

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO
CURSO DE DIREITO

Thales Donato

A atuação regulatória da Agência Nacional de Proteção de Dados:
Potencialidades de uma abordagem responsiva

Florianópolis

2022

Thales Donato

A atuação regulatória da Agência Nacional de Proteção de Dados:
Potencialidades de uma abordagem responsiva

Trabalho de Conclusão de Curso submetido ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Pedro de Menezes Niebuhr.

Florianópolis

2022

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

Donato, Thales

A atuação regulatória da Agência Nacional de Proteção de
Dados : Potencialidades de uma abordagem responsiva /
Thales Donato ; orientador, Pedro de Menezes Niebuhr, 2022.
89 p.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) -
Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências
Jurídicas, Graduação em Direito, Florianópolis, 2022.

Inclui referências.

1. Direito. 2. Proteção de Dados. 3. Regulação
responsiva. 4. ANPD. 5. Direito à privacidade. I. Niebuhr,
Pedro de Menezes. II. Universidade Federal de Santa
Catarina. Graduação em Direito. III. Título.

Thales Donato

A atuação regulatória da Agência Nacional de Proteção de Dados: Potencialidades de uma abordagem responsiva

Este Trabalho de Conclusão de Curso foi julgado adequado para obtenção do título de bacharel em direito e aprovado em sua forma final pelo Curso de Graduação em Direito.

Florianópolis, 08 de dezembro de 2022.

Coordenação do Curso

Banca examinadora

Prof. Dr. Pedro de Menezes Niebuhr
Orientador

Prof. Me. Isaac Kofi Medeiros
Avaliador

Prof. Esp. Caio Eduardo de Souza
Avaliador

Florianópolis, 2022.

À minha família, pelo apoio irrestrito.

AGRADECIMENTOS

Nenhum aspecto da minha graduação seria possível sem a Universidade Federal de Santa Catarina, onde experienciei as belezas da universidade pública gratuita e de qualidade.

Agradeço à minha família, fonte de amparo permanente antes, durante e após a feitura do presente trabalho. À minha mãe, a quem devo o maior dos agradecimentos, por me transmitir as noções mais fundamentais de sensibilidade e humanidade. Ao Oscar, pela compreensão que encontrei nos momentos mais complicados. Amo vocês de todo o coração. Ao Daniel, que me subsidiou incentivo durante todo o trajeto, mesmo avesso ao Direito. Ao Urândis e aos avós Amauri e Maria, por todo o carinho e pela motivação a trilhar o caminho do estudo. Ao Gregor, o irmão mais incrível que eu poderia pedir.

Aos muitos amigos que levo da UFSC, dos quais não seria justo citar exaustivamente, sob perigo de esquecer nomes importantes. Dentre esses, agradeço especialmente ao Weliton, ao Marcos e ao Jafé, companheiros de RU, de TCC e de vida. À Nina, que desde sempre mora no meu coração. À Luiza, minha companheira nas tardes de Biblioteca Setorial, pelas revisões atentas e pelas conversas apaixonantes.

Dentre as experiências universitárias, sou muito grato ao CAXIF e à Sociedade de Debates da UFSC por todas as alegrias compartilhadas e por ensinar-me o valor da pluralidade. Devo muitos sorrisos à SdD UFSC e aos seus membros. Agradeço à gurizada do 4 Stations: Malcolm, João, Vithor, Henrique, Vinicius, Alf, Otávio, Cássio e Kollet, pela parceria ímpar.

Da operação do direito, agradeço aos colegas de Tribunal de Justiça - Gabinete do Dr. Davidson, pelas lições de Direito Público e de vida - e de Ministério Público, na figura do Dr. Francisco, pelo incentivo a concluir este trabalho. Ainda, agradeço imensamente aos docentes do Centro de Ciências Jurídicas pelos ensinamentos marcantes, na figura do professor Samuel da Silva Mattos: se eu vi mais longe, foi por estar sobre os ombros de gigantes.

Agradeço ao professor Pedro de Menezes Niebuhr, tanto por ter aceitado orientar este trabalho quanto pelas valiosas lições desde a época de iniciação científica. Ao Caio e ao Isaac pelo fomento à pesquisa acadêmica e pela disponibilidade em participar da banca.

Enfim, agradeço a todos os envolvidos na minha trajetória acadêmica e pessoal, ainda que não expressamente mencionados. Por fim, agradeço ao povo brasileiro, que financiou a minha formação humanitária e me possibilitou alcançar vãos mais altos.

A máquina do mundo se entreabriu para quem de a romper já se esquivava.

(DRUMMOND, 1951)

RESUMO

O presente trabalho examina a potencial efetividade da abordagem regulatória adotada pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados para desincentivar condutas violadoras da privacidade digital, à luz do instrumental da regulação responsiva. O objetivo geral é identificar o grau de aproximação da abordagem da Autoridade Nacional de Proteção de Dados, em matéria de regulação, com a abordagem responsiva tida como sugestão pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico. Para tanto, é utilizada a forma de raciocínio dedutiva. Primeiro, se estabelece as premissas quanto às particularidades da intervenção estatal em âmbito de proteção de dados, com base na revisão bibliográfica das principais teorizações da temática em seara nacional e na análise legislativa dos microssistemas de proteção de dados pátrio e comunitário europeu. Após, realiza-se revisão bibliográfica acerca do método empregado pela regulação responsiva, a fim de assentar-se suas premissas de efetividade. Em seguida, é pormenorizado o método regulatório proposto pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados, baseando-se na sua regulamentação e em seus relatórios de impacto regulatório. Por fim, se deduz, com fulcro nas premissas assentadas relativamente à intervenção estatal em matéria de proteção de dados e à regulação responsiva, a potencial efetividade do método regulatório adotado pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados, por dispor de mecanismos aptos a desincentivar comportamentos violadores da privacidade digital, seja quanto a agentes racionais, seja quanto a agentes irracionais, na medida de sua conduta. Por fim, sugere-se a aplicação de mecanismos responsivos ainda não operacionalizados pela referida Autoridade, como a pirâmide de sanções positivas.

Palavras-chave: regulação responsiva; proteção de dados; Autoridade Nacional de Proteção de Dados.

ABSTRACT

The present work examines the potential effectiveness of the regulatory approach adopted by the Brazilian National Data Protection Authority to discourage conduct that violates digital privacy, in light of the instruments of responsive regulation.

The general objective is to identify the degree of approximation of the approach of the National Data Protection Authority, in matters of regulation, with the responsive approach taken as a suggestion by the Organization for Economic Cooperation and Development. For that, the deductive reasoning form is used. First, the assumptions are established regarding the particularities of state intervention in the field of data protection, based on a bibliographical review of the main theories on the subject in the national field and on the legislative analysis of both the Brazilian and the European data protection microsystems. Afterwards, a bibliographical review is carried out about the method used by responsive regulation, in order to establish its premises of effectiveness. Then, the regulatory method proposed by the National Data Protection Authority is detailed, based on its regulation and its regulatory impact reports. Finally, grounded on the assumptions based on state intervention in data protection and responsive regulation, the potential effectiveness of the regulatory method adopted by the National Data Protection Authority is deduced, as it has mechanisms capable of discouraging violating behavior of digital privacy, whether for rational agents or for irrational agents, according to their conduct. Finally, it is suggested the application of responsive mechanisms not yet operationalized by the said Authority, such as the pyramid of positive sanctions.

Keywords: responsive regulation; data protection; Brazilian Data Protection Authority.

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 – Pirâmide de enforcement	46
Figura 2 – Comparação das pirâmides negativa e positiva	47
Figura 3 – Pirâmide de estratégias regulatórias	50

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	12
2	A SISTEMÁTICA DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS	15
2.1	DA PRIVACIDADE À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS	16
2.2	A REGULAÇÃO SOBRE PRIVACIDADE E DADOS	19
2.2.1	Gerações de leis de proteção de dados	19
2.2.2	Direito comunitário europeu	24
2.2.3	O contexto pátrio	30
2.2.3.1	<i>Antecedentes</i>	30
2.2.3.2	<i>Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais</i>	32
2.3	SÍNTESE DO CAPÍTULO 2	35
3	REGULAÇÃO RESPONSIVA	37
3.1	O LOCUS DA REGULAÇÃO RESPONSIVA	39
3.1.1	Transcendendo o debate de desregulação	40
3.1.2	Comando e controle	41
3.2	PUNIR OU PERSUADIR	44
3.2.1	Do tit-for-tat ao escalonamento sancionatório	45
3.2.2	Conjugação de estratégias regulatórias	50
3.3	SÍNTESE DO CAPÍTULO 3	56
4	REGULAÇÃO DA ANPD	58
4.1	OPERACIONALIZANDO A PROTEÇÃO DE DADOS NO BRASIL	58
4.2	REGULAMENTAÇÃO DA ANPD	63
4.3	PARALELOS RESPONSIVOS	71
4.4	SÍNTESE DO CAPÍTULO 4	79
5	CONCLUSÃO	81
	REFERÊNCIAS	85

1 INTRODUÇÃO

Diante da complexificação do mercado informacional, os dados pessoais do usuário figuram como um dos bens mais almejados na nova forma de organização social sedimentada sobre o tratamento de informações. Os dados, sua transmissão e tratamento, constituem o novo elemento estruturante da sociedade. Nesse sentido, com o advento de esforços econômicos tendentes a tratar os dados pessoais como verdadeiro ativo financeiro, o usuário encontra-se frente a uma relação desbalanceada relativamente aos agentes de tratamento.

No intuito de equilibrar a relação entre as partes do tratamento de dados, revela-se de suma relevância a intervenção estatal, a ser realizada por via da regulação. Nesse sentido, recentemente tanto positivou-se o marco central para proteção de dados em âmbito nacional, a Lei Geral de Proteção de Dados, quanto instituiu-se a Autoridade responsável por fazer valer as suas disposições, a Autoridade Nacional de Proteção de Dados. A pesquisa ora relatada insere-se na corrente contemporânea de fornecimento de subsídio teórico às recentes proposições de tutela da privacidade no Brasil.

Assim, o presente trabalho visa analisar o formato sob o qual tem-se regulado o setor de proteção de dados no contexto pátrio, especialmente a partir da regulamentação empreendida desde 2018. O problema que norteia os esforços investigativos pode ser elaborado da seguinte forma: A regulação adotada pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados é potencialmente efetiva para coibir condutas violadoras da privacidade digital? Parte-se da hipótese inicial, a ser verificada ou refutada no decorrer da pesquisa, de que a regulação responsiva possui condão de desincentivar as condutas violadoras à privacidade digital nos moldes instituídos pela Lei Geral de Proteção de Dados, dado que sua efetividade advém, a título preventivo, do fomento à cultura de Proteção de Dados Pessoais em âmbito nacional por via dos programas de orientação, e a título repressivo, da adequação das sanções ao comportamento geral e padrão das infrações do regulado.

Pretende-se firmar uma resposta a partir da forma de raciocínio dedutiva. Portanto, a metodologia a ser empregada consiste no estabelecimento das premissas, quais sejam, das particularidades do cenário da proteção de dados pessoais (segundo capítulo) e da forma de abordagem da regulação responsiva

(terceiro capítulo) para, ao fim, verificar-se a adequação da hipótese inicial - com base na metodologia regulatória adotada pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados (quarto capítulo).

Durante o segundo capítulo, pretende-se verificar a trajetória da proteção de dados como categoria autônoma, partindo das concepções mais primordiais de direito à privacidade até as mais recentes disposições legislativas quanto à tutela de dados pessoais - vide General Data Protection Regulation e, em âmbito brasileiro, Lei Geral de Proteção de Dados. Durante o percurso, objetiva-se depreender as particularidades de tutelar-se o bem jurídico “privacidade” no âmbito digital, a partir da análise da evolução das leis de proteção de dados juntamente da problemática que cada diploma legal a ser explorado buscou mitigar ou resolver. Os procedimentos de pesquisa a serem utilizados serão a análise bibliográfica, quanto a alguns dos principais marcos teóricos que embasaram a Lei Geral de Proteção de Dados, e a análise legislativa dos diplomas legais que guardam relação com a LGPD (brevemente, tratar-se-á da Diretiva 95/46/CE, da GDPR e das disposições positivadas no ordenamento brasileiro que antecederam a LGPD quanto à tutela de informações pessoais).

O procedimento a ser empregado no terceiro capítulo é a pesquisa bibliográfica relativamente à teoria de base, de modo a assentar as premissas básicas da regulação responsiva. Trata-se de esforço mormente descritivo. Explorar-se-á largamente a obra que origina a abordagem responsiva, de Ayres e Braithwaite (1992), do que pretende-se demonstrar o raciocínio segundo o qual opera referido método regulatório, de conformação da atividade repressiva à conduta e histórico dos agentes e, mais do que isso, de adequação das estratégias regulatórias ao setor/cenário em questão. Ainda, intenta-se demonstrar os contornos mais recentes da teoria, que vai além do espectro meramente sancionatório e adentra tanto nos potenciais de escuta setorial e congregação de grupos interessados ao processo regulatório quanto à possibilidade de premiação às condutas virtuosas dos regulados, com o fim de lograr-se não apenas qualquer conformidade, mas uma conformidade de excelência.

Por fim, o quarto capítulo é o locus da confirmação ou refutação da hipótese inicial, por via do raciocínio dedutivo. Após o relato, em linhas gerais, da regulamentação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados por via de pesquisa descritiva, propõe-se a análise comparativa desta com a teoria de base, a fim de

verificar suas respectivas aproximações e distanciamentos. Com base na eventual identificação da abordagem regulatória adotada pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados com a regulação responsiva e nas premissas assentadas até então no segundo capítulo (quanto às particularidades atinentes ao setor de proteção de dados) e no terceiro capítulo (quanto às potencialidades regulatórias de uma abordagem responsiva), pretende-se deduzir a potencial (in)efetividade da ANPD de afetar a esfera motivacional dos agentes pertencentes ao setor regulado em comento a fim de desincentivar condutas violadoras da privacidade digital, seja refutando, seja confirmando a hipótese originalmente proposta.

2 A SISTEMÁTICA DA PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

2.1 DA PRIVACIDADE À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

A noção de proteção de dados pessoais guarda íntima relação com o direito à privacidade, do qual retirou, historicamente, fundamento jurídico. Comumente se atribui a gênese (ou, ao menos, o fomento à discussão acadêmica¹) do direito à privacidade ao célebre artigo “The Right to privacy” (WARREN, BRANDEIS, 1890), que possuía sentido de identificar privacidade com o direito de ser deixado só (DONEDA, 2021, p. 30) - muito embora o responsável por cunhar o termo *right to be alone*, no sentido utilizado por Warren e Brandeis, tenha sido o magistrado Thomas McIntyre Cooley em seu “Treatise of the law of torts” (COOLEY, 1888).

Em face de inovações tecnológicas, como a fotografia instantânea, e, em geral, da concepção de que “a imprensa estaria ultrapassando em todas as direções os limites óbvios de propriedade e decência” (WARREN; BRANDEIS, 1890, p. 196, tradução minha), os autores advogam no sentido de que a decisão de tornar determinado fato ou informação públicos, em todos os casos, deve ser do indivíduo, sem que nenhum outro possa fazê-lo sem seu consentimento² (IDEM, p. 199).

A proibição de acesso e publicização de determinadas informações de foro íntimo, na visão dos autores, não tem a ver com evitar a “posse do meio físico onde o conteúdo está expresso, mas sim impedir a violação da personalidade da pessoa, fonte daquele conteúdo” (CANCELIER, 2016, p. 109).

Ainda que desde já se delineie os contornos que paragonam e interligam a privacidade aos direitos da personalidade, é notória a existência de aspectos individualistas no conceito de privacidade dos autores, visto que envolto por um contexto de liberalismo clássico. Ao tratar do marco inicial da privacidade, Doneda (2021, p. 30) ressalta a ocorrência de um “individualismo exacerbado e até mesmo egoísta” desta concepção, denominando-a de paradigma *zero relationship*, no sentido de espelhar a “ausência de comunicação entre uma pessoa e as demais” - elaboração que em muito alterou-se quando do crescimento do fluxo de dados característico da sociedade da informação, ainda que se possa traçar “um fio

¹ Neste sentido, Cancelier (2016, p. 107) leciona que “o impulso dado ao tema por Warren e Brandeis serviu para valorizar e chamar a atenção para esse direito em gestação, de forma autônoma e protagonista.”

² In every such case the individual is entitled to decide whether that which is his shall be given to the public.No other has the right to publish his productions in any form, without his consent. (WARREN, BRANDEIS, 1890, p. 199).

tenacíssimo” (RODOTÀ, 1999, p. 203) entre a concepção primordial de Brandeis e Warren e a privacidade como reputada na contemporaneidade.

Em síntese, o mérito de Warren e Brandeis foi o de fomentar o conceito de privacidade enquanto direito, embora a proposição desde então em muito tenha-se modificado. Ainda que a título de “direito a ser deixado sozinho”, no sentido de que cada indivíduo possuiria a faculdade de não ser perturbado, os primeiros contornos da privacidade foram essenciais para a gênese de sua definição jurídica - ainda que carecesse de considerações mais aprofundadas acerca de sua significação coletiva.

Conforme delineado supra, o conceito de privacidade veio a alterar-se na passagem do Estado liberal para o Estado de bem estar social (DONEDA, 2021, p. 33), fato que coincidiu em dada medida com o crescimento no fluxo de informações e amplo desenvolvimento tecnológico ocorrido a partir do século XX. A relação entre a crescente do fluxo informacional, juntamente com novas tecnologias, e o progresso na conceituação do direito à privacidade se deve à noção de que o vetor da técnica deve ser levado em conta como um elemento determinante em qualquer análise sobre os fenômenos atinentes à informação e à privacidade, na medida em que as mudanças no tecido social, conjuntamente com a tecnologia, “definem diretamente o contexto no qual a informação e a privacidade atualmente se relacionam” (IBIDEM, p. 35).

Nesse sentido, a tecnologia não alterou-se em pouco. A partir de conceitos como *sociedade da informação*³, pode-se perceber que “a informação avoca um papel central e adjetivante da sociedade”, sendo o elemento estruturante que a organiza, bem como o foram, em seus respectivos momentos históricos, a terra para o período de intensa agricultura, as máquinas a vapor para a organização social pautada na indústria e os serviços na sociedade pós industrial (BIONI, 2019, p. 4-5). Pôde-se perceber mudanças de ordem quantitativa e qualitativa na armazenagem, processamento e utilização de informações:

(...) os bits desmaterializaram a informação, permitindo a sua introdução em computadores . E, com o passar do tempo, todo tipo de informação passou a ser digitalizado, tal como o áudio e o vídeo. Isso implicou uma virada exponencial na quantidade de informações processadas. Com a linguagem binária, permitiu-se um acúmulo de informação inimaginável e em novas plataformas – e.g., compact disk (CD), pen drive, computadores pessoais

³ Termo cunhado por Manuel Castells (2000) para designar o novo paradigma social, que tem como características fundamentais: (i) a informação é a sua matéria prima; (ii) a tecnologia têm alta penetrabilidade; e (iii) predomínio da lógica de redes.

etc. Para além desse progresso quantitativo, experimentou-se, também, uma mudança de ordem qualitativa no processamento de informações. A técnica binária permitiu que a informação fosse mais precisamente organizada, facilitando, em última análise, o seu próprio acesso. (IDEM, p. 7-8)

Embora a concepção de que a informação é determinante para a geração de riqueza exista desde a sociedade industrial⁴, as alterações quantitativa e qualitativa no fluxo de informações transformaram-na no motor da economia contemporânea, do que cunhou-se o termo *economia informacional* para referir-se ao modelo econômico organizado por, nos termos de Castells (apud Bioni, 2019, p. 11) um sistema nervoso eletrônico.

Os “dados” passaram a tomar relevância a partir do momento em que, a partir destes, logrou-se traduzir informação. Isto porque o dado, isoladamente, nada mais representa do que um conceito “primitivo e fragmentado”, similar a um estágio de “pré-informação, anterior à interpretação e a um processo de elaboração” (DONEDA, 2021, p. 140). Nesta toada, “a novidade fundamental introduzida pelo computador consiste na transformação de informação dispersa em informação organizada” (Rodotà, 1973, p. 14)⁵. A partir do advento de tecnologias capazes de, sistematicamente, organizar e processar os dados de modo a fornecer um produto final sólido, a saber, “informação” - especialmente com a possibilidade contemporânea de organizar tais dados de modo escalável (vide Big Data) -, criou-se “um novo mercado cuja base de sustentação é a sua extração e comodificação” (BIONI, p. 2019, p. 13).

Por essas e outras, Doneda (2021, p. 41), utilizando-se do arsenal conceitual pensado primeiramente por Stefano Rodotà (1995, p. 102), afirma que o direito à privacidade não mais se estrutura em torno do eixo “pessoa-informação-segredo”, como no paradigma da *zero-relationship* inaugurado por Warren e Brandeis, mas sim no eixo “pessoa-informação-circulação-controle”. Para além da garantia de confidência ou isolamento, a privacidade teria o condão de propiciar a construção e a consolidação de uma esfera privada própria - elemento que adquire especial relevância ao considerar-se seus desdobramentos.

⁴ A relevância da informação já era ressaltada pelos federalistas, quando da célebre frase de James Madison (1822): “A popular Government, without popular information, or the means of acquiring it, is but a Prologue to a Farce or a Tragedy.”

⁵ Inoltre, la novità fondamentale introdotta dall'elaboratore consiste nella trasformazione di informazioni disperse in informazione organizzata.

