art. 20 do Decreto-Lei nº 4.657/42.

¹⁷ Art. 21 do Decreto-Lei nº 4.657/42.

privilegia respostas regulatórias nas bases das pirâmides. A intenção primeira é a de persuasão.

4. Conclusões

A LGPD adotou um modelo de regulação responsiva que, valendo-se da ideia de grande arma benigna, adota, no topo da pirâmide de *enforcement*, medidas incapacitantes, voltadas a agentes irracionais, e capazes de impedir o funcionamento de qualquer organização mediante proibição total das atividades de tratamento de dados pessoais.

Entretanto, não parece fazer sentido o Estado-regulador, por intermédio da ANPD, considerar a si mesmo um agente irracional. Ou o Estado-regulador, por intermédio da ANPD, obstruir as atividades finalísticas de Poderes, entes federados e órgãos constitucionais cujas atribuições foram fixadas pelo constituinte originário quando da formulação do próprio Estado.

As medidas incapacitantes, em seu grau máximo, objetivam expulsar o agente irracional do jogo. O Estado-regulador, por intermédio da ANPD, não pode expulsar a si mesmo do jogo. A ideia de que as sanções da LGPD se aplicam indistintamente ao poder público conduziria a mecanismos absolutamente irracionais.

Pode-se argumentar que, ao expor a ausência de poderes da ANPD para a aplicação de medidas incapacitantes sobre o poder público, o efeito colateral seria o desserviço de impedir que a grande arma benigna – que existe sem a intenção de ser usada – traga um efeito de estímulo para a conformidade no setor público.

Esse argumento tem três falhas graves. A primeira é que, havendo sanção incapacitante e reversão pelo Poder Judiciário, o descrédito da ANPD terá efeito muito pior que a compreensão prévia de seus limites. A segunda é que agentes públicos se movem muito mais pelos riscos pessoais – por exemplo, os que derivam de eventual improbidade administrativa, sanção disciplinar ou responsabilidade civil em regresso – que pelos riscos de sanções dirigidas a seus órgãos ou entidades. E a terceira é que, ao identificar seus limites reais, a ANPD pode se articular com outros reguladores para assegurar medidas mais efetivas de *enforcement* em face do poder público.

Verdades inconvenientes são mais úteis que mentiras convenientes. Vale para a vida, vale para os reguladores. Embora sanções mais leves possam potencialmente ser aplicadas pela ANPD sobre o poder público, medidas incapacitantes e obstrutivas dificilmente superariam o controle judicial.

Nesse contexto, ultrapassados os debates relacionados à regulação responsiva e considerando a interpretação do poder sancionador da ANPD sobre o poder público à luz da Constituição, conclui-se que:

- (i) diversos tratamentos de dados pessoais pelo poder público decorrem diretamente de atribuições constitucionais, não sendo afastáveis por disposições em lei ordinária, dentre as quais a LGPD;
- (ii) o poder sancionador da ANPD sobre o poder público é limitado pelos standards da supremacia da Constituição e do devido processo legal substantivo;
- (iii) não há direitos fundamentais absolutos ou hierarquia entre as normas constitucionais, de modo que a prevalência da proteção de dados pessoais sobre outros direitos e princípios constitucionais que regem a administração pública deve ser avaliada em cada caso conforme regras de hermenêutica e de ponderação;
- (iv) a fronteira gerada pela supremacia da Constituição impede qualquer sanção administrativa da ANPD sobre o poder público que, exemplificativamente, suspenda ou proíba atividades de tratamento de dados pessoais cuja ocorrência seja imposta pela própria Constituição; suspenda ou proíba atividades de tratamento de dados pessoais cuja ocorrência seja prerrogativa constitucional do órgão ou entidade sancionada; importe violação do pacto federativo; ou obste atividade constitucional finalística dos Poderes;
- (v) as sanções da ANPD sobre o poder público, para serem razoáveis e proporcionais, devem considerar a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito; e
- (vi) a aplicação de sanções pela ANPD sobre o poder público é indissociável de uma leitura consequencialista do caso concreto, de modo a evitar que ideias teoricamente nobres impliquem consequências desastrosas para a população.

A proteção de dados pessoais é um direito fundamental que deve ser interpretado com sabedoria prática, sobretudo no campo das sanções sobre o poder público. Como registrado por Justice Jackson em seu voto divergente no célebre caso *Terminiello v. Chicago*, a ausência de uma interpretação temperada com um pouco de sabedoria prática pode transformar direitos fundamentais em um pacto suicida.

A teoria da regulação responsiva nasceu de uma necessidade de superação de visões extremadas e da busca de um modelo de equilíbrio. Este, talvez, seja o atributo mais relevante e útil na disseminação de uma cultura de proteção de dados no setor público e em tantos outros elementos da vida pública brasileira: o tão sonhado, raro e admirável equilíbrio.