A partir de marcos teóricos como Alan Westin (1968), a privacidade passou a ser considerada enquanto elemento necessário também ao âmbito público. Calcado na noção de individualidade delineada por Young⁶ (1966, p. 130), Westin explora a significância da autodeterminação informacional - conceito sobre o qual tratar-se-á mais adiante - como afeta aos direitos da personalidade no contexto de sociedades democráticas:

This development of individuality is particularly important in democratic societies, since qualities of independent thought, diversity of views, and nonconformity are considered desirable traits for individuals. Such independence requires time for sheltered experimentation and testing of ideas, for preparation and practice in thought and conduct, without fear of ridicule or penalty, and for the opportunity to alter opinions before making them public. (WESTIN, 1968, p. 34)

Diante disso, utiliza-se do raciocínio de Danilo Doneda (2021, p. 44), segundo o qual, nesse cenário, a disciplina da proteção de dados pessoais surgiu da necessidade de operacionalização da privacidade, motivo pelo qual ambas partilham de pressupostos ontológicos similares: a proteção de dados seria “continuação por outros meios”, ou um “desdobramento” da proteção à privacidade. Pode-se evidenciar o desdobramento ao atentar à forma de abordagem do tópico quando da positivação de ambas na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia: A disposição do referido diploma que prevê o direito à privacidade (artigo 7º) afigura-o como “respeito pela sua vida privada e familiar”, enquanto trata, em seu artigo 8º, acerca da proteção de dados pessoais de modo autônomo.

Contudo, ao realizar essa continuidade em um contexto de sociedade pós-industrial, a proteção de dados acabou por adquirir uma série de peculiaridades e características próprias, inexistentes até então no arcabouço teórico do direito à privacidade - desse fenômeno que surge a demanda por estabelecer novos mecanismos e institutos para possibilitar a melhor tutela à privacidade do cidadão, na figura da proteção de dados. Dadas as bases da conceituação do direito à privacidade, no intuito de compreender as particularidades da disciplina da proteção de dados pessoais, em seguida analisar-se-á mais detidamente a evolução legislativa das normas de proteção de dados.

⁶ “Without privacy there is no individuality. There are only types. Who can know what he thinks and feels if he never has the opportunity to be alone with his thoughts and feelings?”

2.2 A REGULAÇÃO SOBRE PRIVACIDADE E DADOS

2.2.1 Gerações de leis de proteção de dados

Estabelecidas as linhas gerais da evolução teórica do direito à privacidade, partindo de premissas individualistas, tendo sua gênese como direito de ser deixado sozinho, até seus mais sofisticados desdobramentos coletivos em meio ao contexto de sociedade da informação, passa-se à análise das legislações que positivaram referido desenvolvimento conceitual, no intuito de compreender as peculiaridades atinentes à proteção de dados e à privacidade enquanto bem jurídico a ser tutelado pela regulação estatal. Para tanto, utilizar-se-á de esquema elaborado por Viktor Mayer-Schönberger (1997, p. 219-241) e popularizado, no cenário pátrio, por Danilo Doneda (2021, p. 179-184), em que descrevem-se quatro gerações legislativas de proteção de dados - uma vez delineados sumariamente os primeiros esforços de proteção de dados, adentrar-se-á em maiores minúcias quanto às leis promulgadas em contexto pátrio na contemporaneidade.

Conforme apontado, gerações de leis de proteção de dados pessoais encabeçaram projetos de privacidade tendo em vista a concepção de privacidade preponderante em cada contexto respectivo. As primeiras iniciativas legislativas, segundo os autores, surgiram na década de 1970, dentre as quais pode-se citar a *Hessisches Datenschutzgesetz*, a *Datalog* (1973) e o *Privacy Act* norte americano (1974). Brevemente, pode-se descrever as primeiras leis de proteção de dados como uma resposta ao surgimento do processamento eletrônico de dados no seio de governos e grandes corporações - tratavam-se de verdadeiras tentativas de combate aos planos de bancos de dados nacionais centralizados (MAYER-SCHONBERGER, 1997, p. 221).

Os projetos de bancos de dados centralizados em âmbito nacional adquiriram especial relevância quando do surgimento dos computadores pessoais, haja vista que, não apenas os governos imediatamente compreenderam o potencial do instrumentário advindo da coleta e processamento de dados pessoais, mas também as grandes corporações vislumbraram no advento dos computadores a possibilidade de incremento em seu planejamento, administração e gerência, o que

criou solo fértil às propostas de centralização nacional de informações em países como a Alemanha⁷ e a Suécia⁸ (Ibidem, p. 232).

Por essas questões, as normas de proteção de dados de primeira geração não enfatizam a proteção da privacidade individual: em função de proporem-se a regular um cenário “no qual centros de tratamento de dados, de grande porte, concentrariam a coleta e a gestão dos dados pessoais” (DONEDA, 2021, p. 180), a regulação enfatizou a função do processamento de dados na sociedade (MAYER-SCHONBERGER, op. cit., p. 223). As legislações dessa geração não tardaram a tornarem-se obsoletas, visto que, por estabelecerem minuciosamente e, de modo rígido, regimes de autorização e modalidades de tratamento de dados a serem determinados *ex ante*, suas regras não foram aptas a acompanhar a dinâmica de crescimento e mudança dos bancos de dados e dos grandes centros computacionais (DONEDA, op. cit., p. 181).

Promulgada a partir de meados dos anos 1970⁹, a segunda geração legislativa de proteção de dados teve por mérito enfatizar o direito individual de privacidade (MAYER-SCHONBERGER, op. cit., p. 226), afastando-se da concepção de que a problemática residiria nos *centralized national data banks*. Dado que grande parte do processamento de dados, nesse contexto, viria a ser efetivado de modo difuso por milhares de computadores dispersos, a solução apontada pela legislação foi que os cidadãos “lutassem pela privacidade por si próprios, com o auxílio de direitos individuais constitucionalmente assegurados” (Ibidem, p. 226, tradução minha).

Nesse sentido, a positivação da privacidade informacional em âmbito Constitucional, em ordenamentos como o espanhol (artigo 18, § 4, da Constitución Española de 1978) e o português (artigo 35 da Constituição Portuguesa de 1976), delegou aos cidadãos o poder decisório acerca dos usos que seriam conferidos aos seus dados pessoais - o seu consentimento passou a constituir, por vezes, requisito

⁷ A título paradigmático, pode-se citar a tentativa da região da Bavária de utilizar os computadores instalados para os Jogos Olímpicos de 1972 para o Sistema Centralizado de Informações da Bavária (MAYER-SCHONBERGER, op. cit., p. 226).

⁸ “Na Suécia, os dados atinentes ao censo e ao registro civil já haviam sido mesclados, e dados tributários armazenavam-se em bancos de dados fiscais. No final dos anos 1960, a legislatura sueca propôs a fusão de todas essas fontes de informação em uma única informação nacional” (ibidem, p. 226, tradução minha).

⁹ A contar da promulgação da lei francesa 78-17 de 1978, ora denominada *Informatique et Libertés*.

inafastável para processamento de dados¹⁰. A essa estratégia regulatória, que conferia centralidade ao titular de dados pessoais e nele depositava a responsabilidade de autoprotoger as suas informações, Bioni (2019, p. 115) credita a gênese formal do protagonismo do consentimento na proteção de dados.

A conceituação de privacidade à época pode ser sintetizada pela ótica de Alan Westin (1970, p. 7), que a compreendia como “the claim of individuals, groups, or institutions to determine for themselves when, how, and to what extent information about them is communicated to others”¹¹. Nos termos de Doneda (2021, p. 181), a privacidade passou a ser vista como uma liberdade negativa.

Embora às autoridades de controle tenham sido delegadas não apenas atribuições investigatórias quanto a violações à legislação protetiva, transformando-as em verdadeiros *ombudsman* da proteção de dados (MAYER-SCHONBERGER, 1997, p. 228), como também hermenêuticas, no sentido de ditar como a burocracia estatal deveria interpretar as normas atinentes à privacidade digital, as agências não foram suficientes para estancar as infrações decorrentes do crescente fluxo de informações pessoais em um contexto de protagonismo individual do exercício da proteção de dados. Os cidadãos, em tese, poderiam exercer sua liberdade individual de interromper o fluxo de informações ou recusar o processamento de determinados dados - contudo, isso simplesmente implicaria na cessação de determinado serviço digital. Esticando o argumento, Mayer-Schonberger (1997, p. 229) questiona o preço a ser pago pelo exercício da liberdade negativa, visto que somente verdadeiros *eremitas* poderiam conviver com a interrupção desses serviços em um contexto digital.

Como resposta ao problema supracitado, ainda centrada no indivíduo, a terceira geração de leis de proteção de dados possuiu o mérito de garantir a liberdade anunciada pela segunda geração de forma mais assertiva, nas situações em que o livre arbítrio do cidadão é cerceado pelas condicionantes inerentes aos serviços digitais (DONEDA, op. cit., p. 183). Credita-se à célebre decisão do Tribunal Constitucional Alemão o marco inaugural das leis de terceira geração, visto que foi

¹⁰ A título de exemplo, pode-se citar o *Norwegian Data Protection Act Nr. 48* (1978), que confere aos cidadãos o direito de recusar o processamento de seus dados para propósitos de marketing e pesquisa de mercado.

¹¹ A reivindicação de indivíduos, grupos ou instituições para determinar, por eles mesmo, quando, como e em que medida as suas informações serão comunicadas a terceiros.

responsável por reconhecer e moldar as bases do conceito paradigmático de autodeterminação informativa relativamente à proteção de dados.

Como uma extensão das liberdades enunciadas nas leis de segunda geração, a autodeterminação informacional traduz a concepção de que “a capacidade do indivíduo de autodeterminar seus dados pessoais seria parcela fundamental do seu direito em livremente desenvolver sua personalidade” (BIONI, 2019, p. 103). Nos termos de Bioni (ibidem, p. 103), o julgado seria paradigmático justamente por estabelecer um direito autônomo da personalidade relativo à proteção de dados pessoais. Nesse sentido, leciona Viktor Mayer-Schonberger:

A reinterpretação da proteção de dados como um direito à autodeterminação informacional pode ser facilmente encontrada na decisão da Corte Constitucional Alemã: ‘O direito básico garante a capacidade do indivíduo de decidir em geral por si mesmo a liberação e o uso de seus próprios dados pessoais’.(...) “O indivíduo não pode apenas, como nas normas de proteção de dados de segunda geração, decidir de uma vez por todas em uma escolha de ‘tudo ou nada’ pelo tratamento de seus dados pessoais, mas deve ser – pelo menos em princípio – continuamente envolvido no processamento de dados. Além disso, o tribunal deixou claro que o governo deve, sempre que solicitar dados pessoais aos cidadãos, explicar por que os dados solicitados são necessários e quais consequências específicas a negação do consentimento do cidadão pode acarretar. (MAYER-SCHONBERGER, 1997, p. 229-230, tradução minha)

Em função da alteração da concepção primordial sobre a qual assentava-se a proteção - agora com viés de salvaguardar dados pessoais porque caros ao livre desenvolvimento da personalidade individual - diversas garantias foram incorporadas à legislação, destacando-se, nos estatutos de proteção de dados dos estados alemães, e na posterior *German Federal Data Protection Act* (1990), a garantia de “voz não só durante a fase de processamento, mas também em todas as outras fases de coleta, armazenamento, processamento e transmissão de informações” (Idem, p. 231, tradução minha). De modo similar, o *Finnish Persons Register Act* previa o direito do cidadão de consentir ou recusar a transmissão e vinculação de informações pessoais (ibidem, p. 231).

Contudo, os obstáculos enfrentados pelas normas de segunda geração não foram inteiramente solucionados, haja vista que, embora as leis de terceira geração encarassem a participação do cidadão como a “mola propulsora de sua estrutura” (DONEDA, 2021, p. 183), poucas pessoas logravam exercitar, materialmente, suas

prerrogativas de autodeterminação informativa. Isto porque, ainda que detentores de mais direitos de participação, os cidadãos não estavam dispostos a pagar o alto custo financeiro e social cobrado no caso de exercitarem propriamente seu direito à autodeterminação informacional (MAYER-SCHONBERGER, 1997, p. 232)¹².

Além de problemas relacionados aos custos econômicos e sociais advindos da recusa à transmissão, armazenamento ou processamento de dados, o próprio paradigma do consentimento encontrou sua fronteira nas “limitações cognitivas do titular dos dados pessoais para avaliar os custos e benefícios envolvidos quanto aos seus direitos de personalidade” e nas situações em que não “há uma real liberdade de escolha do titular (circunstâncias ‘take it or leave it’)” (MENDES; FONSECA, 2021, p. 78).

Visando a mitigação da problemática advinda do protagonismo individual na tutela de dados pessoais, as leis de quarta geração atentaram à necessidade de uma proteção mais rígida em determinadas situações, (i) disseminando o modelo de aplicação das leis de proteção de dados pessoais por via de autoridades independentes, assim como (ii) propondo alterações legislativas com mérito de retirar do indivíduo o poder de decisão acerca o processamento de determinadas espécies de dados pessoais, como os sensíveis (BIONI, 2019, p. 117).

Em síntese, considerando a existência de desequilíbrio na relação entre os polos da transmissão de dados¹³, buscou-se reduzir o papel da decisão individual de autodeterminação informativa (DONEDA, op. cit., p. 184), embora esse progresso geracional não tenha eliminado o protagonismo do consentimento, que permaneceu sendo o “traço marcante da abordagem regulatória” (BIONI, op. cit., p. 117). Mais do que isso: A partir de então, como no direito comunitário europeu recente, responsável por balizar as normativas de proteção de dados no século XXI conforme explicado a seguir, o consentimento passou a ser adjetivado, como devendo ser livre, informado, inequívoco, explícito e/ou específico” (ibidem, p. 117).

Brevemente relatadas as gerações de leis de proteção de dados pessoais, passar-se-á ao exame das normas mais relevantes em espécie, ressaltando

¹² “But reality turned out to be different again. Even when empowered with new and extended participatory rights, people were not willing to pay the high monetary and social cost they would have to expend when rigorously exercising their right of informational self-determination.”

¹³ Bioni (2019) identifica o cidadão, no contexto de mercado informacional (p. 209-210), como “hipervulnerável”, na medida em que haveria uma sobreposição de fraquezas: a sua vulnerabilidade enquanto consumidor, seria agravada por assimetrias de ordem informacional, técnica e econômica, típicas do mercado digital de informações.

aspectos pontuais do direito comunitário europeu, visto que paradigmático em relação às demais legislações, posteriormente enfatizando o contexto pátrio, em que destaca-se (i) Código de Defesa do Consumidor, quanto às implicações a título de proteção de dados; (ii) o Marco Civil da Internet; e, finalmente, (iii) a Lei Geral de Proteção de Dados.

2.2.2 Direito comunitário europeu

As considerações a serem apontadas acerca do direito comunitário europeu possuem finalidade de orientar e fornecer subsídio referencial à análise do ordenamento jurídico pátrio, na medida em que os institutos jurídicos nacionais de proteção de dados, inclusive nos moldes mais atualizados da LGPD, possuem significativa inspiração nas normas de regramento de dados europeias, especialmente na *General Data Protection Regulation (GDPR)* - sobre a qual se tratará abaixo. Cabe ressaltar que leis de proteção de dados de primeira e segunda geração, tais como a *Datenschutzgesetz* e a *Informatique et Libertés*, não serão objeto de maiores análises dado que seu espírito geral, que importa à presente pesquisa, foi suficientemente explanado no tópico anterior (2.2.1).

A formação de um direito comunitário europeu referentemente à proteção de dados passou por momentos de descentralização antes do advento da GDPR. Em um primeiro momento, as linhas gerais acerca do regramento de dados pessoais delineadas atentavam enfaticamente ao desenvolvimento do mercado informático e às transações comerciais, além de serem desenvolvidas em âmbito internacional - não unicamente no espaço europeu -, como percebe-se da normativa modelo elaborada pela OCDE de 1978 a 1980, as *Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data*, recentemente revisadas (2013).

Em data próxima, inspirado pelo debate suscitado pela OCDE, o Conselho da Europa prestou-se a abordar a temática da proteção de dados com o mérito de, pela primeira vez, apontar a construção de um sistema originalmente integrado de proteção de dados pessoais (DONEDA, 2021, p. 200) - em 1981 originou-se a *Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data*, ou simplesmente Convenção 108 do Conselho da Europa, o primeiro instrumento jurídico vinculante em seara de proteção de dados. Pode-se citar (i) o tratamento da proteção de dados como um tema de direitos humanos (Ibidem, p.

200) e (ii) o fomento à adequação da legislação interna dos países a padrões iniciais de proteção de dados como avanços significativos provenientes da Convenção 108.

Todavia, seria a implementação da Diretiva 95/46/CE a responsável por alterar materialmente a padronização da proteção de dados pessoais em âmbito europeu, uma vez que foi o instrumento jurídico com mérito estabelecer que os Estados-Membros deveriam “inserir em suas legislações internas normas para resguardar os dados pessoais, contemplando princípios e requisitos mínimos” (GNOATTON, 2021, p. 26).

Por conta da sucessiva adequação do direito interno dos países às suas disposições, a Diretiva 95 possuiu um “papel central em adicionar novos pontos no mapa global e conectá-los a fim de formar uma imagem unificada” (BIRNHACK, 2008, p. 519, tradução minha), haja vista que o seu mecanismo de adequação difundiu de modo mais eficiente a lógica europeia de proteção de dados do que as *guidelines* não vinculativas da OCDE e a Convenção 108 (IBIDEM).

Embora inserida em um cenário de necessária positivação de normas autônomas em âmbito de direito interno, servindo apenas como “orientação vinculativa”, a diretiva propôs critérios mínimos às legislações internas - no intuito de conferir algum standard de proteção de dados ao ambiente europeu - sugerindo aperfeiçoamentos substanciais na estratégia regulatória até então desenhada. Isto porque a Diretiva 95 não apenas impôs o direito do titular dos dados de controlá-los, conforme referenciou-se entre a segunda e a terceira geração de leis de proteção de dados pessoais, como também, “simetricamente, deveres aos *data controllers*” (BIONI, 2019, p. 123), responsáveis pelo processamento dos dados pessoais. A título exemplificativo, a partir de noções como *data minimization*, criou-se a obrigação, com fulcro na proporcionalidade, ao controlador, de não coletar dados excessivos em relação aos fins pretendidos/propósito especificado (IBIDEM)¹⁴.

Basicamente, a Diretiva deixa de centrar a abordagem regulatória unicamente no titular das informações e, por via da imposição de deveres, confere também protagonismo ao ator responsável pelo processamento dos dados - em divergência relativamente ao modelo proposto até então, dado que as *guidelines* da OCDE, ao imputar limitações unicamente ao usuário, titular dos dados, não fomentava o dever

¹⁴ Art. 6º, I, alínea C da Diretiva 95: “Os Estados-membros devem estabelecer que os dados pessoais serão: (...) Adequados, pertinentes e não excessivos relativamente às finalidades para que são recolhidos e para que são tratados posteriormente”.

de cooperação entre aos demais sujeitos e partes envolvidas na cadeia de fluxo informacional (Idem, p. 124). O avanço encabeçado pela diretiva nesse sentido, de ampliação do espectro de controle de dados pessoais aos demais agentes, ilustra bem a diferença existente entre leis de proteção de dados de terceira e de quarta geração, anteriormente explorada.

Não apenas a referida diretiva delegou aos Estados-Membro a função de promulgar normas internas dentro dos parâmetros e nível mínimo de proteção por ela estabelecidos, como também previu a “necessidade de os Estados-Membros instituírem Autoridades de Controle independentes, responsáveis pela fiscalização do cumprimento de normas referentes à proteção de dados” (GNOATTON, 2021, p. 26), positivamente ocorrida no artigo 28 da Diretiva 95/46/CE:

Artigo 28º. Autoridade de controlo. 1.Cada Estado-membro estabelecerá que uma ou mais autoridades públicas serão responsáveis pela fiscalização da aplicação no seu território das disposições adoptadas pelos Estados-membros nos termos da presente directiva. Essas autoridades exercerão com total independência as funções que lhes forem atribuídas.

Apesar das disposições seguintes do artigo 28 (3) que dão conta de aspectos mínimos a serem levados em consideração quando da positividade interna da autoridade de controle, como a necessidade de poderes de inquérito e de poderes de intervenção administrativa e judicial, “durante a vigência da Diretiva 95/46/CE, existiram conflitos entre os Estados-Membros e a Comissão Europeia, com relação à estrutura e ao grau de independência que deveria ser concedido às Autoridades de Controle” (GNOATTON, 2021, p. 28), motivo pelo qual a Autoridade Europeia para a Proteção de Dados, Autoridade de Controle responsável pelo cumprimento das regras de proteção pelas instituições da União Europeia, emitiu parecer apontando a necessidade de atualização legislativa europeia na proteção de dados pessoais¹⁵. Enfim, as diferenças na positividade e aplicação da legislação quando da normatização interna da Diretiva 95 acabaram por fomentar um quadro de disparidade, cristalizado em uma das mais célebres citações da exposição de motivos de elaboração da General Data Protection Regulation (GDPR):

¹⁵ “A EDPS congratula-se com a Comunicação, em termos gerais, visto estar convicta da necessidade de rever o actual quadro normativo da UE em matéria de protecção de dados para garantir uma protecção eficaz numa sociedade da informação em contínuo desenvolvimento.” (UNIÃO EUROPEIA, 2011, p. 1).

Os objetivos e princípios da Diretiva 95/46/CE permanecem sólidos, embora ela não tenha evitado fragmentação na implementação da proteção de dados ao longo da UE, insegurança jurídica ou uma percepção generalizada do público de que existem riscos significativos para a proteção das pessoas físicas, nomeadamente no que diz respeito à atividade digital. As diferenças no nível de proteção dos direitos e liberdades das pessoas naturais, em especial o direito à proteção de dados pessoais, no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais nos Estados-Membros, podem impedir a livre circulação de dados pessoais em toda a União. Essas diferenças podem, portanto, constituir um obstáculo ao exercício de atividades económicas a nível da União, distorcer a concorrência e impedir as autoridades no cumprimento das suas responsabilidades ao abrigo do direito da União. Tal diferença nos níveis de proteção deve-se à existência de diferenças na implementação e aplicação da Diretiva 95/46/CE. (UNIÃO EUROPEIA, 2016, Recital n. 9, tradução¹⁶ minha).

O direito comunitário europeu somente pode assim considerar-se, no âmbito da proteção de dados, a partir do advento do Regulamento Geral de Proteção de Dados. A GDPR mudou substancialmente a sistemática que coordena a aplicação das normas de proteção de dados no espaço europeu, dado que, enquanto “Regulamento dentro do sistema de fontes do direito comunitário, é diretamente aplicável em todos os países-membro da União Europeia, não sendo necessária a transposição de seus termos para o direito interno de cada jurisdição” (DONEDA, 2021, p. 206).

Segundo a Comissão Europeia (2017, p. 3), para fins de simetria no tratamento entre os agentes económicos que dialogam e realizam comércio ativamente com o espaço europeu, a União Europeia objetivou que o GDPR se aplicasse “a todos os estabelecimentos que possuem a intenção de comercializar seus produtos e serviços a residentes na União Europeia” (GNOATTON, 2021, p. 36) independentemente de sua posição geográfica, o que denota um expansionismo quanto à aplicação da norma. Além da expressa previsão, no referido diploma, da aplicação extraterritorial¹⁷ das normas de proteção de dados, há ainda significativa

¹⁶ The objectives and principles of Directive 95/46/EC remain sound, but it has not prevented fragmentation in the implementation of data protection across the Union, legal uncertainty or a widespread public perception that there are significant risks to the protection of natural persons, in particular with regard to online activity. Differences in the level of protection of the rights and freedoms of natural persons, in particular the right to the protection of personal data, with regard to the processing of personal data in the Member States may prevent the free flow of personal data throughout the Union. Those differences may therefore constitute an obstacle to the pursuit of economic activities at the level of the Union, distort competition and impede authorities in the discharge of their responsibilities under Union law. Such a difference in levels of protection is due to the existence of differences in the implementation and application of Directive 95/46/EC.

¹⁷ Art. 3º (2), GDPR: “O presente regulamento aplica-se ao tratamento de dados pessoais de titulares residentes no território da União, efetuado por um responsável pelo tratamento ou subcontratante não estabelecido na União, quando as atividades de tratamento estejam relacionadas com: a) A oferta de bens ou serviços a esses titulares de dados na União, independentemente da

restrição à transferência de dados pessoais, de titulares europeus, para entidades externas à UE (IBIDEM, p. 36).

Nesse sentido, destacam-se três dos principais méritos encabeçados pelo advento da GDPR: (i) uma maior disseminação e harmonização da disciplina da proteção de dados em sede normativa, especialmente no cenário europeu, mas também fora do espaço da União Europeia, conforme acima descrito; (ii) um reforço quanto à esfera de direitos individuais, cristalizado no fortalecimento de medidas que privilegiam o consentimento e a autodeterminação informacional; e (iii) um fortalecimento dos poderes de *enforcement* das autoridades nacionais de proteção de dados. Ainda, parte da doutrina ressalta a relevância da inclusão do princípio do *accountability* no artigo 24 da GDPR (intitulado “Responsabilidade do controlador”) quanto aos controladores como “um dos pilares centrais da GDPR e uma de suas inovações mais significativas” (DOCKSEY, 2020, p. 555):

The main objectives successfully achieved by the data protection authorities with regard to controllers were the inclusion of the principle of accountability, rules on privacy by design, certification and the role of the DPO, and the consolidation of binding corporate rules with regard to international transfers. The use of a regulation rather than a directive to ensure greater harmonisation was also a major objective, together with the substantial reinforcement of individual rights, including more stringent provisions on consent and profiling, and the strengthening of the role and powers of national supervisory authorities. Attempts to water down existing safeguards, such as the definition of personal data and the purpose limitation principle, were successfully resisted. The EU General Data Protection Regulation (GDPR): A Commentary p. 8 (KUNER, BYGRAVE, DOCKSEY, 2020, p. 8).

O conceito de *accountability* reside na raiz da nova abordagem de conformidade demandada pela GDPR, visto que, do ponto de vista do Regulamento, seria crucial que controladores assumissem responsabilidade ativa tanto por garantir a conformidade regulatória quanto por desenvolver uma cultura de *accountability* em todos os níveis da organização (DOCKSEY, 2020, p. 568).

Em sentido de consolidar e ampliar as noções estabelecidas pela Diretiva 95, para além do fortalecimento da lógica de transparência e conformidade - de imposição de deveres legais¹⁸ - ao controlador, a GDPR ainda reforçou a esfera

exigência de os titulares dos dados procederem a um pagamento; b) O controlo do seu comportamento, desde que esse comportamento tenha lugar na União. (UNIAO EUROPEIA, 2016)

¹⁸ Nesse viés, a ideia de *data minimisation* ganhou espaço junto da ascensão do *accountability* dos controladores, visto que “‘article 5(c) provided a more explicit expression of the ‘data minimisation’ principle than was contained in the DPD. Article 5(f) also strengthened the accountability of controllers by requiring that personal data be processed under the responsibility and liability of the controller, who was also responsible for compliance” (KUNER, et al., 2020, p. 16).

individual do titular dos dados. Segundo Bioni (2019, p. 125), “verifica-se, mais uma vez, a preocupação nuclear em torno do consentimento” do indivíduo, tendo em consideração a disposição de que o consentimento, necessariamente, deve corresponder aos anseios do titular dos dados pessoais, seja por meio de uma declaração ou de uma ação afirmativa representativa¹⁹ - trata-se do privilégio da concepção de autodeterminação informacional, explorada no tópico 2.2.1.

Por fim, cabe ressaltar que, se o mérito do esquema regulatório proposto pela Diretiva 95 abarca principalmente a inserção de limitações ao controlador, o acréscimo de mecanismos de *enforcement* no âmbito da GDPR reside especialmente na atenção dada às Autoridades responsáveis por fazer cumprir o Regulamento. A GDPR dedicou o texto entre seus artigos 51 e 59 à construção de moldes a serem adotados pelos países-membro quando da constituição de suas respectivas Autoridades Supervisoras, fornecendo disposições mais extensas, detalhadas e taxativas quanto a diversos aspectos das referidas Autoridades relativamente à Diretiva 95: a título exemplificativo, cita-se o artigo 58 do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados 2016/679, que dispõe acerca de mais de 20 poderes em espécie a serem conferidos às entidades responsáveis pela fiscalização, dentre os quais figuram poderes corretivos, investigativos e consultivos.

Além da previsão de necessária tutela judicial²⁰, são conferidos poderes coercitivos às autoridades de controle, dos quais notabilizam-se, pela intervenção no domínio econômico, as “possibilidades de proibir ou impor limitação temporária ou definitiva ao tratamento de dados pessoais” - procedimento pormenorizado no artigo 81 - “e de aplicar multas” (GNOATTON, 2021, p. 37). Por ocasião da regulamentação da aplicação de multas ao responsável pelo tratamento dos dados, o artigo 83(5) da GDPR determina que infrações a qualquer das disposições infra citadas no texto serão penalizada com sanções pecuniárias de até “20.000.000,00 ou 4% (quatro por cento) de seu volume de negócios anual em âmbito mundial, correspondente ao exercício financeiro anterior, o que for maior²¹.”

¹⁹ Art. 4(8): “‘the data subject’s consent’ means any freely given, specific, informed and unambiguous indication of his or her wishes by which the data subject, either by a statement or by a clear affirmative action, signifies agreement to personal data relating to them being processed” (UNIAO EUROPEIA, 2016).

²⁰ Art. 58 (5). “Each Member State shall provide by law that its supervisory authority shall have the power to bring infringements of this Regulation to the attention of the judicial authorities and where appropriate, to commence or engage otherwise in legal proceedings, in order to enforce the provisions of this Regulation” (UNIAO EUROPEIA, 2016).

²¹ Art. 83 (5). “Infringements of the following provisions shall, in accordance with paragraph 2, be subject to administrative fines up to 20 000 000 EUR, or in the case of an undertaking, up to 4 % of

A regulamentação europeia influenciou enormemente o contexto brasileiro de regulamentação da proteção de dados pessoais - influência que pode ser cristalizada no que Anu Bradford (2012, p. 1-68) denomina de *efeito Bruxelas*. Em suma, a autora propõe que as restrições impostas e exportadas pela União Europeia ao mercado global são possíveis porque ela possui:

i) o maior mercado interno do mundo, o qual é suportado por ii) fortes instituições regulatórias, permitindo a iii) imposição de suas normas aos mercados de consumo. Diante da necessidade de as companhias se adequarem às normas europeias para comercializarem no mercado em questão, as companhias multinacionais acabam por adotar os altos padrões exigidos de sua produção global, reduzindo custos vinculados à necessidade de se adequar a legislações individuais. (GNOATTON, 2021, p. 38)

Dado o panorama geral acerca das bases da regulamentação de dados pessoais no contexto do direito comunitário europeu, passar-se-á à análise do direito pátrio quanto à regulação de dados, paragonando, quando necessário, com as bases normativas estabelecidas no velho continente.

2.2.3 O contexto pátrio

2.2.3.1 Antecedentes

Como antecedentes relevantes no cenário brasileiro, responsáveis por introduzir uma primeira acepção de proteção de dados, podem-se citar (i) a Constituição Federal; (ii) o Código de Defesa do Consumidor; e (iii) o Marco Civil da Internet, diplomas legais que, recentemente, deram azo à promulgação da Lei Geral de Proteção de Dados.

A Constituição Federal tutela expressamente uma série de direitos atinentes à privacidade, vide a inviolabilidade da vida privada, da imagem e da intimidade (art. 5, X, da CF), de comunicações telefônicas, telegráficas ou de dados (art. 5, XII, da CF) e da moradia (art. 5, XI). Ressalta-se que recentemente, por via da Emenda Constitucional n. 115/2022, foi incluso no célebre rol de direitos fundamentais da Constituição Federal o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais (art. 5º, LXXIX, da CF) - com a inclusão de incisos nos artigos referentes à competência material exclusiva e privativa da União para legislar (artigos 21 e 22 da

the total worldwide annual turnover of the preceding financial year, whichever is higher” (UNIAO EUROPEIA, 2016).

CF) -, dispositivo que pode dar azo à fundamentação de proposições de resguardo dos dados pessoais em âmbito nacional.

Todavia, um dos mais substanciais avanços quanto à proteção de dados pessoais no âmbito constitucional não afigura-se como direito fundamental, mas sim como remédio constitucional. O *habeas data* (art. 5, LXXII, da CF), instrumento jurídico responsável pela garantia do direito ao acesso de informações pessoais constantes em registros ou bancos de dados públicos e retificação de dados tratados por terceiros, forneceu ao indivíduo um substancial mecanismo de exercício de seus direitos - similar ao *enforcement* concedido, a título individual, na terceira geração de leis de proteção de dados -, como resposta às práticas abusivas do ciclo militar-autoritário no Brasil (BARROSO, 1998, p. 211).

As disposições do Código de Defesa do Consumidor, por sua vez, promoveram uma guinada normativa no sentido de exercício, por parte do próprio consumidor, do controle de suas informações pessoais, conforme verifica-se do direito de acesso (art. 43, *caput*, do CDC) e retificação (art. 43, § 3, do CDC) do consumidor às informações constantes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele - além do dever, por parte do controlador, de prestar informações claras, em linguagem de fácil compreensão, e de limitação temporal ao armazenamento de dados (art. 43, §1, do CPC). “Toda normatização ali desenhada desemboca para que o consumidor seja capacitado para autodeterminar as suas informações pessoais” (BIONI, 2019, p. 127).

Em suma, mais do que catapultar o tema da proteção de dados para a sua posterior autonomização, por via da promulgação da Lei Geral de Proteção de Dados, o Código de Defesa do Consumidor o garantiu como elemento fundamental do modelo de proteção ao consumidor e passível de apreciação pelo Sistema Nacional de Defesa do Consumidor quando verificada relação consumerista (DONEDA, 2021, p. 278) nos termos supra expostos.

Por fim, o Marco Civil da Internet consolidou algumas concepções de proteção de dados, no mesmo sentido de conferir protagonismo ao cidadão-usuário no espaço online. O Marco expressamente requer o consentimento do usuário para fins de coleta, uso, armazenamento e tratamento de dados pessoais - que deverá ocorrer de forma destacada das demais cláusulas contratuais (art. 7, IX, da Lei 12965/14) -, além de impor a minúcia, em sede contratual, das finalidades para as quais utiliza-se-ão os dados do cidadão, seja nos contratos de prestação de

serviços, seja em termos de uso de aplicações de internet (art. 7, VIII, “c” da Lei 13965/14). Ainda há disposição no sentido de que o usuário poderá requerer a exclusão definitiva de seus dados pessoais fornecidos a uma determinada aplicação de Internet, uma vez encerrada a relação entre eles (art. 7, X, do referido diploma).

Bruno Bioni sintetiza o parâmetro normativo adotado pelo Marco Civil da Internet quanto à proteção de dados na concepção de autodeterminação informacional, visto que:

Todas as normas desembocam na figura do cidadão-usuário para que ele, uma vez cientificado a respeito do fluxo de seus dados pessoais, possa controlá-lo por meio do consentimento. Essa perspectiva de controle perpassa desde a fase de coleta e compartilhamento dos dados com terceiros até o direito de deletá-los junto ao prestador de serviços e produtos de Internet ao término da relação (BIONI, 2019, p. 132).

Contudo, o Marco Civil somente regulamenta as relações advindas da Internet, não versando acerca da coleta de dados offline, tampouco do enforcement a ser realizado a título de proteção de dados. Os diplomas explanados acima denotam avanços na concepção de privacidade e, mais especificamente, de proteção de dados como direito, mas carecem de mecanismos para sua operacionalização - pouco tratando acerca de minúcias do tratamento de dados ou do procedimento administrativo a ser instaurado quando da verificação de violação às normas. A Lei Geral de Proteção de Dados veio a suprir essas lacunas.

2.2.3.2 *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais*

A Lei 13.709/18, ora denominada Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), diferentemente do Marco Civil da Internet, optou por regulamentar as relações usuário-controlador inclusive fora do ambiente online - razão pela qual adotou o conceito amplo de dados pessoais²², nos moldes estabelecidos pela GDPR. O diploma estabeleceu regras pormenorizadas, se comparada à legislação já existente, e princípios gerais para as atividades de tratamento de dados,

²² Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se: I - dado pessoal: informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável.

constituindo um verdadeiro sistema de proteção de dados pessoais (GNOATTON, 2021, p. 113) - até então inexistente no âmbito brasileiro.

Quanto à aplicabilidade, a LGPD, excepcionadas as hipóteses previstas pelo artigo 4 da Lei 13.709/18, possui vasta similaridade com as normas da General Data Protection Regulation, haja vista a possibilidade de aplicação extraterritorial. Em suma, aplicam-se as suas disposições independente da localização do responsável pelo tratamento e dos dados pessoais, sem distinção entre entes públicos e privados, pessoas físicas e jurídicas, desde que (Art. 3º): i) o tratamento seja realizado no território brasileiro; ii) os dados pessoais tenham sido coletados no Brasil; ou iii) o responsável pelo tratamento tenha por objetivo a oferta ou o fornecimento de bens e serviços ou o tratamento de dados de indivíduos localizados no território nacional.

A LGPD teve por mérito, ainda, fortalecer os mecanismos de autodeterminação informacional exercida a título individual, na mesma linha do direito comunitário europeu e da quarta geração de leis de proteção de dados, adjetivando o consentimento extensivamente, sendo este o núcleo do diploma normativo e centrando seu arcabouço principiológico, constante no art. 6 da Lei, na figura do cidadão-usuário (BIONI, 2019, p. 134) - vide livre acesso (art. 6, IV), transparência (art. 6, VI), em que pese exista a figura do “livre interesse”, apto a justificar tratamento de dados desprovido de consentimento, a priori. A bem da verdade, inclusive os princípios que enfocam a figura do controlador o fazem na medida do consentimento do usuário, como a “finalidade” (realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades) e “adequação” (compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento).

Embora seja possível dizer que “o consentimento não deixou de ser o seu vetor principal”, visto que a LGPD pormenoriza o elemento advindo da autonomia da vontade ao longo do texto legal, o que acaba por revelar “uma forte preocupação, mais uma vez, sobre qual deve ser a carga participativa do indivíduo no fluxo de suas informações pessoais” (Ibidem, p. 185), o diploma apresentou definições mais claras quanto às obrigações do controlador e, de maneira inovadora, foi responsável pela criação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD).

As regras atinentes à imposição de deveres ao controlador foram além daquelas delineadas até então pelas leis setoriais, estipulando em seu desfavor o ônus da prova da obtenção de consentimento (art. 8, § 2), a transparência acerca de suas informações como identificação (art. 9, III), contato (art. 9, IV) e finalidade pretendida ao uso de dados (art. 9, V), o dever de prestar qualquer das informações ou diligências requeridas pelo usuário constantes do art. 18, a necessidade manter registro das operações de tratamento de dados pessoais que realizar (art. 37), além da previsão de responsabilidade civil juntamente de eventual reparação de danos (art. 42).

Todavia, algumas disposições não se aplicam automaticamente, sendo condicionadas à operacionalização ou regulamentação por parte da Autoridade Nacional de Proteção de Dados, figura-chave para o *enforcement* das normas contidas na LGPD - é o que verifica-se em diversos artigos do aludido diploma, tão numerosos que inviável exaurí-los no presente trabalho. A título de exemplo, destacam-se, como regras da LGPD que expressamente ditam carecer de regulamentação por parte da ANPD, (i) a possibilidade de acesso a dados pessoais para fins de estudos em saúde pública (artigo 13); (ii) a aplicação de sanções administrativas cominadas às infrações a LGPD (artigo 53); (iii) a publicação de boas práticas e de governança (artigo 50, § 3); e (iv) a solicitação de relatórios de impacto à proteção de dados pessoais (arts. 4, § 3 e 32, caput). Além disso, ao dispor acerca das competências e atribuições da Autoridade Nacional de Proteção de Dados, o art. 55-J da LGPD pormenoriza mais de vinte competências em espécie. Nesse sentido, filia-se à conclusão de Tatiana Malta Vieira (2007), na medida em que a autora destaca o caráter de direito prestacional inerente à privacidade. Segundo a autora, a efetividade do direito à privacidade, na figura do direito à autodeterminação informativa

depende de uma ação positiva por parte do Estado, ou seja, o poder público tem o dever de implementar medidas administrativas e legislativas necessárias à concretização desse direito fundamental, considerando-se a falta de transparência no tratamento de dados pessoais após o advento da tecnologia da informação. (VIEIRA, 2007, p. 276)

Considerando que a medida legislativa mais marcante foi realizada em 2018, a saber, a criação de um sistema de proteção de dados no ordenamento

brasileiro - advindo quando da promulgação da LGPD -, resta analisar as medidas administrativas aptas a materializar a vontade legislativa.

Embora a legislação conceda protagonismo ao cidadão-usuário quanto à proteção de seus interesses no âmbito da proteção de dados - na mesma linha traçada desde as leis de segunda geração -, fato é que o controle individual “não é capaz de projetar uma situação na qual o direito fundamental em questão receba uma tutela adequada” (DONEDA, 2021, p. 333), seja por fatores de complexificação dos mecanismos de tratamento de dados, seja em função da dificuldade em estabelecer nexos de causalidade entre o tratamento e seus efeitos frente ao indivíduo - ou ainda, em razão da “desproporção entre sua vontade autônoma e uma estrutura dirigida à coleta de seus dados preparada a excluí-lo de certas vantagens caso decida por não fornecê-los (Ibidem, p. 333). Retorna-se ao raciocínio de Mayer-Schonberger (1997, p. 229), pormenorizado na análise da segunda geração de leis de proteção, segundo o qual somente verdadeiros eremitas poderiam conviver com a interrupção desses serviços em um contexto digital.

Tendo em vista que (i) os dados pessoais carecem de proteção ativa diante da hipervulnerabilidade do usuário frente ao mercado informacional; (ii) aspectos extremamente significativos da proteção de dados pessoais, como o seu tratamento, são “difícilmente passíveis de serem acompanhados de forma eficaz pelo cidadão” (DONEDA, 2021, p. 321); e (iii) a legislação pátria que deu forma ao sistema de proteção de dados pessoais aponta explicitamente no sentido de necessidade de regulamentação e pormenorização de seus dispositivos para que surta efetividade, a relevância da implementação, consolidação e *enforcement* de uma Autoridade Nacional de Proteção de Dados é manifesta.

2.3 SÍNTESE DO CAPÍTULO 2

Durante o capítulo 2, verificou-se que o direito à privacidade adquiriu contornos mais definidos a partir do contexto jurídico estadunidense do século XIX, designando uma noção de “direito a ser deixado só”, que posteriormente veio a alterar-se na medida em que passou a guardar relação com o conceito de autodeterminação informacional (a privacidade como afeta aos direitos da personalidade e à consolidação de uma esfera privada própria em um cenário de sociedade da informação).

Viu-se que a proteção de dados pode ser compreendida como um particular desdobramento do direito à privacidade, especialmente a partir do aumento no fluxo de informações ocorrido ao final do século XX, tendo-se investigado as suas características com base no célebre esquema de “gerações legislativas”, cada qual responsável por descrever um conjunto de leis promulgadas em contextos próximos, com similaridades conceituais. Da análise do geral (geração de leis de proteção de dados) ao particular (legislação em espécie), apontou-se alguns dos institutos consolidados em âmbito comunitário europeu quanto à proteção de dados, juntamente com, genericamente, a problemática que cada diploma legal explorado buscou mitigar ou resolver, para, ao fim, adentrar-se nas repercussões relativas à legislação pátria, em especial à Lei Geral de Proteção de Dados - que enfrenta os mesmos problemas de hipervulnerabilidade do usuário diante do mercado informacional ocorridos em solo europeu.

Ao fim, se deduziu a necessidade de consolidação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados para a devida tutela dos cidadãos frente ao complexo e dinâmico formato de tratamento de dados da contemporaneidade. Considerada a importância da atuação da Autoridade Nacional para fins de proteção de dados, mister que o modelo regulatório seja conivente com as particularidades do bem a ser tutelado - no caso, a privacidade e os dados pessoais. Por essa razão, passar-se-á, no próximo capítulo, ao estabelecimento da base teórica relativa ao direito regulatório e à proposta responsiva que, ao fim, defende-se, deve pautar a atuação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados no Brasil.

3 REGULAÇÃO RESPONSIVA

Se, durante o capítulo anterior, verificou-se a necessidade de uma ação positiva do Estado para “atingir o patamar de isenção e autoridade necessárias a um direito fundamental” (DONEDA, 2021, p. 346), a regulação significa, nesse contexto, a própria prestação positiva estatal - seja com vistas, *in casu*, a disciplinar a proteção de dados diante do mercado informacional ou seja relativamente a qualquer questão setorial distinta. Considerando-se que o instrumental teórico célebre da teoria do direito administrativo brasileiro é incapaz²³ de compreender em plenitude a problemática relacionada à intervenção do Estado na economia, é essencial o apelo à figura da regulação para a operacionalização do direito positivo (SUNDFELD, 2014, p. 126). Neste capítulo, após esclarecida sumariamente a finalidade do direito regulatório, tratar-se-á do arsenal teórico atinente à regulação responsiva de maneira generalista, com intuito de operacionalizá-lo frente à abordagem regulatória adotada pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados no capítulo final.

O termo regulação, em geral, denota a noção de intervenção estatal na economia, ainda que de forma indireta. Por via da regulação, o Estado intenta persuadir os agentes econômicos a adotarem condutas fixadas positivamente em fonte normativa, comportamentos esses que os agentes “não adotariam espontaneamente em situações de livre mercado” (MOREIRA, 2004, p. 180), tendo em vista a finalidade de alcançar um “equilíbrio dinâmico das interações dos atores setoriais em conformidade com um objetivo de interesse geral” (ARANHA, 2014, p. 29). Para tanto, a regulação deve se valer de uma visão prospectiva, de modo a se afastar de decisões desprovidas de sustentabilidade. Em outras palavras, na base

²³ Refere-se à visão de Sundfeld (2014, p. 126), segundo o qual a acepção teórica consagrada da doutrina administrativista, formada pela visão clássica de conceitos contrapostos como os de serviço público x atividade privada, poder concedente x poder de polícia, e outros relacionados, é incapaz de compreender os problemas e soluções jurídicas vinculadas à intervenção estatal na economia, diante da crescente particularização do direito positivo - cada serviço é, hoje, objeto de universo jurídico com peculiaridades muito próprias - e da complexificação das atividades, cenário em que descabe o uso do binômio serviço público x atividade privada. “O uso da figura da regulação é o caminho para superar essa deficiência e gerar reflexão nova” (ibidem, p. 126).

das escolhas regulatórias deve preponderar a técnica²⁴ em detrimento da política²⁵ (GUERRA, 2016, p. 97).

A título técnico, o fenômeno regulatório engloba não somente o estabelecimento de regras a serem seguidas (sejam legais, regulamentares ou contratuais), como também diz respeito a um momento anterior - procedimentos de criação legislativa - e a um momento posterior - *enforcement* - (MOREIRA, 2004, p. 180), do que se extrai o conceito de ciclo regulatório. Ao mínimo, pode-se mencionar três sub conceitos advindos da regulação econômica: regulamentação normativa, supervisão fiscalizatória e sanção punitiva (MOREIRA, 2004, p. 181), não necessariamente exaustivos ou concentrados em um único órgão.

Assim, utilizando-se de mecanismos de produção normativa, fiscalização e imputação de sanções em decorrência da violação às normas, a regulação de mercados agiria como uma forma jurídica de engenharia social (OGUS, 1983, p. 1), dado que teria vistas a fornecer coerência sistêmica a determinado sistema social eivado de contradições internas, o que potencialmente revela uma disfuncionalidade a ser endereçada (ARANHA, 2014, p. 30). Deste modo, a regulação pode ser melhor definida como uma “tecnologia social de sanção aflitiva ou premial orientadora de setores relevantes via atividade contratual, ordenadora, gerencial ou fomentadora.” (ARANHA, 2014, p. 31).

Ainda que a identidade entre regulação e as estruturas estatais das agências reguladoras tenha ocorrido largamente a partir da interdependência construída pela literatura do século XX e início do século XXI entre regulação e Estado Regulador, em que foi anexado à definição de regulação o meio entre o ser político e o setor regulado (Ibidem), em seu núcleo de significado, a regulação não exige, nem dispensa a ideia de agências reguladoras ou de agências reguladoras independentes (Ibidem). Nesse sentido, a regulação diz respeito, primariamente, à própria noção de intervenção com fim de fornecer coerência interna a sistemas econômicos via atividade regulatória.

²⁴ Moreira (2004, p. 183) ainda aponta que a especialização técnica é essencial para a perfeita compreensão dos limites e especificidades das sanções diante dos agentes econômicos, fator essencial para a modulação da conduta privada. Isto porque, para além da natureza punitiva ou repressiva, as sanções teriam mérito de “conter abusos e prevenir desvios, desestimulando os agentes a arcar com riscos e custos extraordinários.”

²⁵ Isto porque a regulação das atividades econômicas deve mediar e ponderar diversos interesses ambivalentes, cenário em que uma concepção de tomada de decisão política não cumpre o ônus regulatório de visão prospectiva e, em dada medida, “imparcial” quando da tentativa de equilíbrio de subsistemas complexos (GUERRA, 2016, p. 101), o que teria condão de gerar atrito ou desgaste de cunho político.

Em razão da regulação não esgotar-se no aparato público, não são desprovidas de sentido propostas que recorrem à autorregulação visando obter conformidade. O fenômeno regulatório pode, inclusive, “promover a governança do mercado privado por meio de delegações de funções regulatórias” (AYRES, BRAITHWAITE, p. 4, tradução minha). Conforme se verá a seguir, o instrumental teórico apresentado, para além de propostas de aprimoramento das sanções administrativas econômicas, em parte também se serve de abordagens regulatórias diversas, inclusive privadas. Traçadas algumas linhas gerais acerca do significado de regulação, passa-se à análise do modelo da *responsive regulation*.

3.1 O LOCUS DA REGULAÇÃO RESPONSIVA

A regulação responsiva se apresenta como uma alternativa. Em âmbito político, a abordagem da regulação responsiva em muito assemelha-se à assim chamada terceira via. Isto porque a teoria surge, em um primeiro momento, como refúgio - por um lado, das concepções favoráveis a uma forte atuação intervencionista do Estado na regulação dos mercados e, por outro, do fenômeno desregulatório.

Nos termos utilizados por Marçal Justen Filho, trata-se de um fenômeno posterior às duas ondas regulatórias iniciais, do que pode-se enquadrar a regulação responsiva na categoria de “novas concepções regulatórias”. Cabe um parêntese: Enquanto a primeira onda de regulação foi caracterizada como a intervenção estatal destinada unicamente a suprir as deficiências e insuficiências do mercado privado (FILHO, 2012, p. 658) - ou seja, exclusivamente econômica, com vistas a garantir o direito concorrencial -, a segunda onda regulatória é identificada com a “regulação social”. Isto é: Diz respeito à realização de fins de natureza sociopolítica, não restringindo-se a preocupações meramente econômicas (FILHO, 2012, p. 660), porquanto constatou-se que o mercado, ainda que em seu adequado funcionamento, poderia não necessariamente conduzir à realização de fins de interesse geral - nessa onda, inserem-se a garantia de valores políticos, culturais e sociais, como o direito de minorias.

Como resposta às duas ondas iniciais, no início da década de 1980, surgiu o movimento de desregulação, sob a constatação de que a intervenção estatal havia ultrapassado o limite aceitável e o excesso de regramento, em verdade, prejudicava

a consecução de fins comuns. Surgiu, nessa época, a expressão de “custo regulatório”, a indicar o efeito econômico que a regulação exacerbada gerava (ibidem). A partir de então, a oposição entre desregulação e regulação por via de significativa intervenção estatal (chamada, abaixo, de comando e controle), pautou o debate regulatório.

Não é por acaso que o título da obra inaugural da teoria de base é “Regulação responsiva: transcendendo o debate desregulatório” (AYRES, BRAITHWAITE, 1992). Nesse sentido, a própria definição da teoria advém da crítica que produz, razão pela qual explorar-se-á, a seguir, alguns de seus apontamentos acerca da desregulação e da regulação de comando e controle, do que pode-se extrair as linhas gerais de um pensamento responsivo.

3.1.1 Transcendendo o debate da desregulação

A chamada desregulação da economia (*deregulation*) abrange diversas acepções. Em um contexto norte americano²⁶, usualmente refere-se a uma redução do grau de intervenção das agências sobre os entes privados, invocando o clássico entendimento liberal de que o mercado, em dada medida, se autorregula via “mão invisível”, retirando-se do Poder Público essa função. Nessa conjuntura, desregulação (lato sensu) pode significar flexibilização ou abolição das normas existentes (MATTOS, 2002, p. 50). Em moldes contemporâneos, segundo Aranha (2014, p. 84), a desregulação eventualmente proposta em um determinado setor de atividades relevantes significaria não necessariamente a extinção da regulação, mas a diminuição de apenas uma dimensão da regulação estatal.

Em termos gerais, pode-se dizer que a desregulação teria vistas a diminuir o poder intervencionista do Estado, tanto da perspectiva normativa, quanto do ponto de vista das atribuições dos órgãos de controle, com a finalidade de outorgar ao mercado a função de autorregular-se. É o que

Ayres e Braithwaite (1992, p. 19) sustentam que uma estratégia regulatória fulcrada totalmente na autorregulação e em medidas persuasivas será explorada

²⁶ Utiliza-se a concepção dos Estados Unidos como referência, visto que a “desregulação” ocorrida em solo europeu, quando das reformas econômicas, embora tenha pautado a privatização como medida de liberalização mercantil (MATTOS, 2002, p. 54), acabou por regulamentar ainda mais seus mercados. Nos termos dos autores: “There is a tendency to confuse privatization and deregulation as the same issue when indeed privatization is often accompanied by an increase in regulation.” (AYRES; BRAITHWAITE, 1992, p. 11).

quando os agentes agirem por racionalidade econômica. Esse raciocínio encontra guarida na análise econômica do direito, especificamente na teoria do agente racional, ainda que os autores considerem que tal marco não dê conta de explicar em completude o comportamento dos agentes, que podem ser, por vezes, irracionais ou motivados por outros fatores - aspecto que será tratado adiante, na análise da crítica ao modelo dissuasivo.

A teoria da escolha racional, em suma, afirma que o agente (similar ao homo economicus da escola liberal clássica) busca maximizar seus ganhos. Para tanto, esse arcabouço teórico esquematiza a conduta de mercado pelo fio condutor da racionalidade. Segundo essa teoria, o agente, frente a uma decisão, irá “inventariar os resultados desejados (valores), identificar as ações que podem ser tomadas na busca (opções); determinar em que medida cada ação contribui para o resultado desejado e a que custo (valorização)” (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015, p. 31), de modo a adotar aquela que contribuir mais à consecução de seus interesses.

Portanto, os agentes econômicos, movidos pelo intuito lucro, não teriam maiores motivações a adotar postura de conformidade, visto que o descumprimento de normas regulamentares, em sede de autorregulação, não daria ensejo à sanção estatal. A maior medida de valoração, em diversos cenários, seria justamente a violação à norma em prol de uma conduta de mercado mais lucrativa. Conforme salienta Moreira (2004, p. 183), o mérito de uma conduta repressiva, com ampla utilização de sanções, seria justamente o de “conter abusos e prevenir desvios, desestimulando os agentes a arcar com riscos e custos extraordinários”. Por essas razões, a regulação responsiva rechaça uma estratégia fulcrada unicamente na autorregulação ou conformidade desprovida de mecanismos sancionatórios.

3.1.2 Comando e controle

Há, de outro lado, o modelo de regulação dissuasiva. Em contraste às técnicas meramente persuasivas, a abordagem pautada na dissuasão possui na atividade sancionatória o seu carro-chefe regulatório. Isto porque parte de análises similares às de Holmes (1897) segundo o qual o direito não deve moldar-se (tampouco nortear-se) tendo como referência os “homens bons” (que teriam a lei

como bússola moral), mas sim os “homens maus”²⁷ (evasivos dos comandos legais) - há, portanto, forte influência de noções típicas do realismo jurídico dos Estados Unidos.

No interior das técnicas de conformidade por via da dissuasão, o modelo regulatório que desponta como o mais célebre é o assim chamado modelo de comando e controle - que pode-se considerar antítese da autorregulação. Com inspiração na teoria dissuasiva, a regulação de comando e controle defende um estilo de regramento estreito e rígido, trabalhando por via da coerção. Na ameaça de penalização pelo descumprimento das normas e de punição para os infratores reside o grande mecanismo de conformidade deste modelo, que adota uma “abordagem única” frente a todos os agentes regulados (JOB; STOUT; SMITH, 2007, p. 87).

Sparrow (2000, p. 37) reconhece que a regulação de comando e controle pode fornecer um forte senso de missão e coesão interna à atuação estatal, além de um mecanismo para produzir consistência no âmbito regulatório, visto que a adoção dessa abordagem mitiga ou elimina a vantagem competitiva obtida por via da não conformidade regulatória pelos agentes econômicos, na medida em que impõe penalidades financeiras e requer ações corretivas.

Em síntese, o comando e controle possui o mérito de aplacar os incentivos dos entes regulados a adotarem postura violadora às normas, na lógica da teoria da escolha racional. É dizer: em um ambiente econômico em que os agentes objetivam maximizar seu lucro, a abordagem de comando e controle visa tornar financeiramente desvantajosa a conduta desconforme à norma regulatória.

Todavia, Braithwaite (1992, p. 33) ressalta que pesquisas empíricas, especialmente de cunho sociológico, vide Yeager (1990) e Braithwaite (1985), sugerem significativa limitação do cálculo racional dos agentes econômicos, na medida em que atores corporativos não seriam apenas maximizadores de valores, sejam lucro ou reputação. Tais agentes sofreriam intersecções de outras preocupações, como a moralidade de seus atos, seu senso de responsabilidade social e eventuais tomadas de decisão de sentido aparentemente irracional. Nesse viés:

²⁷ “If you want to know the law and nothing else, you must look at it as a bad man, who cares only for the material consequences which such knowledge enables him to predict, not as a good one, who finds his reasons for conduct, whether inside the law or outside of it, in the vaguer sanctions of conscience” (HOLMES, 1897, p. 459).

“We should not scoff at a top pharmaceutical executive who says that concern for improving human health motivates her and her staff to maintain high standards more than the fear of regulatory sanctions, where this is a company that can be observed to maintain fairly high standards in a Third World country that effectively has no Pharmaceuticals regulation.” (AYRES; BRAITHWAITE, 1992, p. 33)

O próprio autor, ao investigar empiricamente experiências de desastres em minas de carvão (Braithwaite, 1985) chega à conclusão, após entrevistas com os empregadores e análise das condições materiais dos ambientes de trabalho, de que é inviável projetar-se uma política de *enforcement* regulatório sem compreender que, por vezes, atores são fortemente motivados por maximizar seus lucros e, por vezes, são igualmente influenciados por seu senso de justiça e responsabilidade social (ibidem)²⁸. Não que disso se possa inferir a benevolência como regra de comportamento no meio corporativo. Contudo, a mera existência de regulados dispostos a fomentar a função social em sua atividade e, voluntariamente, aderir à legislação, denota um expressivo ganho a título de conformidade regulatória - além de que, nesse sentido, economiza-se verba pública. “A punição é cara; a persuasão é barata. Uma estratégia baseada principalmente em punição desperdiça recursos em litígios que seriam mais bem gastos no monitoramento e persuasão” (AYRES, BRAITHWAITE, 1992, p. 19-20, tradução minha). Pode-se exemplificar essa disfunção na medida em que uma estratégia de inspeção mineira mais focada na punição gastará mais tempo no tribunal do que nas próprias minas (Ibidem).

Ainda, a regulação de comando e controle e, em geral, o *enforcement* punitivo, pode dar vez a um “jogo de gato e rato regulatório” (AYRES; BRAITHWAITE, 1992, p. 26), em que as empresas desafiam o comando legal explorando suas brechas, e o Estado tenta dar conta desses vícios, positivando regras cada vez mais específicas para cobrir as brechas encontradas. Considerando-se cenários em que a tecnologia e o ambiente regulatório alteram-se tão rapidamente que as regulamentações, responsáveis por operacionalizar a lei, não conseguem acompanhar o ritmo dinâmico das mudanças, uma estratégia com bases sólidas no método persuasivo tende a responder melhor às atualizações do mercado - em detrimento de um ímpeto sancionatório incapaz de responder à dinâmica dos regulados, verdadeiro cenário de *Tom e Jerry*, em que o rato está sempre um passo à frente do gato.

²⁸ “You could not develop a sound regulatory enforcement policy unless you understood the fact that sometimes business actors were powerfully motivated by making money and sometimes they were powerfully motivated by a sense of social responsibility”

A nível estratégico, portanto, parece a melhor escolha manter-se o meio persuasivo, de conformidade voluntária, na maior medida do possível. Contudo, ainda há de lidar-se com agentes irracionais ou tendentes à violação regulatória em prol de maximizar os ganhos. Sendo assim, indispensável a existência de arcabouço sancionatório. Por isso, os autores advogam no sentido de que uma boa análise política, ou regulatória neste caso, não consiste na escolha entre livre mercado e regulação governamental (AYRES; BRAITHWAITE, 1992, p. 3). Consiste, isso sim, na compreensão da regulação privada - seja por associações industriais, seja por consciência individual - e em sua interdependência com a regulação estatal, o que dá vez a possibilidades interessantes de mistura regulatória entre público e privado.

Portanto, a regulação responsiva não se apresenta como uma alternativa excludente, e sim complementar. Construindo convergências entre o modelo de escolha racional e a análise sociológica que rejeita assunções da teoria da escolha racional, Ayres e Braithwaite aproveitam as construções teóricas de ambas as escolas, com vistas a estabelecer uma metodologia de *enforcement* que lide com as nuances tanto de agentes racionais, seja em sua faceta de maximização lucro, seja motivados por responsabilidade social, quanto de agentes irracionais. A combinação dessas análises forma a base justificadora do assim chamado *Tit-for-Tat enforcement* (TFT), estratégia caracterizada por mesclar respostas punitivas e persuasivas, a depender da solução a ser dada ao caso concreto. Aliás, por responder na medida da casuística é que o método de regulação denomina-se responsivo.

3.2 PUNIR OU PERSUADIR?

Como visto, a regulação responsiva aproveita tanto de pressupostos da teoria da escolha racional dos agentes econômicos quanto críticas sociológicas às suas assunções no intuito de lidar com a vastidão de motivações afetas aos regulados. Esclarecidos, portanto, o *locus* onde situa-se a teoria da regulação responsiva em comparação às abordagens regulatórias que a antecederam, além de, genericamente, as suas finalidades. A seguir adentrar-se-á em suas proposições, especialmente a título de *enforcement*. Neste subcapítulo, intenta-se oferecer maior grau de operacionalização ao arcabouço teórico supra descrito.

Uma questão chave para a compreensão da regulação responsiva, inclusive em sua comparação aos modelos persuasivos e dissuasivos de regulação, pode ser descrita da seguinte forma: Quando punir, quando persuadir?

3.2.1 Do tit-for-tat ao escalonamento sancionatório

As primeiras respostas significativas advém do trabalho de Scholz (1984) e Braithwaite (1985). Ainda que por razões motivadoras relativamente antagônicas, para ambos, a resposta reside na estratégia Tit-For-Tat (similar à expressão olho-por-olho, a ser denominada no restante do trabalho de "TFT"):

TFT é a melhor estratégia para Scholz porque, ao maximizar a diferença entre a recompensa da punição e a recompensa da cooperação, torna a cooperação a resposta economicamente mais racional. O TFT é a melhor estratégia em 'To punish or persuade' (Braithwaite, 1985) porque oferece a melhor esperança de nutrir as motivações não econômicas das empresas para serem responsáveis e cumpridoras da lei. Paradoxalmente, noções de motivações sobre negócios diametralmente opostas podem convergir para a mesma prescrição de "enforcement". (AYRES; BRAITHWAITE, 1992 p. 26, tradução minha).

Aprioristicamente, a política de TFT propõe que o regulador tente, antes de mais nada, lograr conformidade com o regulado pela via da persuasão. Isto porque, como viu-se no subcapítulo anterior, no caso de lograr êxito, a persuasão é menos onerosa do que a dissuasão - as recompensas eventualmente advindas desse método tornam a "auto conformidade" a melhor escolha, ao menos até o limite da cooperação do regulado. Nesse sentido, "adotar a punição como estratégia de primeira escolha é contraproducente de várias maneiras" (AYRES; BRAITHWAITE, 1992, p. 26).

À vista disso, ao cooperar com os regulados até que eles efetivamente adotem uma conduta incompatível com a regulamentação, o regulador evita a postura prejudicial de minar a boa-fé de atores socialmente responsáveis, aproveitando a boa vontade dos agentes na maior medida do possível. Por outro lado, ao aplicar o método sancionatório aos atores que violarem as normas respectivas, incentiva-se os regulados a convergir com a responsabilidade social e com a conformidade regulatória por via da dissuasão. Como visto anteriormente, a sanção presta-se, nesse viés, a mitigar o ganho material de uma conduta

incompatível com a regulação e, assim, atingir os agentes no âmbito “motivacional”, de tomada de decisão racional (AYRES; BRAITHWAITE, 1992, p. 19-27).

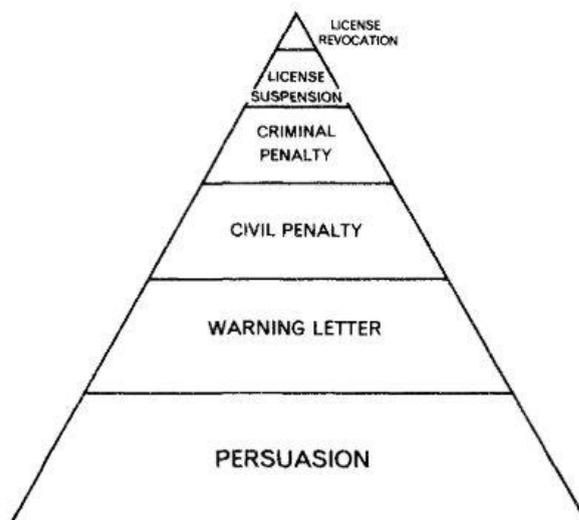
Logo, o TFT busca estabelecer a conformidade regulatória como a opção mais racional ao agente econômico.

Todavia, existem ainda os agentes irracionais, regulados que não necessariamente se preocupam com a maximização de seus valores em âmbito regulatório. Ou seja, parte dos agentes de mercado não inventariam os resultados desejados, tampouco determinam em que medida cada ação contribui para o resultado desejado e a que custo. Não é absurdo considerar-se que a tomada de decisão em âmbito privado, em determinados segmentos, é irracional e acaba por violar as normas regulatórias sem objetivo de maximizar ganhos. Seja em razão de má-fé, negligência ou em função de uma “organização interna patologicamente irracional” (AYRES; BRAITHWAITE, 1992, p. 30), esses regulados não respondem aos estímulos propalados pelo regulador.

No intuito de lidar com a tomada de decisão de agentes que, por vezes, não seguem um norte razoável, ou fogem de modo radical à preconização da teoria da escolha racional, sanções limitadas puramente à dissuasão (como a imposição de multas) podem não ser efetivas. Nesse sentido, a estratégia do TFT ressalta a importância de um gradiente de sanções diversas para atender às peculiaridades da casuística, prevendo-se, em casos extremos, sanções incapacitantes (chamadas de “grandes armas benignas”, a serem exploradas a seguir), como a cassação de alvará para funcionamento (AYRES; BRAITHWAITE, 1992, p. 30). Em suma, a resposta da teoria responsiva aos agentes que recusam-se a atuar no mercado de modo racional, mesmo após a tentativa de dissuasão, reside nas sanções incapacitantes.

Da demanda de responder a determinados casos com medidas persuasivas e, aos regulados que reiteradamente descumprirem normas regulatórias, com medidas dissuasivas - até chegar-se nas sanções mais extremadas -, advém a lógica do escalonamento sancionatório, ilustrada na clássica imagem da teoria:

Figura 1 – Pirâmide de enforcement



Fonte: Ayres; Braithwaite, 1992, p. 35.

Reitera-se: trata-se de mera ilustração não vinculativa, que pode (a bem da verdade, deve) ser moldada de acordo com as particularidades do ambiente regulatório em questão. O que importa não é apenas o conteúdo da imagem, mas especialmente a sua forma. Conforme denota-se da ilustração, o objetivo é que maior parte das ações regulatórias dêem-se na base da pirâmide, por via de mecanismos mais voltados à persuasão dos agentes. Ao passo em que o instrumento sancionatório falha em lograr conformidade do regulado, recorre-se ao instrumento imediatamente acima na pirâmide, com tons mais dissuasivos.

Uma agência reguladora com um número reduzido de sanções à sua disposição pode deixar de responder de modo assertivo a eventuais infrações por inexistência de punições cominadas à conduta (ou, caso responda, pode fazê-lo de maneira desproporcional). Contudo, ao abastecê-la de um arsenal variado de sanções, garante-se um remédio moldado ao caso concreto.

A pirâmide de *enforcement* trata do âmbito da “motivação” dos agentes. O incentivo à conformidade reside no fato de que um bom histórico por parte do ente privado significará que o ente regulador será mais leniente, enquanto um padrão contínuo de infrações poderá dar azo a um escalonamento do gradiente sancionatório (AYRES; BRAITHWAITE, 1992, p. 5-6).

Além disso, a ideia da pirâmide representada pela Figura 1 sugere que “quanto maior a altura da punição para a qual a agência pode escalar, maior será a sua capacidade de manter a regulação na base cooperativa da pirâmide” (AYRES;

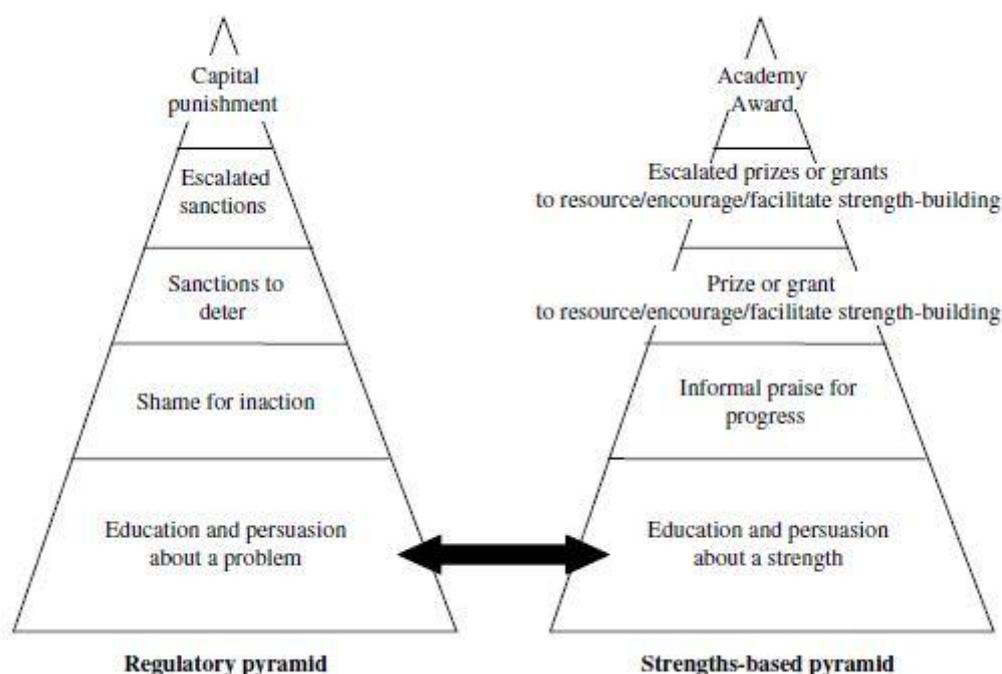
BRAITHWAITE, 1992, p. 40), somente recorrendo-se às sanções incapacitantes em última medida. É o que os autores chamam de “arma grande benigna”, designando a noção de uma grande sanção a ser mantida no plano de fundo, até que não haja escolha a não ser movê-la para o primeiro plano (AYRES; BRAITHWAITE, 1992, p. 47), mantendo-se a estratégia Tit-For-Tat. A existência da “benign big gun” visa, neste caso, atuar mais como plano de fundo do que como primeiro plano. Trata-se da *ultima ratio* da estratégia responsiva, porquanto

o instituto da arma grande benigna não depende da racionalidade econômica dos cidadãos. Se a ameaça de dissuasão - digamos, uma prestação pecuniária - não motivá-los, uma variedade de formas persuasivas estão disponíveis para apurar à sua responsabilidade social ou senso de cumprimento da lei. (...) Se ambos - dinheiro e senso de responsabilidade - falharem em motivá-los, a instituição da grande arma benigna pode mobilizar uma sanção incapacitante. (AYRES; BRAITHWAITE, 1992, p. 50)

A instituição da grande arma benigna economiza em motivação. Ela não depende da virtude do regulado. No caso de ausência de virtude ou racionalidade, a lógica responsiva é que as armas sancionatórias estarão engatilhadas, prontas para disparar (ibidem). Assim, as sanções mais draconianas, ainda que nunca sejam efetivamente utilizadas, dariam um tom de razoabilidade às medidas dissuasivas mais leves - em moldes similares (logicamente, menos gravosos) à dissuasão nuclear, popularizada no cenário internacional durante o século XX.

Os desenvolvimentos mais recentes da teoria da regulação responsiva apresentam significativas inovações em relação à regulação originalmente concebida, chegando-se a falar não apenas em sanções negativas, mas em sanções positivas. Especialmente a partir do escopo teórico de Braithwaite, Braithwaite e Maiiak (2007), delineou-se, nas bases da regulação responsiva, a ideia de fortalecimento de forças dos regulados por via de premiação, utilizando-se da mesma lógica da estratégia tit-for-tat que pauta a punição.

Figura 2 - Comparação das pirâmides negativa e positiva



Fonte: Braithwaite; Braithwaite; Makkai, 2007, p. 319.

Trata-se, em essência, de ir além da prevenção da violação à regulação, incentivando condutas virtuosas e comportamentos positivos do regulado.

Apesar disso, aqui refere-se a concepção diversa daquela que pauta o “diamante regulatório” (KOLIEB, 2015), que une a base de ambas as pirâmides formando uma figura una. A grosso modo, os autores chegam à mesma conclusão²⁹ que os precursores da *smart regulation* (GUNNINGHAM; GRABOSKY, 1998): “vergonha versus orgulho, sanções versus prêmios” (BRAITHWAITE; BRAITHWAITE; MAKKAI, 2007, p. 319) devem ser alternativas ao invés de complementares, porque, quanto conjugados em conjunto, tornam-se contra produtivos³⁰.

Assim como a pirâmide regulatória escala de dissuasão para sanções incapacitantes, a pirâmide de recompensas pode alternar entre bolsas e prêmios. Enquanto os prêmios seriam concentrados “onde a excelência é maior”, as bolsas seriam focadas onde a “necessidade é maior” (ibidem, p. 321).

²⁹ “If we try to control a risk with dialogue first and then with a reward at the next rung of the pyramid, rational actors will shun the dialogue until they have collected their reward” (BRAITHWAITE; BRAITHWAITE; MAKKAI, 2007, p. 317).

³⁰ Nesse sentido, “tais lógicas envolvem relacionamentos e modos distintos de conversar com partes — uma mensagem punitiva, por exemplo, será enquadrada e recebida diferentemente de uma mensagem de reabilitação” (BALDWIN; BLACK, 2022, p. 62).

Uma vez que um agente chega à base da pirâmide regulatória, a ênfase de sua interação com o regulador pode mudar para construir forças e potencialidades, por via da pirâmide de recompensas (ibidem, p. 320). A ideia dos autores, com essa medida, é catalisar a melhoria contínua do setor, em termos de conformidade, a longo prazo (ibidem, p.323), sob a premissa de que, para tanto, a flexibilidade e a inovação provenientes da base da pirâmide de incentivos trabalham melhor do que as punições típicas do comando e controle. Incentiva-se, desse modo, a expansão das capacidades gerenciais dos regulados de solucionarem os problemas por si mesmos³¹ (LACERDA; THOMAS, 2019, p. 13).

3.2.2 Conjugação de estratégias regulatórias

A regulação responsiva não diz respeito unicamente ao escalonamento sancionatório no caso do agente regulado optar pela continuidade da conduta infracional. Mais do que isso, a noção de responsividade dos autores está umbilicalmente ligada à ideia que o escalonamento de formas de intervenção estatal auxilia a constituir “formas menos intrusivas e delegadas de regulação do mercado” (AYRES, BRAITHWAITE, 1992, p. 4). A resposta do regulador, portanto, depende profundamente das condutas e dos históricos dos entes regulados, inclusive a título de definição de estratégias regulatórias.

Em outras palavras, a definição do arcabouço sancionatório a ser utilizado no caso concreto e, para além, o estabelecimento de qual estratégia irá reger a atuação regulatória, depende imensamente do quão efetiva é a regulação privada em dado setor:

We also conceive that regulation should respond to industry conduct, to how effectively industry is making private regulation work. The very behavior of an industry or the firms therein should channel the regulatory strategy to greater or lesser degrees of government intervention (AYRES, BRAITHWAITE, 1992, p. 4).

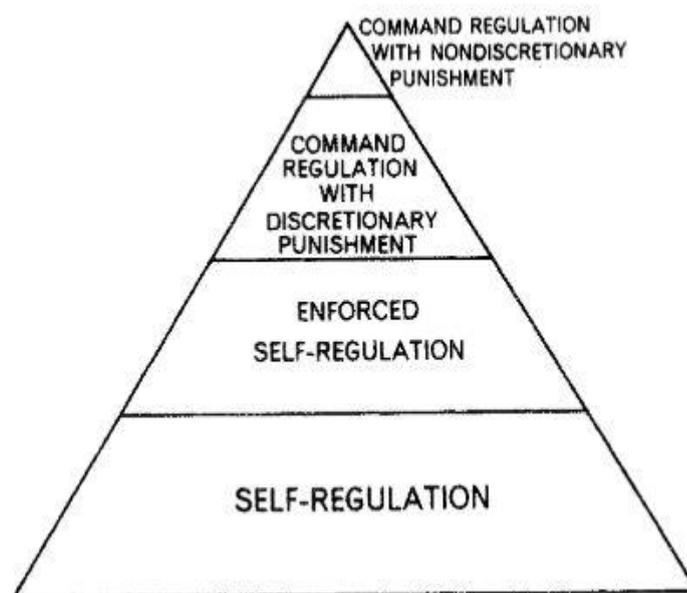
É nessa singularidade que a regulação responsiva difere de outras estratégias de governança de mercado, no sentido de (i) quais atos desencadeiam a resposta regulatória e (ii) no que consiste a resposta. Trata-se de compatibilizar a

³¹ Até porque “prizes are awarded to encourage those who are developing new benchmarks that might take the industry up through a ceiling” (BRAITHWAITE; BRAITHWAITE; MAKKAI, 2007, p. 320).

regulação à estrutura do setor. Diferentes estruturas setoriais, compostas de diversos padrões de comportamento de agentes econômicos, conduzirão a diferentes graus e formas de regulação. Para tanto, o regulador deve estar sintonizado às variadas motivações dos regulados (AYRES; BRAITHWAITE, 1992), de modo a com elas dialogar maior ou menor intervenção’.

Por isso, a regulação responsiva não afigura-se como uma lista predefinida de prescrições positivas a serem implementadas, tidas como a melhor maneira de regular. A responsividade “é, antes, uma atitude que permite o florescimento de uma ampla variedade de abordagens regulatórias” (AYRES; BRAITHWAITE, 1992, p. 5), das quais não pretende esgotar-se. Trata-se de traduzir à práxis do setor a melhor estratégia tendo em vista o seu contexto, história e cultura regulatória. A mesma figura com a qual ilustrou-se a possibilidade de crescente sancionatória utiliza-se para demonstrar a escalada de estratégias regulatórias:

Figura 3 – Pirâmide de estratégias regulatórias



Fonte: Fonte: Ayres; Braithwaite, 1992, p. 39

À proporção em que escala-se os níveis da pirâmide, dá-se ao Estado maior capacidade de intervenção, de fazer valer a conformidade via dissuasão, ao custo de uma regulação cada vez mais inflexível e adversarial - e o ponto-chave para tornar efetiva conformidade no esquema piramidal é a comunicação do regulador

com os agentes econômicos. Isto porque, anunciando antecipadamente que o Estado escalará a pirâmide em caso de violação aos deveres por parte dos regulados, incentiva-se a indústria e os agentes regulatórios a manter a regulação operando em níveis baixos de intervencionismo (AYRES; BRAITHWAITE, 1992, p. 37-50). “A escalada por meio de penalidades progressivamente mais dissuasivas tende a levar a calculadora racional dos agentes ao ponto em que a conformidade se tornará racional” (BRAITHWAITE, 2001, p. 32).

Além da potencial escalada a pirâmide, é essencial, ainda, a possibilidade de descê-la, no caso de verificado bom comportamento por parte do agente, nesse caso adotando-se novamente mecanismos mais persuasivos. O incentivo ao regulado para reparar seus erros reside justamente no abrandamento das sanções e da estratégia regulatória em caso de efetiva correção de sua conduta, perspectiva mormente trabalhada por Braithwaite em “Restorative Justice and Responsive Regulation” (2001). Nesse sentido, a “pirâmide é firme, porém indulgente em sua busca por conformidade” (BRAITHWAITE, 2001, p. 31). A correção deve ser premiada assim como a recusa à correção deve resultar em maior sancionamento (ibidem).

Assim, ambas as pirâmides, ilustradas respectivamente por figura 1 e figura 3, possuem o mérito de, valendo-se do raciocínio TFT, canalizar maior parte da ação regulatória em suas bases - ou seja, em mecanismos persuasivos e de autorregulação, no caso dos exemplos. A primeira figura tem atenção especial à necessidade de um gradiente sancionatório por parte dos reguladores, enquanto a terceira figura relaciona-se à transcendência das estratégias regulatórias por parte da visão responsiva. Portanto, Ayres e Braithwaite (1992, p. 40), preveem, em um primeiro momento, três mecanismos que devem necessariamente ser disponibilizados ao regulador para os fins propostos: (i) o uso de uma estratégia tit-for-tat; (ii) acesso a uma gama hierárquica de sanções e de intervencionismo quanto a abordagem regulatória; e (iii) significativa “altura” da pirâmide (existência de sanções severas, ainda que pouco ou nunca aplicadas).

No decorrer da obra, os autores pormenorizam abordagens regulatórias que podem servir de modelo à aplicação prática de uma regulação responsiva. Veja-se a “enforced self-regulation” constante da Figura 3, por exemplo. Não é mandatório, segundo a teoria de base, que se utilize da autorregulação enforçada. Todavia, deve-se compreender o porquê dela situar onde situa-se na pirâmide: trata-se de

uma abordagem, em quesito “intervencionismo”, que configura meio-termo entre a *self-regulation* e o comando e controle com punições discricionárias.

Conforme salientou-se anteriormente, as abordagens mencionadas não se tratam de imposições, tampouco detêm taxatividade, motivo pelo qual não adentrar-se-á nessas abordagens regulatórias em espécie de modo profundo no presente trabalho. A ideia geral dos autores, nesse sentido, é conceber a possibilidade de conciliar-se, no mesmo ecossistema regulatório, o uso de estratégias diversas, anteriormente tidas como antagônicas (vide autorregulação e comando e controle), passando pela sugestão de, sempre que conveniente e oportuno, agregar-se à metodologia regulatória agentes outrora estranhos à atividade regulada³², de modo a dialogar com os grupos interessados (AYRES; BRAITHWAITE, 1992, p. 54-100) - o que dá azo à concepção de regulação por governança em rede (BRAITHWAITE, 2006). Portanto, esclarecidos alguns aspectos gerais, não serão objetos de maiores análises abordagens como a *enforced self-regulation*³³ e a governança em rede³⁴. Todavia, vale adentrar brevemente no aspecto de diálogo com “grupos interessados”, recém mencionado.

Salutar que se explore, ainda que superficialmente, o aspecto de aglutinação de agentes externos à relação tradicional da regulação, haja vista que um dos

³² Vale ressaltar que os autores não apenas enfatizam a importância do diálogo do regulador com outros atores setoriais. Eles também argumentam acerca da efetividade de delegar-se tarefas regulatórias a esses agentes. “Tarefas regulatórias podem ser delegadas de maneira útil (1) aos grupos de interesse público; (2) a empresas ou associações industriais; e (3) aos competidores das empresas” (AYRES; BRAITHWAITE, 1992, p. 158).

³³ “O conceito de *enforced self-regulation* é uma resposta à ausência de celeridade (Weidenbaum, 1979), burocracia excessiva (Neustadt, 1980), alto custo (Moran, 1986) e engessamento das inovações (Schwartzman, 1976; Wardell, 1979; Stewart, 1981) que podem resultar da imposição de regulações detalhadas sobre a seara econômica e à ingenuidade de confiar às companhias que se autorregulem (Cranston, 1978, p. 61-64). Sob um modelo de *enforced self-regulation*, o governo compeliaria cada empresa a escrever um conjunto de regras sob medida para o conjunto de contingências únicas enfrentadas pela empresa. Uma agência reguladora aprovaria essas regras ou as enviaria para revisão no caso de não constatarem-se suficientemente rigorosas. Nesta fase do processo, os grupos de interesse público (Public Interest Groups ou PIGs) seriam encorajados a comentar as regras propostas. Ao invés de inspeções governamentais para fiscalizar as regras, a maior parte dos deveres de enforcement e custos seriam internalizados pela própria empresa, que seria requisitada a estabelecer seu próprio grupo de inspeção independente. A função primária do Estado, ao menos no caso de grandes empresas, seria a de assegurar a independência desse grupo de compliance interno.” (AYRES, BRAITHWAITE, 1992, p. 106, tradução minha).

³⁴ Trata-se de uma estratégia desenvolvida por Braithwaite (2006), como endereçamento às críticas que acusavam a regulação responsiva de limitar-se a contextos de economias desenvolvidas, no intuito de moldar a teoria responsiva à realidade (e aos déficits de “capacidades institucionais”) dos países em desenvolvimento. Em suma, trabalha-se com duas subestratégias: (i) escalonamento em rede, fundado na perspectiva de que “atores fracos podem tornar-se mais fortes quando em rede com outros atores fracos” (BRAITHWAITE, 2006, p. 891); e (ii) ações *qui tam*, consistentes no estabelecimento de uma estratégia de “caça de recompensas”, por via da institucionalização da figura do *whistleblower* em torno dos pontos mais deficitários em termos de capacidade fiscalizatória da economia/setor regulado em questão (ibidem, p. 894-896).

aspectos mais relevantes da teoria dos autores reside fora do vínculo dicotômico que ocorre, via de regra, entre empresas e agência reguladora. Até então, argumentou-se largamente acerca da relação regulador-regulado, na medida em que afirmou-se a necessidade de alguns instrumentais à disposição do regulador (seja variado leque de sanções, existência de *big guns*, etc).

Dito isso, cabe elucidar o lugar que ocupa o tripartismo na abordagem dos autores. Tripartismo significa, no âmbito teórico, empoderar grupos de interesse público, com vistas a tornar o jogo regulatório, usualmente centrado em dois jogadores - regulador e regulado - mais democrático, reduzindo as chances de aparelhamento e privilegiando seu aspecto democrático e plural, de forma que, grosso modo, aumente-se o número de jogadores:

O tripartismo é definido como uma política regulatória que fomenta a participação dos Grupos de Interesse Público no processo regulatório de três formas. Em primeiro lugar, concede aos Grupos de Interesse Público, e a todos os seus membros, acesso a toda a informação de que dispõe o regulador. Em segundo lugar, dá aos Grupos de Interesse Público um assento na mesa de negociação com o regulado e o regulador quando os negócios são feitos. Terceiro, concede aos Grupos de Interesse Público o mesmo direito de ação de que dispõe o regulador sob a égide regulamentar. (BRAITHWAITE, 1992, p. 57-58, tradução minha)

Ainda que, quando inicialmente teorizado, carecesse de contornos definidos na prática, a noção de tripartismo é uma espécie de diretriz a ser seguida no sentido de dialogar com os devidos *stakeholders*, levando-se em consideração o potencial substancial que esses interessados possuem a título de monitoramento, pluralidade e pressão sobre os regulados rumo à conformidade. Busca-se, no horizonte, desconstituir a noção de que a regulação cabe meramente ao regulador, apartado da sociedade civil.

Assim, sem embrenhar em pormenores quanto às abordagens regulatórias exemplificativas dos autores, acredita-se que, com isso, suficientemente aclaradas as proposições da teoria da regulação responsiva. Vale uma última nota: Por mais que a figura piramidal ilustre aspectos relevantes da responsividade no âmbito da regulação, algumas das recomendações da teoria não cabem dentro de três vértices.

Em razão dos debates contínuos, que seguem ocorrendo, a título de aprimoramento teórico - e, ainda, da teoria não resumir-se às pirâmides supra apresentadas -, Braithwaite intentou esclarecer as mais essenciais ideias da

regulação responsiva em texto de 2011. Nos nove princípios (ou recomendações ao regulador) que seguem reside o núcleo da teoria, em sua forma mais contemporânea:

(1) Leve em consideração o contexto e não imponha teorias preconcebidas; (2) Ouça atentamente; estruture um diálogo que (a) Dê voz às partes interessadas; (b) Fixe resultados negociados e a forma de monitoramento quanto ao seu atingimento; (c) Construa compromissos, auxiliando os atores a encontrar a sua própria motivação para melhorar; (d) Comunique aos regulados o compromisso de dedicação à solução de um problema até o seu saneamento; (3) Engaje aqueles que oferecem resistência; mostre-lhes respeito, utilizando a resistência como uma oportunidade para aprender a aprimorar o desenho regulatório; (4) Valorize quem demonstra compromisso com a inovação, com a melhoria contínua, ajude os líderes do setor regulado a alcançarem novos patamares de excelência; (5) Sinalize a preferência em atingir os objetivos pelo suporte e educação; (6). Sinalize, mas não ameace, o repertório de sanções que poderão ser escaladas; mostre que a sanções última instância serão utilizadas quando necessárias e para situações excepcionais; (7) Construa uma governança em rede da pirâmide, pelo engajamento de várias redes de parceiros na movimentação da pirâmide; (8) Eleja a responsabilidade ativa (responsabilidade pelo atingimento de melhores resultados no futuro) e recorra à responsabilidade passiva apenas quando a responsabilidade ativa falhar; e (9) Aprenda; avalie o quão bem e a quais custos os resultados foram alcançados; e divulgue as lições aprendidas. (BRAITHWAITE, 2011, p. 476, tradução de LACERDA; THOMAS, 2019, p. 14)

Na prática, a responsividade em seara regulatória, portanto, remete a um diálogo constante, tanto com regulados quanto com grupos interessados, atentando às peculiaridades do setor para definição da estratégia mais adequada.

Com o fim de convencer os regulados a adotar postura de conformidade, pontuou-se a utilidade de (a) um arsenal variado de sanções, desde medidas persuasivas, passando por punições dissuasivas, até aquelas incapacitantes - que devem-se manter no plano de fundo, como ultima ratio - podendo-se falar em sanções positivas na mesma medida de tit-for-tat; (b) flexibilidade quanto a adoção de diferentes abordagens regulatórias por parte do regulador, privilegiando mecanismos menos intervencionistas quando verificada a eficiência dos regulados em adotar postura de conformidade; e (c) independentemente das medidas tomadas, que sejam previamente e ostensivamente comunicadas aos regulados e demais envolvidos no ambiente regulatório. Dadas noções gerais acerca da regulação responsiva, não de ter-se em conta para efeitos de referência no próximo capítulo, em que pretende-se utilizar do arcabouço teórico construído supra como

lente para visualizar a recente forma de regulação esboçada pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados.

3.3 SÍNTESE DO CAPÍTULO 3

Ao longo do capítulo 3, viu-se que o fenômeno regulatório não é adstrito ao estabelecimento de normas setoriais via poder normativo e regulamentar da Agência Reguladora, também dizendo respeito a procedimentos anteriores e posteriores à regulamentação, englobando tanto a supervisão fiscalizatória quanto a sanção punitiva (MOREIRA, 2004, p. 181), sendo possível conceber a existência de alguns desses procedimentos apartados do seio estatal - vide autorregulação. Após, foram apresentados os modelos regulatórios de desregulação e de comando e controle, no intuito de situar a abordagem da regulação responsiva enquanto resposta ao primeiro e complementar ao segundo, ao passo em que aproveita parcialmente pressupostos de ambos.

Verificou-se que a regulação responsiva, como alternativa aos modelos supracitados, conjuga medidas persuasivas e dissuasivas, a depender da conduta e histórico do agente, a fim de obter conformidade regulatória. Para tanto, salientou-se a necessidade de que o regulador (i) dialogue com os regulados, a fim de sintonizar-se às suas demandas e dar-lhes voz no processo regulatório, além de comunicá-los do ímpeto de escalar-se a pirâmide sancionatória em caso de conduta lesiva; (ii) modele a sua atuação a depender do grau de conformismo e de boas práticas do regulado em questão, por meio de um raciocínio de tit-for-tat enforcement; e (iii) disponha de um amplo leque de sanções e de variadas abordagens regulatórias, a serem aplicadas na medida de sua efetividade, sempre priorizando-se a solução por vias mais persuasivas e menos interventivas (como a autorregulação). Em seguida, analisou-se brevemente os contornos mais contemporâneos da teoria responsiva, ilustrados tanto pela utilização de sanções positivas no arcabouço sancionatório (prêmios e recompensas) quanto pelo fomento a agregar-se *stakeholders* setoriais no processo regulatório.

Ao fim, frisou-se que a regulação responsiva não figura como uma lista predefinida de prescrições positivas a serem implementadas, mas sim uma atitude que permite o florescimento de uma ampla variedade de abordagens regulatórias. No próximo capítulo será examinada a regulamentação da Autoridade Nacional de

Proteção de Dados, especialmente na figura da Resolução CD/ANPD n. 1 de 28 de outubro de 2021. Em seguida, serão ponderadas as suas proximidades e distanciamentos relativamente às recomendações da regulação responsiva supra exploradas. Ao final, pretende-se inferir a potencial efetividade do microssistema de proteção de dados à consecução da tutela de dados pessoais por via da avaliação da abordagem regulatória escolhida pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados.

4 A ATUAÇÃO DA ANPD E O CENÁRIO REGULATÓRIO

Durante o primeiro capítulo, além de descrita a tônica da legislação de tutela de dados em âmbito comunitário europeu e pátrio, foram identificadas particularidades do setor de proteção de dados pessoais a ter-se em conta ao tratar-se do fenômeno regulatório. Embora ao indivíduo seja legado papel central no controle do fluxo de informações desde a segunda geração de leis de proteção de dados, foi ressaltado que o próprio paradigma do consentimento encontra determinadas fronteiras na prática, como a hipervulnerabilidade do usuário diante do mercado informacional e as limitações cognitivas do titular de dados para avaliar e acompanhar a tutela de seus dados de maneira eficaz - além das situações em que não o custo a se pagar ao não utilizar-se um serviço digital, a nível individual, é excessivamente alto (chamadas circunstâncias “take it or leave it”), o que finda por cercear a autonomia do usuário.

Dessas proposições, juntamente da explícita demanda por regulamentação da legislação promulgada e, mais genericamente, por regulação setorial, inferiu-se a necessidade de uma prestação positiva estatal, consubstanciada na figura de uma Autoridade Independente. Com isso quer-se dizer: A operacionalização da proteção de dados (ou o *enforcement* das normas protetivas), em sentido prático, não deve ser delegada meramente ao usuário, titular dos dados pessoais, mas sim depende da atuação positiva de um ente especializado em fazer valer a legislação setorial - é o que explorou-se no capítulo anterior a título de “regulação”. Demonstrada a necessidade de uma entidade responsável pela regulação, neste capítulo pretende-se explorar genericamente a figura da autoridade independente no contexto de proteção de dados, ressaltando sua razão de ser, e, a partir de um paralelo com a teoria de base exposta no segundo capítulo, analisar a positivação e regulamentação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados a fim de (a) apurar o seu grau de aproximação com a regulação responsiva e (b) verificar a potencial efetividade do modelo proposto quanto à obtenção de conformidade regulatória diante especificidades do cenário de proteção de dados pessoais, nos termos estabelecidos pelo primeiro capítulo.

4.1 OPERACIONALIZANDO A PROTEÇÃO DE DADOS NO BRASIL

Como viu-se na seção 2.2.1, a figura da autoridade independente não é uma novidade na discussão de fluxo de informações. Ao menos a partir da Diretiva 95/46/CE, que, em seu artigo 28, tornou as *Data Protection Authorities* (DPA) regra geral e vinculante no âmbito dos países membros da UE, tem-se esse modelo de entidade como pacífico no setor em comento - o que, em parte, ocorre por conta do chamado efeito Bruxelas (BRADFORD, 2012, p. 1-68), explanado no tópico 2.2.2. Em termos gerais, Caringella (2000, p. 10) define a figura da autoridade como

ente ou órgão público dotado de substancial independência do governo, caracterizados pela sua autonomia de organização, financiamento e contabilidade; da falta de controle e sujeição ao poder Executivo, dotadas de garantias de autonomia através da nomeação de seus membros, dos requisitos para esta nomeação e da duração de seus mandatos; e tendo função de tutela de interesses constitucionais em campos socialmente relevantes. (tradução por DONEDA, 2021).

Embora de gênese significativamente europeia, as autoridades independentes não são mais circunscritas ao espaço geopolítico europeu (DONEDA, 2021, p. 322), sendo uma tendência crescente nos ordenamentos que contemplam uma sistemática de proteção de dados pessoais. Em razão, seja da autonomia que a elas deve-se conceder para fins de efetividade, seja da competência geralmente especializada, as DPA, em conjunto com seus arranjos institucionais, proveniência, independência e desempenho são, quiçá, o agente mais relevante na determinação do grau de privacidade informacional que desfruta-se em determinado ordenamento e meio social (RAAB; SZEKELY, 2017, p. 421).

Portanto, não é absurdo remeter-se a razão de ser dessas entidades à especialização da atividade regulada e ao seu caráter eminentemente técnico, em um contexto de complexificação das relações sociais e da organização administrativa (DONEDA, 2021, p. 325). Em síntese, diante da demanda de especialização da atividade administrativa ao particularismo e à dinâmica de novos mercados, surgiu a necessidade de formalização de entes com capacidade institucional³⁵, neste caso, para controlar o fluxo de informações e tutelar a proteção de dados.

³⁵ Com esse termo, denota-se o argumento das capacidades institucionais de Cass Sunstein e Adrian Vermeule (2002), que traduz a concepção de determinadas características que instituições possuem que as tornam mais qualificadas para realizar a interpretação adequada sobre determinada normativa.

Ou seja, a relevância da entidade reside não apenas na tutela dos dados pessoais do usuário e cidadão, como também na estruturação de todo o sistema normativo de proteção de dados (DONEDA, 2021, p. 328) - ao setor privado, a autoridade afigura-se como útil na manutenção de padrões contínuos de aplicação da lei, norteados entendimentos gerais da matéria, orientando e fiscalizando os agentes econômicos no intuito de obter-se conformidade. Pode-se afirmar, inclusive, que a carência de uma autoridade responsável por operacionalizar a proteção de dados em dado ordenamento jurídico automaticamente indica a ausência de um sistema de proteção de dados estruturado.

Por esse motivo, os países são frequentemente criticados por apenas aprovar leis para proteger a privacidade, sem também criar um mecanismo de implementação que “dê força à lei utilizando-se do maquinário institucional - por meio do qual a conformidade, as boas práticas e outros requisitos podem ser incentivados ou exigidos” (RAAB; SZEKELY, 2017, p. 422). Nessa toada é que em muito criticou-se o movimento da Lei Geral de Proteção de Dados em 2018: Apesar de dispor acerca de uma série de direitos e deveres, carecia da institucionalização de uma figura para fazer cumprir as suas disposições na prática. Explica-se.

No cenário brasileiro, a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), apesar de extensamente mencionada pela Lei 13.709/18 (LGPD), com atribuições similares àquelas das DPAs europeias - vide funções hermenêuticas, de fiscalização, orientação, sancionatórias, etc -, possui gênese conturbada e apenas recentemente logrou “sair do papel”. O início do processo legislativo da Lei 13.709/18 foi marcado tanto pela entrada em vigor do GDPR europeu quanto pelo escândalo da Cambridge Analytica, ligado à utilização de dados de definição de perfil coletados por meio do Facebook para manipulação política (GNOATTON, p. 113). Em um primeiro momento, o PL 5276/16, proposta legislativa que posteriormente deu vez à LGPD, explicitamente instituía a ANPD sob a forma de autarquia federal em regime especial³⁶ - disposição que, ao final do processo

³⁶ “A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais previa inicialmente a criação de uma Autoridade Nacional de Proteção de Dados – a Autoridade de Controle brasileira –, responsável pela tutela dos dados pessoais no país, como um órgão integrante da Administração Indireta, na modalidade de autarquia especial vinculada ao Ministério da Justiça, caracterizada por independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo, estabilidade de dirigentes e autonomia financeira (Redação dos Art. 55 a 59, quando da promulgação da Lei n. 13.709/2018)” (GNOATTON, 2021, p. 115).

legislativo, foi objeto de veto presidencial, sob o fundamento de inconstitucionalidade formal.

Diante da sanção da LGPD , e constatada a necessidade de estabelecimento de uma autoridade para implementar as normas de proteção de dados, a Presidência da República adotou a Medida Provisória 869/2018 (convertida, com diversas modificações, na Lei n. 13.853/19), responsável por alterar disposições da LGPD relativamente à estrutura da ANPD, residindo sua maior novidade no art. 55-A, regra *sui generis*, segundo a qual criava-se a ANPD como órgão da Administração Pública Federal³⁷, vinculada à Presidência da República, sendo a sua natureza jurídica - eis o “pulo do gato” - transitória, podendo ser transformada em autarquia de regime especial dentro de dois anos, *in verbis*:

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.

§ 2º A avaliação quanto à transformação de que dispõe o § 1º deste artigo deverá ocorrer em até 2 (dois) anos da data da entrada em vigor da estrutura regimental da ANPD.

Automaticamente, por utilizar da desconcentração administrativa, dando azo à criação de um órgão público, em detrimento de um processo de descentralização administrativa pautado pela autonomia típica administração indireta, a aludida norma foi duramente criticada, sendo então pacífica no meio acadêmico a necessidade de ativar-se o “gatilho” de conversão tratado pelo § 1º do art. 55-A, a fim de transformar a referida entidade em autarquia especial. Recentemente, esse dispositivo foi revisitado pela Medida Provisória n. 1.124/22, fato que se abordará a seguir.

Antes, um parênteses: Previamente ao advento da MP 1.124, credita-se ao Decreto presidencial n. 10.474 de 26 de agosto de 2020 o marco inicial da ANPD, que possuiu mérito de aprovar a estrutura regimental e o quadro demonstrativo de cargos da autoridade, ainda sob o regime de órgão. A nomeação dos integrantes do

³⁷ Cabe salientar que os parlamentares denominaram a estrutura estabelecida de “modelo híbrido”. Ou seja, houve a vinculação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados à administração pública direta - no regime de órgão, o que denota menos independência -, todavia, intentou-se conceder alguma autonomia à Autoridade em outras frentes, como relativamente às fontes de receita (art. 55, inc. I, LGPD), sabatina de seus membros pelo Senado Federal (art. 55-D, LGPD), mandatos fixos (art. 55-E, LGPD), etc. (SOUZA, 2019, p. 53).

Conselho Diretor da ANPD ocorreu em 6 de novembro de 2020, data do que pode denominar-se de “constituição material” do então órgão integrante da Presidência da República, nos termos do referido decreto.³⁸ Em suma, o ato estabeleceu a estrutura organizacional da ANPD e determinou os parâmetros necessários para a implementação do Conselho Nacional de Proteção de Dados e da Privacidade - CNPDP (DONEDA, 2021, p. 337).

Retornando à questão do regime administrativo, a publicação da Medida Provisória 1.124/22 (convertida na Lei 14.460/22) acolheu o clamor por maior independência da autoridade que vinha sendo entoado por parte majoritária da doutrina³⁹, que entendia a delimitação da ANPD no interior da administração pública direta como uma violação à concepção de autonomia, na medida em que os órgãos públicos integrados ao Executivo possuem como característica marcante a rigidez na estrutura de poder e decisão (DONEDA, 2021, p. 330) e, especialmente, a subordinação hierárquica - sendo o poder hierárquico compreendido, em âmbito administrativo, como a possibilidade de “distribuir e escalonar as funções de seus órgãos, ordenar e rever a atuação de seus agentes estabelecendo a relação de subordinação” (MEIRELLES, 2016, p. 142). Embora poder hierárquico e disciplinar não se confundam, “andam juntos” (Ibidem, p. 142).

A partir da Lei 14.460/22, considera-se a Autoridade Nacional de Proteção de Dados como uma autarquia de natureza especial, o que denota a conferência de privilégios específicos e aumento de autonomia comparativamente, inclusive, às autarquias comuns (Idem, p. 448). Isto porque o que “posiciona a autarquia como de regime especial são as regalias que a lei criadora lhe confere para o pleno desempenho de suas finalidades específicas” (idem, p. 449). Ou seja, de forma estrutural, privilegiou-se a autonomia da ANPD.

³⁸ Decreto 10.474/20. Art. 6º Este Decreto entra em vigor na data de publicação da nomeação do Diretor-Presidente da ANPD no Diário Oficial da União.

³⁹ “O importante é que a mencionada Autoridade seja estabelecida nos moldes do que havia sido proposto no Projeto de Lei da Câmara n. 53/18, o qual se encontrava amplamente alinhado com bons modelos e práticas internacionais, bem como havia sido objeto de amplo debate público e democrático. Esse é, vale ressaltar, o entendimento majoritário dos diversos setores da sociedade que vêm discutindo a regulação do tratamento de dados pessoais no País, nos últimos anos. Para que o Brasil alcance um patamar elevado de proteção aos direitos humanos e de desenvolvimento, faz-se necessário criar uma Autoridade Nacional de Proteção de Dados Pessoais que goze de autonomia, seja funcionalmente independente e detenha características semelhantes àquelas preconizadas na norma europeia de proteção de dados” (TEFFÉ; AZEVEDO, 2018, p. 14).

Compreendido em linhas gerais o processo legislativo que levou à estruturação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados - entidade que pode entendida como autoridade independente ou DPA brasileira - nos moldes presentes, adentra-se, no próximo subcapítulo, às funções propriamente ditas da autarquia, positivadas tanto por diplomas legais (LGPD e suas alterações posteriores, supramencionadas) quanto, em especial, por sua regulamentação (notadamente, na figura das resoluções e portarias aprovadas pelo Conselho Diretor da ANPD).

4.2 REGULAMENTAÇÃO DA ANPD

As competências legais da Autoridade Nacional de Proteção de Dados foram majoritariamente definidas no rol do artigo 55-J da Lei 13.709/19, com suas alterações posteriores supramencionadas, especialmente por meio da Lei n. 13.853/19. Com base nos referidos diplomas legais, a ANPD utilizou de seu poder normativo, adstrito à lei formal, no intuito de regulamentar as suas atividade - em “vista da necessidade de uma normatividade essencialmente técnica” (MEIRELLES, 2016, p. 454). Para fins didáticos, se adotará a mesma organização de tópicos realizada na Resolução CD/ANPD n. 1 de 28 de outubro de 2021, cujo objeto é “Aprova o Regulamento do Processo de Fiscalização e do Processo Administrativo Sancionador no âmbito da Autoridade Nacional de Proteção de Dados”, sendo esta a principal regulamentação realizada no âmbito da ANPD até então, por via de seu Conselho Diretor.

Após o estabelecimento das disposições gerais, que versam tanto acerca das definições adotadas no Regulamento (agente regulado, atuado, denúncia, dentro outras definições recorrentes) e disposições processuais quanto sobre os deveres dos agentes regulados, a Resolução organiza-se do seguinte modo, quanto aos tópicos relevantes ao presente trabalho: No título II, denominado “Processo de Fiscalização” encontra-se sua subdivisão, na forma de capítulos, em atividades de monitoramento, atividades de orientação e atividades preventivas. Por outro lado, o título III dá conta da atividade repressiva, englobando o processo administrativo sancionador e a imposição de penalidades. Portanto, abaixo dividem-se as atividades da Autoridade em (i) monitoramento; (ii) orientativas; (iii) preventivas; essas três no interior do espectro fiscalizatório; e (iv) repressivas.

No artigo 17 da Resolução CD/ANPD n. 1/21 encontram-se as premissas da fiscalização a ser realizada pela Autoridade, do que extrai-se um panorama geral amparado em conceitos como accountability e responsividade, na medida em que prevê a necessária observância, na atividade fiscalizatória, de disposições dentre as quais destacam-se “incentivo à responsabilização e prestação de contas pelos agentes de tratamento” (inciso VII), a “previsão de mecanismos de transparência, de retroalimentação e de autorregulação” (inciso VI), a “priorização da atuação baseada em evidências e riscos regulatórios, com foco e orientação para o resultado” (inciso II) e, especial para o presente trabalho, a “atuação de forma responsiva, com a adoção de medidas proporcionais ao risco identificado e à postura dos agentes regulados” (inciso IV). Ressalta-se novamente: as “diretrizes” acima expostas são válidas seja para atividade de monitoramento, seja orientativa, seja preventiva. Dito isso, adentra-se nas atividades da Autoridade Nacional de Proteção de Dados em espécie.

(i) a atividade de monitoramento da ANPD, nos limites de aplicabilidade delimitados pelos artigos 3º e 4º da Lei Geral de Proteção de Dados, destina-se ao levantamento de informações e dados relevantes para subsidiar a tomada de decisões pela ANPD com o fim de assegurar o regular funcionamento do ambiente regulado (art. 15, § 1º) e possui norte fundamentado na análise de risco regulatório (art. 18, III) decorrente da conformidade variável dos agentes regulados relativamente à proteção de dados (art. 18, II). Em suma, o monitoramento das atividades de tratamento de dados possui o intuito de prevenir, corrigir e reparar as práticas irregulares e seus consequentes danos (art. 18, V), de modo a fomentar uma cultura de proteção de dados (art. 18, IV).

No interior da seara de monitoramento, salientam-se três instrumentos previstos pela referida Resolução, a saber, o relatório de ciclo de monitoramento, o mapa de temas prioritários e o mecanismo de recebimento de denúncias externas - que compõem, materialmente, as ações de monitoramento da ANPD.

O relatório de ciclo de monitoramento afigura-se como um meio de prestação de contas, avaliação e planejamento da atividade de fiscalização da ANPD (art. 20, *caput*). Desta feita, seus méritos avaliativos dão-se no sentido de julgar (sem conotação jurisdicional), com indicadores e quantificação de resultados, a fiscalização exercida pela ANPD no respectivo ciclo (art. 20, § 1º, inciso I), o que também denota a consolidação de dados e consequente prestação de contas, em

sentido de accountability. Além disso, o relatório, com base nos dados consolidados até então e na avaliação do ciclo de monitoramento, deve direcionar a estratégia de atuação (preventiva, orientativa e repressiva) da Autoridade ao longo do ciclo seguinte, indicando medidas a serem adotadas (art. 20, § 1º, inciso II). Ao fim, o documento é submetido à deliberação do Conselho Diretor (art. 20, § 2º).

O mapa de temas prioritários, por sua vez, trata-se de uma política de priorização bianual da Autoridade (art. 21, *caput*), responsável por definir os temas mais relevantes para fins de estudo e planejamento da atividade de fiscalização, com base em critérios como o risco, a gravidade, a atualidade e a relevância do tema (art. 22, *caput*) - mantendo a tendência de exigência de parâmetros e indicadores concretos para aferição da consecução dos objetivos vista até então (art. 22, inciso II). O mapa, realizado com apoio das áreas técnicas da ANPD (art. 23), deve englobar o cronograma de execução das medidas prioritárias (art. 22, III), a indicação de necessidade de interação com outros entes ou órgãos da administração pública, bem como com autoridades de proteção de dados de outros países (art. 22, IV) e a memória do processo decisório do qual decorreu a seleção e priorização dos temas, inclusive as metodologias de priorização empregadas (art. 22, I) e, por fim, seguir para aprovação do Conselho Diretor (art. 23, *caput*).

Por fim, o mecanismo de recebimento de requerimentos e denúncias da ANPD não é extensamente explorado na Resolução CD/ANPD n. 1/21, tampouco em demais regulamentações até então, do que pode-se ressaltar o estabelecimento de requisitos de admissibilidade (art. 25 e ss.), a possibilidade de recebimento de denúncia anônima quando verificada a verossimilhança das alegações e a desnecessidade de identificação do denunciante para a devida apuração dos fatos (art. 25, § 3º) e a obrigatoriedade de analisar-se os requerimentos de forma agregada, com adoção padronizada de providências (art. 26) - salvo casos a serem individualizados a depender da discricionariedade fundamentada da Coordenação-Geral de Fiscalização (art. 26, § 1º).

(ii) a atividade de orientação, por sua vez, caracteriza-se pela atuação baseada na economicidade e na utilização de métodos e ferramentas que almejam a promover a orientação, a conscientização e a educação dos agentes de tratamento e dos titulares de dados pessoais (art. 15, § 2º). Trata-se, fundamentalmente, de medidas que visam o fomento de uma cultura de conformidade com base na educação dos regulados e demais agentes envolvidos pelo fenômeno regulatório.

Por disposição regulamentar, a utilização de medida orientativa no caso concreto não constitui sanção ao agente regulado (art. 28)

Embora a regulamentação, no artigo 29 da referida Resolução, disponha de um rol de medidas orientativas a serem adotadas, como a elaboração e disponibilização de guias de boas práticas e de modelos de documentos para serem utilizados por agentes de tratamento (art. 29, inciso I), a elaboração e disponibilização de ferramentas de autoavaliação de conformidade e de avaliação de riscos (art. 29, III), o reconhecimento e divulgação das regras de boas práticas e de governança (art. 29, IV) e a recomendação de padrões técnicos, Programa de Governança em Privacidade e observância de códigos de conduta (art. 29, inciso V, 'a', 'b' e 'c'), a opção do poder regulamentar parece ter sido a de deixar à discricionariedade do regulador e à casuística a aplicação da medida orientativa mais apropriada, inclusive inovando relativamente ao rol mencionado supra.

Nesse sentido, são dois os dispositivos que mais chamam a atenção quanto às atividades orientativas: primeiro, o permissivo genérico para adoção de outras medidas não previstas no rol do artigo 29, desde que compatíveis com as finalidades de orientação, conscientização e educação dos agentes interessados (art. 29, § 1º) - o que denota concepções de flexibilidade e adequação de meios para consecução da conformidade regulatória. A segunda disposição que salta aos olhos por sua intenção de promover diálogo entre agentes regulados, interessados e regulador reside no art. 29, § 2º do referido diploma, na medida em que permite aos regulados, ou suas associações representativas, a sugestão de medidas de orientação.

Portanto, a atividade orientativa da ANPD, deduz-se, visa promover orientação não apenas “para” os regulados, mas também “com” os agentes interessados, concedendo-lhes voz ativa para apontar as temáticas eventualmente obscuras que careçam de orientação por parte da Autoridade. Em síntese, pode-se afirmar que tratam-se de dispositivos bastante preocupados com o fornecimento de segurança jurídica no setor em comento, na medida em que concedem ao próprio regulado um espaço de exposição de suas “demandas regulatórias”, por assim dizer, abrindo mão da centralização da decisão regulatória na Autoridade estatal - ao menos em âmbito orientativo.

(iii) a atividade preventiva consiste em uma atuação baseada, preferencialmente, na construção conjunta e dialogada de soluções e medidas que visam a reconduzir o agente de tratamento à plena conformidade ou a evitar ou

remediar situações que possam acarretar risco ou dano aos titulares de dados pessoais e a outros agentes de tratamento (art. 15, § 3º). Sob premissas similares à atividade orientativa, a saber, que as medidas preventivas não constituem sanção ao agente regulado (art. 31) e que poderão ser adotadas outras medidas fora do rol estabelecido pelo regulamento (art. 32, parágrafo único), a atividade preventiva é materializada, aprioristicamente, por quatro medidas - em ordem crescente de complexidade e incisividade da medida preventiva: divulgação de informações, aviso, solicitação de regularização ou informe e plano de conformidade (art. 32 e respectivos incisos).

A divulgação de informações trata-se, basicamente, da publicização de informações e dados setoriais agregados e de desempenho no sítio eletrônico da ANPD (art. 33) - vide taxa de resolução de problemas e pedidos de titulares atendidos. O aviso, por outro lado, trata-se de advertência contendo a descrição da situação e informações suficientes para que o agente de tratamento tenha como identificar as providências necessárias (art. 34) - reitera-se: não se trata de medida sancionatória.

De outra feita, em situações intermediárias entre aviso e o plano de conformidade - ou seja, em casos que necessitam de regularização em prazo determinado, todavia cuja complexidade não justifique a elaboração de minucioso plano de conformidade (art. 35, *caput*) -, a solicitação de regularização e o informe são a medida preventiva adequada. Em síntese, dá-se ao regulado tanto as informações necessárias à tomada de providência rumo à conformidade quanto um prazo para atendimento da solicitação (art. 35, § 2º), que pode ser prorrogado mediante justificativa (art. 35, § 3º). Por decorrência lógica, embora não configure sanção, utiliza-se a solicitação de regularização em casos de infração em decorrência do tratamento de dados pessoais (especialmente por órgãos públicos, art. 35 § 1º) - não atendida a solicitação, dá-se azo à progressão da atuação da ANPD, que pode, a seu critério, adotar outras medidas preventivas ou partir para a atuação repressiva (art. 35, § 4º). Aliás, vale ressaltar que o não atendimento ainda é considerado agravante no caso de instauração de processo administrativo sancionador.

Por fim, o plano de conformidade cristaliza uma série de providências a serem adotadas pelo regulado em prol do *compliance*, de maneira objetiva e mensurável. O plano deve conter, no mínimo, o objeto, ações previstas para reversão da situação

infracional identificada, critérios para acompanhamento, prazos e trajetória de alcance dos resultados esperados (art. 36, incisos I, II, III, IV e V). Na hipótese de cumprimento, cabe ao agente de tratamento a comprovação tanto do atendimento do resultado esperado quanto das medidas adotadas tempestivamente (art. 36 § 2º), enquanto eventual descumprimento do plano enseja a progressão da ANPD para a atuação repressiva (art. 36, § 3º), nos mesmos moldes da solicitação de regularização.

(iv) A atividade repressiva da ANPD caracteriza-se pela atuação coercitiva da ANPD, voltada à interrupção de situações de dano ou risco, à recondução à plena conformidade e à punição dos responsáveis mediante a aplicação das sanções previstas no artigo 52 da LGPD (art. 15, § 4º) e pode ser sintetizada no processo administrativo sancionador a ser instaurado pela Autoridade no caso de apurar-se a ocorrência de infrações à legislação setorial, nos termos do art. 55-J, inciso IV, da Lei 13.709/18. Relativamente ao processo administrativo sancionador, cabe ressaltar (a) o procedimento preparatório, a ser instaurado antes da lavratura de auto de infração; (b) a possibilidade de termo de ajustamento de conduta; (c) as fases de instauração e instrução do processo administrativo propriamente dito; e (d) os desfechos potencialmente advindos do PAS, a saber, as sanções administrativas e seus respectivos critérios de aplicação.

Em analogia, pode-se dizer que o procedimento preparatório está para o processo administrativo sancionador da Autoridade Nacional de Proteção de Dados assim como o inquérito policial está para a ação penal pública de titularidade do Ministério Público. Trata-se de procedimento destinado a realizar averiguações preliminares, quando os indícios da prática de infração não forem suficientes para a instauração imediata de processo administrativo sancionador (art. 40 e ss.). A competência para instauração do procedimento é da Coordenação-Geral de Fiscalização da ANPD, que pode, a partir deste, determinar a realização de diligências para o esclarecimento da demanda (art. 41) e inclusive fazê-lo tramitar em sigilo (art. 40, parágrafo único). Após a instrução do procedimento preparatório, a Coordenação-Geral de Fiscalização da ANPD confronta-se com decisão similar àquela do Ministério Público após relatório final da autoridade policial (art. 10, § 1º do CPP): deve-se optar entre o arquivamento, em razão da insuficiência do acervo probatório, e a instauração de processo administrativo sancionador, no caso de

verificar-se “justa causa” - sem prejuízo da adoção de medidas de orientação e prevenção, conforme o caso (art. 42).

Há, em sede regulamentar, a previsão de termo de ajustamento de conduta em sede de fiscalização relativa a eventuais violações à LGPD, a ser apresentado pelo interessado à Coordenação-Geral de Fiscalização da ANPD (art. 43 e ss.). A resolução CD/ANPD n. 1/21 não dá conta de minuciar o dispositivo, apenas mencionando que suspende-se o processo administrativo após a submissão e consequente assinatura/aceite do TAC pelo Conselho Diretor da ANPD (art. 43, §§ 1 e 2º), além de que arquiva-se o processo caso verificado o cumprimento integral do termo (art. 43, § 3º). Haja vista a ausência de maiores regramentos quanto ao TAC em regulamentação própria da ANPD (art. 44), infere-se que o procedimento a ser seguido é aquele detalhado genericamente na Instrução Normativa n. 4 de 21 de Fevereiro de 2020 da Controladoria-Geral da União.

O processo administrativo sancionador propriamente dito da ANPD tem como fundamento legal o art. 55-J da Lei 13.709 e inicia-se com a lavratura do auto de infração pela Coordenação-Geral de Fiscalização (art. 45), que deverá contar com alguns requisitos mínimos (art. 46) e imediata intimação do agente de tratamento interessado para apresentar defesa (art. 47). A instrução do processo administrativo da ANPD possui algumas garantias básicas positivadas na LGPD (ideais abstratos de contraditório, ampla defesa, direito recursal - vide art. 55-J, IV, advindo da LGPD) que são transmitidas à regulamentação, cristalizadas no direito a alegações finais (art. 53 da resolução) e, aprioristicamente, na ampla admissão probatória⁴⁰ para a defesa, conforme art. 48, § 1º da resolução. Eventual recurso será dotado de efeito suspensivo limitado à matéria contestada da decisão, ressalvadas as hipóteses de fundado receio de prejuízo de difícil ou incerta reparação decorrente da execução da decisão recorrida (art. 60) e será processado e julgado pelo Conselho Diretor da ANPD, instância administrativa máxima (art. 58).

As sanções cominadas aos agentes de tratamento de dados que infringirem as disposições da LGPD, nos termos da própria Lei 13.709, devem ser aplicadas pela ANPD de acordo com as particularidades do caso concreto e considerando uma

⁴⁰ Há previsão de possibilidade de indeferimento de prova pericial, nos termos do art. 51 da referida regulamentação, que parece remeter aos casos em que a produção probatória robusta afigura-se como protelatória. Não obstante, o dispositivo parece apto ao indeferimento desarrazoado de provas eventualmente requeridas pela defesa, do que pode-se colocar em xeque a referida “ampla admissão probatória”.

série de parâmetros e critérios, dentre os quais (art. 52, § 1º da Lei 13.709): a gravidade e a natureza das infrações e dos direitos pessoais afetados (art. 52, § 1º, I), a condição econômica do infrator (art. 52, § 1º, IV), a cooperação do infrator (art. 52, § 1º, VII), a adoção de política de boas práticas e governança (art. 52, § 1º, IX), a pronta adoção de medidas corretivas (art. 52, § 1º, X), a adoção reiterada e demonstrada de mecanismos e procedimentos internos capazes de minimizar o dano, voltados ao tratamento seguro e adequado de dado (art. 52, § 1º, VIII), entre outros. A eleição de critérios flexíveis denota uma opção do legislador por mensurar as sanções de acordo com a casuística e, aparentemente, privilegiar uma postura de conformidade reiterada do agente, como percebe-se dos parâmetros sancionatórios supra expostos. Em espécie, as sanções aplicáveis pela ANPD são, em ordem crescente de intervenção na esfera privada do regulado, nos termos da Lei 13.709: advertência (art. 52, I), multa simples (art. 52, II), multa diária (art. 52, III), publicização da infração (art. 52, IV), bloqueio dos dados pessoais até a regularização (art. 52, V), eliminação dos dados pessoais referentes à infração (art. 52, VI), suspensão parcial do funcionamento do banco de dados (art. 52, X) suspensão do exercício da atividade de tratamento de dados pessoais relativos à infração pelo período de 6 meses (art. 52, XI) e proibição parcial ou total do exercício de atividades relacionadas as tratamento de dados (art. 52, XII).

Após a instrução e a prolação de decisão motivada (art. 55, parágrafo único), nos termos dos parâmetros e critérios do §1º do art. 52 da LGPD, caso transitada em julgada a decisão sem cumprimento da sanção administrativa pecuniária no prazo determinado, o débito será cobrado por via de providências da Coordenação-Geral de Fiscalização, podendo-se inscrever o devedor no Cadastro Informativo de Créditos não Quitados do Setor Público Federal (Cadin), além da inscrição na Dívida Ativa da União (art. 67, § 2º) - com encaminhamento dos autos ao órgão competente da Advocacia-Geral da União (art. 67, § 3º). Cabe ressaltar que a qualquer tempo os processos que resultem em sanções poderão ser revistos, a pedido ou de ofício (art. 68, caput), sob as mesmas premissas do art. 18 do CPP (caso surjam fatos novos ou circunstâncias relevantes) - que segue o mesmo rito do recurso administrativo e não pode resultar no agravamento da sanção (art. 69, § 4º).

Descritos os aspectos considerados mais relevantes da regulamentação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados, no próximo subcapítulo adentra-se na análise acerca das aproximações da regulação adotada pela ANPD com uma

abordagem tida como responsiva e, por fim, em considerações acerca de sua potencial efetividade na tutela de dados pessoais.

4.3 PARALELOS RESPONSIVOS

Conforme visto no capítulo 3, a responsividade, em seara regulatória, designa uma abordagem que tem como ênfase a resposta ao regulado na medida de seu comportamento e histórico, no intuito de obter-se conformidade. Embora os autores da teoria de base (AYRES;BRAITHWAITE, 1992) salientem que o regulador deve levar em consideração o contexto do setor em questão, não impondo teorias preconcebidas e desvinculadas da realidade fática, ao longo da construção da abordagem regulatória são apontados alguns mecanismos (ou recomendações) genéricos por meio dos quais, via de regra, pode-se conceber uma regulação responsiva. Com o norte de verificar-se o grau de aproximação da regulamentação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados com concepções responsivas, para fins didáticos, se utilizará de critérios de análise que remetem ao segundo capítulo do presente trabalho, e possuem como embasamento uma leitura conjunta entre as definições primárias elaboradas por Ayres e Braithwaite na obra inaugural da teoria (AYRES; BRAITHWAITE, 1992) e a síntese mais recente do arcabouço responsiva, cristalizada nos princípios essenciais à responsividade (BRAITHWAITE, 2011, p. 476).

A fim de recapitular, em termos gerais, alguns dos pressupostos práticos de aplicação da regulação responsiva, critérios relevantes a serem levados em conta que, embora não esgotem a noção de regulação responsiva, cobrem boa parte do sentido delineado pelos autores da teoria de base, são: (a) a existência de um arsenal variado de sanções, desde medidas persuasivas, passando por punições dissuasivas, até aquelas incapacitantes - que devem-se manter no plano de fundo, como *ultima ratio* - a serem aplicadas por via de um raciocínio *tit-for-tat*; por necessidade lógica do primeiro ponto, (b) flexibilidade quanto a adoção de diferentes abordagens regulatórias por parte do regulador, privilegiando mecanismos menos intervencionistas quando verificada a eficiência dos regulados em adotar postura de conformidade; e (c) contínua comunicação com o setor regulado, no intuito de engajar os atores com medidas orientativas e educacionais.

Trata-se de uma análise, portanto, acerca da existência e potencial efetividade dos mecanismos da Autoridade Nacional de Proteção de Dados voltados (a) ao escalonamento do gradiente sancionatório; (b) ao potencial de adequação da regulação ao status de conformidade do setor em questão; e (c) ao diálogo entre regulador e regulado. Isto porque cada um desses aspectos possui condão, conforme salientado no segundo capítulo, de lograr conformidade regulatória por vias complementares. O diálogo contínuo entre o regulador e eventuais grupos interessados visa obter conformidade “espontânea”, na medida em que fomenta uma cultura de *compliance*. No caso de não lograr-se esse melhor cenário, o gradiente de sanções tem vistas a convencer os agentes racionais por persuasão e irracionais por dissuasão - sendo que a adequação de estratégias mais ou menos intervencionistas ao caso concreto dependerá da possibilidade de flexibilização das medidas adotadas na prática, a depender do comportamento e histórico do agente. Feito esse breve memorial, parte-se à subsunção do regulamento às proposições responsivas, na mesma ordem pela qual apresentaram-se as atividades da ANPD (monitoramento, orientação, prevenção e repressão, conforme 3.2).

O processo de monitoramento da ANPD é constituído, conforme depreende-se da Resolução CD/ANPD 1/21, por dois instrumentos reativos - o relatório de ciclo de monitoramento e o canal de recebimento de denúncias - e um proativo, o mapa de temas prioritários. Ainda que seja evidente o benefício a título de planejamento estratégico possibilitado pelo mapa de temas prioritários, vislumbra-se maior mérito responsivo nas medidas reativas, na medida em que propiciam interação direta da Autoridade com os agentes regulados e eventuais grupos interessados. Ambos cristalizam a finalidade de escuta setorial: Enquanto o canal de recebimento de requerimentos e denúncias viabiliza o contato direto entre Autoridade e agente regulado, o relatório de análise elaborado ao fim de cada ciclo possui mérito de consolidar as informações obtidas a partir do canal. Essas informações, obtidas do diálogo regulador-regulado e consolidadas no relatório, servem de base à definição das ações de fiscalização da ANPD, que classifica os agentes de tratamento em categorias ou faixas distintas, cada qual denotando um leque de medidas a serem adotadas.

Em verdade, tratam-se de medidas responsivas de base. Isso porque as faixas de agentes de tratamento, por si só, possuem condão de categorizar os regulados de acordo com os seus comportamentos e históricos, o que figura como

pressuposto de uma estratégia tit-for-tat: a partir da delimitação dos regulados mais ou menos conformes com a regulamentação pode-se aplicar a cada qual uma medida compatível com a sua postura. Aos agentes das faixas mais primárias (faixas I e II), recomenda-se a autorregulação na medida de sua conformidade, enquanto às faixas avançadas, onde encontram-se os entes privados mais desconformes à legislação, utiliza-se largamente de ações preventivas (faixa III) ou repressivas (faixa IV).

O mapa de temas prioritários e o relatório de análise de ciclo instruem a estratégia de atuação da ANPD, pois “definem as medidas que serão adotadas com os agentes de tratamento responsáveis ao longo do ciclo seguinte” (BRASIL, 2021, p. 28). Considerando a essência da atividade de monitoramento da ANPD, fulcrada no diálogo com os setores e na categorização dos agentes a fim de aplicar medidas diferenciadas a cada faixa, em larga medida verifica-se aproximação com a regulação responsiva - do que, em tese, atesta-se sua potencial efetividade na medida em que dá resposta regulatória na medida do requerimento do regulado. Todavia, por ainda carecer de operacionalização prática e avaliação de resultados, não pode-se categoricamente atestar sua eficiência.

O processo de orientação da ANPD atenta a dois aspectos especialmente caros à responsividade da regulação, cristalizados no segundo⁴¹ e quarto⁴² princípios enumerados por Braithwaite. A orientação pensada pela Autoridade, ao prever uma série de sugestões aos regulados - dentre as quais encontram-se a elaboração e divulgação de guias de boas práticas e a recomendações de padrões técnicos que facilitem o controle pelo titular dos dados - denota a prestação de um auxílio material ao setor a alcançar novos patamares de excelência, similar ao enunciado do quarto princípio. A disposição de diversas medidas orientativas aptas a nortear o agente regulado na regulamentação da agência traduz uma concepção primordial de preferência pela via orientativa. Trata-se tanto de “sinalizar a preferência em atingir os objetivos de conformidade pelo suporte e educação” (BRAITHWAITE, 2011, p. 476) quanto de auxiliar, com o aparato institucional da ANPD, os agentes econômicos “a alcancarem novos patamares de excelência” (IBIDEM) relativamente à tutela de dados pessoais.

⁴¹ “2. Listen actively, structure dialogue that give voice to stakeholders” (BRAITHWAITE, 2011, p. 476).

⁴² “4. Praise those who show commitment: support their innovation; nurture motivation to continuously improve; help leaders pull lagards up through new ceilings of excellence” (ibidem).

Ainda, cumpre salientar o mérito dialógico da atividade orientativa, nos termos do art. 29, § 2º, da Resolução CD/ANPD n. 1/21, haja vista que a Autoridade pretende, ao menos do que consta em sede regulamentar, escutar as sugestões dos agentes regulados e de suas associações representativas quanto à adoção de medidas de orientação. Essa disposição possui virtude de potencialmente estruturar um diálogo da ANPD com os entes regulados em torno dos problemas cotidianos enfrentados pelos agentes de tratamento e titulares dos dados, o que permite à ANPD afigurar-se no cenário regulatório como instituição referência para fins de esclarecimento e enfatizar seus esforços nos aspectos mais problemáticos, de acordo com os próprios membros do setor em questão.

No pior cenário, de eventual pouca estruturação dos mecanismos de escuta setorial, a regulamentação minimamente não deixa os regulados à própria sorte, fornecendo-lhes mecanismos para uma espécie de “autorregulação assistida”. No *best case scenario*, em que implementam-se instrumentos efetivos de recebimento de sugestões dos agentes regulados no bojo da ANPD, há margem para criar-se um panorama regulatório amplamente dialogado, com participação material da sociedade civil e de grupos interessados - que aproxima-se do ideal de tripartismo delineado por Braithwaite (1992, p. 54-100) na medida em que aproveita-se do potencial de lograr auto conformidade que os *stakeholders* possuem. Embora incipiente e ainda carente de maiores contornos, a mera abertura da estrutura estatal aos agentes regulados e às associações representativas para sugerirem as medidas que entenderem cabíveis já denota um ímpeto de adequação da regulação às particularidades do setor, do que guarda relação com o núcleo duro da teoria responsiva.

O processo de prevenção da ANPD encarna o espírito do *tit-for-tat enforcement* ao oferecer medidas persuasivas no intuito de buscar conformidade com agentes racionais antes de eventual escalonamento sancionatório. Embora, do aviso ao plano de conformidade, todas as medidas preventivas da Autoridade possam-se enquadrar na base da pirâmide sancionatória delineada pela Figura 1, a Resolução faz questão de salientar que “não constituem sanção ao agente regulado”. Portanto, as medidas preventivas são tidas pela ANPD como o último recurso de fomento à conformidade antes do apelo aos instrumentos de sanção. Em termos responsivos, o processo de prevenção da ANPD constitui a base do seu arsenal dissuasivo ou o topo de sua cadeia persuasiva.

Vale frisar § 4º do art. 35 e § 3º do art. 36, ambos da Resolução CD/ANPD n. 1 de 2021, anunciam que eventual descumprimento da solicitação de regularização ou do plano de conformidade, respectivamente, ensejará a progressão da atuação da ANPD rumo a medidas mais dissuasivas, computada agravante em caso de aplicação de sanção. Assim, anunciando antecipadamente que o Estado escalará a pirâmide em caso de violação aos deveres por parte dos regulados, incentiva-se a indústria e os agentes regulatórios a manter a regulação operando em níveis baixos de intervencionismo (AYRES; BRAITHWAITE, 1992, p. 37-50). Ou seja, há a demonstração explícita de quais atos desencadearão qual resposta regulatória - o que insere-se na esfera de motivação do agente racional, com vistas a incentivá-lo a adotar postura de conformidade. Embora cada medida prevista no art. 32 da referida resolução dependa da elaboração de portaria com informações complementares de seu uso pela ANPD (BRASIL, 2021, p. 31), a forma de estruturação de sua aplicação na regulamentação demonstra intento de, nos termos de Braithwaite (2001, p. 32), afetar a calculadora racional dos entes privados - do que infere-se que tratam-se de medidas potencialmente efetivas, ao menos no manejo de situações de desconformidade ocasionadas por agentes racionais.

O processo repressivo da ANPD, por sua vez, privilegia diversas disposições da regulação responsiva. Primeiro porque, via de regra, a inclusão do agente de tratamento na faixa IV do ciclo de monitoramento - por dois ciclos consecutivos - constitui requisito para instauração de um processo administrativo (BRASIL, 2021, p. 32). Ou seja, o regulador exaustivamente tentou lograr conformidade por meios menos gravosos e, em razão da continuidade (durante dois ciclos regulatórios!) do agente regulado em não conformar-se com as normas setoriais em sede de atividade persuasiva, escala-se a pirâmide de sanções, em *modus operandi* típico do tit-for-tat enforcement.

Além da utilização de mecanismos de escalamento sancionatório, a existência de um variado leque de sanções administrativas aplicáveis pela autoridade nacional (art. 52 e ss. da LGPD), com medidas menos intrusivas na base (como a advertência) e sanções mais gravosas no topo (vide suspensão ou proibição do exercício de atividades relacionadas a tratamento de dados), identifica a abordagem adotada pela ANPD com a teoria de base, na medida em que fornece ao regulador o vasto instrumental de sanções a adequarem-se ao caso concreto.

Não apenas a regulamentação da Autoridade Nacional cumpre a necessidade de designar um amplo arsenal sancionatório para convencimento de agentes racionais em desconformidade, como também dá conta do que Ayres e Braithwaite (1992) chamam de grandes armas benignas (*benign big guns*), ou seja, de tornar a pirâmide sancionatória “alta”. Com isso, quer-se referir à presença de uma grande sanção que atua como plano de fundo, no sentido de (i) convencer agentes racionais de que não vale a pena escalar a pirâmide e (ii) incapacitar eventuais agentes irracionais incapazes de adequarem-se à legislação após reiteradas e insistentes tentativas tanto persuasivas e quanto dissuasivas. As sanções que adequam-se à concepção de *benign big guns*, na prática, figuram no art. 52, incisos X, XI e XII, visto que dizem respeito a punições administrativas capazes de suspender o tratamento de dados do agente parcial ou totalmente - em último caso, proibindo-se completamente o exercício de de tratamento de dados -, de modo a inviabilizar atividades econômicas que disso dependam. Como menção honrosa, vale destacar que a multa simples, embora limitada a montante menor em comparação à GDPR, pode chegar a 2% do faturamento da pessoa jurídica, grupo ou conglomerado no Brasil no último exercício (art. 52, II, da LGPD).

Deve-se considerar ainda que os parâmetros e critérios de aplicação de sanções (art. 52, § 1º da LGPD) e sua pormenorização no relatório de análise de impacto regulatório, permitem em larga medida a adequação da sanção à realidade do caso concreto, dado que podem-se levar em conta peculiaridades como a cooperação do infrator, a adoção de procedimentos internos capazes de minimizar o dano, a adoção de política de boas práticas e governança - em outras palavras, há o privilégio do agente que possui como regra a adoção das práticas recomendadas pela ANPD, ainda que em situação de extraordinária violação das normas regulamentares.

A previsão expressa de “atenuantes” ou parâmetros de análise que levam em conta o grau de conformidade geral do agente remete à modulação teorizada pela regulação responsiva, que flexibiliza ou enrijece a sanção a depender da conduta do agente - a medida possui condão de atuar sobre a esfera motivacional dos agentes de tratamento na medida em que a incidência de uma atenuante no caso concreto pode representar diferença substantiva de penalidade. Conforme explorado no relatório de análise de impacto regulatório referente à aplicação de sanções administrativas e às metodologias de cálculo do valor-base das sanções de

multas, a verificação de uma atenuante pode possibilitar redução de até 20% do valor de eventual sanção pecuniária aplicada (BRASIL, 2022, p. 70).

É defensável que a atividade repressiva da Autoridade Nacional de Proteção de Dados seja, possivelmente, seu aspecto mais expressamente responsivo, conforme se deduz na análise de seu (i) escalamento sancionatório a depender da postura do agente, com medidas persuasivas e dissuasivas; (ii) vasto gradiente sancionatório; e (iii) conjunto de sanções incapacitantes, ou *benign big guns*.

Não obstante, no parágrafo único do artigo 42 da Resolução CD/ANPD n. 1/21⁴³, há disposição que afasta-se dos pressupostos responsivos tradicionais, uma vez que faculta à Coordenação-Geral de Fiscalização a instauração de processo administrativo sancionador, com a eventual aplicação das sanções mais gravosas da legislação de proteção de dados, independentemente da tentativa de composição por vias orientativas e persuasivas. Referida norma busca dar conta de uma crítica conceitual à regulação responsiva (BLACK; BALDWIN, 2022, p. 6), segundo a qual haveria uma disfunção do modelo de escalonamento sancionatório consistente na falta de rigidez ao tratar de riscos potencialmente catastróficos (MURPHY, 2004). Em que pese fuja à visão ortodoxa de regulação responsiva cunhada em 1992, a chancela à aplicação de medidas drásticas em casos excepcionalmente graves encontra guarida nas formulações mais recente da teoria - vide “really responsive regulation” (BLACK; BALDWIN, 2022).

Parcela significativa da regulação pretendida pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados atua no escopo motivacional dos agentes regulados, de forma a tornar a postura de conformidade lucrativa dos pontos de vista reputacional, colaborativo e financeiro. É o que percebe-se da construção do microssistema regulatório com vistas a tornar privilegiada a posição dos entes econômicos que atuem de acordo com as normas legais e regulamentares (seja por meio da)

Nesse sentido, agregando-se aos desincentivos sancionatórios elaborados de forma responsiva pela ANPD às atividades de monitoramento e orientação voltadas especialmente à escuta setorial, se deduz que, ao menos em moldes abstratos (potencialmente), a regulação responsiva adotada pela Agência Nacional

⁴³ Art. 42. Parágrafo único. A Coordenação-Geral de Fiscalização poderá instaurar processo administrativo sancionador de imediato, independentemente de procedimento preparatório ou da adoção de medidas de orientação e prevenção, em razão da gravidade e da natureza das infrações, dos direitos pessoais afetados, da reincidência, do grau do dano ou do prazo de prescrição administrativa aplicável.

de Proteção de Dados (ANPD) é efetiva para desincentivar condutas violadoras à privacidade digital, na medida tanto fomenta-se quanto dão-se os instrumentos ao agente regulado para que logre conformidade regulatória - porque a violação às normas regulamentares, em síntese, representa o recrudescimento do sistema sancionatório em seu desfavor. Cumpre destacar que todas as medidas regulamentadas recentemente por via da Resolução CD/ANPD n. 1/21, em razão do breve lapso temporal decorrido, carecem de comprovação prática e de análise de resultados, do que não pode-se atestar a sua eficiência material, apenas potencial.

Ainda, em função das atribuições fiscalizatórias e sancionatórias da Autoridade não dependerem, em larga medida, da atuação do titular dos dados pessoais - hipervulnerabilizado frente a um mercado informacional dinâmico e complexo, conforme explorado no capítulo 2 -, se deduz que restam mitigados os problemas encontrados no *enforcement* das leis de proteção de dados de segunda e terceira geração. Ainda que a LGPD privilegie conceitos ligados à individualidade, como a autodeterminação informacional, a garantia de sua ocorrência parece competir mais à ANPD do que ao usuário-cidadão. Por fim, cabe observar que, indubitavelmente, as sanções negativas são estruturadas em torno de um ideal comum na regulamentação da ANPD, o desencorajamento às atitudes lesivas por via de um raciocínio tit-for-tat.

Todavia, o mesmo não pode-se falar das sanções positivas (responsáveis por encorajar a conformidade de excelência e o estabelecimento de padrões próprios de qualidade por parte dos agentes regulados), que pouco tiveram espaço nas disposições da Autoridade Nacional até então. Não que tenha-se olvidado do curto prazo decorrido desde a operacionalização da Autoridade Nacional de Proteção de Dados - em um futuro próximo, de fato, não seria absurdo considerar o advento de um sistema de prêmios por parte da ANPD -, todavia, até o presente momento, não se vislumbra a utilização efetiva de mecanismos de recompensas ou prêmios.

Enfim: A Autoridade Nacional Nacional de Proteção de Dados regulamentou tanto seu processo de fiscalização quanto seu processo administrativo sancionador à imagem e semelhança da regulação responsiva. Deste ponto, denota-se potencial efetividade da Autoridade no desincentivo de condutas lesivas, especialmente se consideradas as particularidades do mercado informacional. Contudo, na mesma moeda, não se depreende de sua regulamentação potencial significativo de incentivo

a comportamentos positivos ou virtuosos dos agentes regulados. Assim, o agente de tratamento possui, por parte da ANPD, estímulo substancial para cumprir com os requisitos mínimos de proteção de dados pessoais. Nada mais, nada menos.

4.4 SÍNTESE DO CAPÍTULO 4

Durante o capítulo 4, viu-se que a operacionalização da proteção de dados, de maneira geral, remete à figura das *Data Protection Authorities (DPA)*, especialmente a partir do advento da Diretiva 95/46/CE. As DPA, ressaltou-se, possuem razão de ser relacionada à especialização da atividade regulada e ao seu caráter eminentemente técnico, do que são necessárias para operacionalizar e, mais do que isso, estruturar o sistema jurídico - no caso ANPD, estruturar o microsistema de proteção de dados em âmbito pátrio.

Após, delineou-se brevemente o processo legislativo que levou à implementação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados, no intuito de contextualizar e explicar o porquê de algumas disposições quanto à sua estrutura e funções. Em seguida, adentrou-se na regulamentação realizada pela ANPD, sobretudo pela Resolução CD/ANPD n. 1 de 28 de outubro de 2021, responsável por aprovar os pormenores do processo de fiscalização e do processo administrativo sancionador da entidade. Em âmbito regulamentar, destacou-se alguns aspectos da atuação da ANPD de forma segmentada: quanto à atuação fiscalizatória (que compreende as atividades de monitoramento, orientação e prevenção da Autoridade), restou visível a sua propensão a dialogar com os regulados e os grupos interessados, no sentido tanto de concedê-los voz ativa quanto de consolidar os dados obtidos por via de monitoramento para posterior categorização e tratamento diferenciado dos agentes com base nas suas condutas e histórico. Por outro lado, quanto à atuação repressiva (compreendido o processo administrativo sancionador), salientou-se a expressa adoção de medidas responsivas, como o escalamento da pirâmide sancionatória, a previsão de grandes sanções benignas e a previsão de um vasto gradiente de sanções negativas.

Das atuações progressivas da ANPD, com vistas a lidar com o âmbito motivacional dos regulados racionais e com a incapacitação de eventuais agentes irracionais, retirou-se fundamento para concluir pela sua potencial efetividade na coibição de condutas violadoras às normas de proteção de dados. Além do

fundamento de potencial efetividade advindo dos pressupostos responsivos, também infere-se eficácia da abordagem regulatória da Autoridade Nacional porquanto, ao tratar da conformidade dos agentes de tratamento, a ANPD enfatiza o aspecto obrigacional da proteção de dados, retirando, em parte, o protagonismo do cidadão-usuário - caracterizado por sua hipervulnerabilidade frente a um cenário de dinamismo e complexificação das relações informacionais, do que decorre a sua incapacidade de lidar em completude com o controle de seus próprios dados. Em outras palavras, por focar o esforço regulatório no agente mais determinante à violação da tutela de dados, o agente de tratamento, o empenho tende a lograr maior êxito. Por fim, ressaltou-se que a ANPD empregou parte substancial da teoria responsiva na definição de sua abordagem sancionatória negativa a fim de desincentivar condutas violadoras das normas legais e regulamentares, todavia, deixou de utilizá-la com finalidade de incentivar comportamentos virtuosos dos agentes regulados, no âmbito das sanções positivas.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para fins aclaratórios, ressalta-se que as presentes conclusões serão esquematizadas, primeiro, quanto a cada capítulo e, em seguida, quanto à pesquisa de modo geral - dando conta do problema estabelecido inicialmente -, por fim, ressaltando-se sugestões advindas da análise da regulação proposta pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados.

No segundo capítulo realizou-se revisão bibliográfica sobre a proteção de dados, enfatizando o contexto pátrio, no intuito de compreender e assentar as premissas relativas às peculiaridades da regulação estatal quanto à proteção de dados pessoais e da privacidade digital. Partiu-se da conceituação de privacidade, surgida em moldes de “direito a ser deixado só”, posteriormente tendo passado a guardar relação com o conceito de autodeterminação informacional (no sentido de consolidação de uma esfera privada própria em um cenário de sociedade da informação), no intento de contextualizar o bem jurídico a ser tutelado pela regulação do tratamento de dados.

Como desdobramento da privacidade, viu-se que a proteção de dados possuiu ênfases diversas ao longo das gerações legislativas que promoveram a sua normatização. Enquanto a primeira geração de leis estabeleciam minuciosamente regras acerca de bancos de dados centralizados, ou seja, centros de tratamento de dados, de grande porte, as legislações que se seguiram passaram a empregar maiores esforços na proteção da privacidade individual. A partir da segunda geração, crescentemente, legou-se ao particular o protagonismo no controle de seus dados - até a consolidação do particular como mola propulsora da estrutura de tutela de informações pessoais, na terceira geração, com base na reinterpretação da proteção de dados como um direito à autodeterminação informacional (entendimento consolidado por decisão da Corte Constitucional Alemã).

Compreendeu-se que pode-se eleger como peculiaridade da regulação estatal, relativamente à proteção de dados, a hipervulnerabilidade do particular frente ao mercado informacional, do que advieram as tentativas de cobertura dessa lacuna empreendidas pelas legislações de quarta geração exploradas em espécie, vide General Data Protection Regulation, em âmbito comunitário europeu, e Lei Geral de Proteção de Dados, no contexto pátrio, por via da disseminação e maior estruturação do modelo de aplicação das leis de proteção de dados pessoais por via

de autoridades independentes, assim como por meio de alterações legislativas com mérito de retirar do indivíduo o poder de decisão acerca o processamento de determinadas espécies de dados pessoais, como os sensíveis (BIONI, 2019, p. 117).

O terceiro capítulo teve vistas a apresentar e assentar as premissas de efetividade da teoria de base, a regulação responsiva, do que realizou-se revisão bibliográfica tanto para situar a teoria entre os modelos regulatórios tradicionais quanto para minuciar as suas proposições. A título de localização da teoria, foram apresentados os modelos regulatórios de desregulação e de comando e controle, demonstrando-se que a regulação responsiva pode ser vista enquanto resposta ao primeiro e complementar ao segundo, ao passo em que aproveita parcialmente pressupostos de ambos.

Viu-se que a regulação responsiva não figura como uma lista predefinida de prescrições positivas a serem implementadas, mas sim uma atitude que permite o florescimento de uma ampla variedade de abordagens regulatórias. Como alternativa aos modelos supracitados, recomenda-se a conjugação de medidas persuasivas e dissuasivas, a depender da conduta e histórico do agente, a fim de obter conformidade regulatória. Para tanto, salientou-se a necessidade de que o regulador (i) dialogue com os regulados, a fim de sintonizar-se às suas demandas e dar-lhes voz no processo regulatório, além de comunicá-los do ímpeto de escalar-se a pirâmide sancionatória em caso de conduta lesiva; (ii) modele a sua atuação a depender do grau de conformismo e de boas práticas do regulado em questão, por meio de um raciocínio de tit-for-tat enforcement; e (iii) disponha de um amplo leque de sanções e de variadas abordagens regulatórias, a serem aplicadas na medida de sua efetividade, sempre priorizando-se a solução por vias mais persuasivas e menos interventivas (como a autorregulação). Em seguida, analisou-se brevemente os contornos mais contemporâneos da teoria responsiva, ilustrados tanto pela utilização de sanções positivas no arcabouço sancionatório (prêmios e recompensas) quanto pelo fomento a agregar-se stakeholders setoriais no processo regulatório.

O quarto capítulo, partindo da figura das Data Protection Authorities (DPA) como meio de operacionalização da proteção de dados a partir do advento da Diretiva 95/46/CE e de uma breve análise acerca de suas capacidades institucionais, teve como mérito explorar a regulação adotada pela ANPD. Para tanto, adentrou-se na regulamentação realizada pela ANPD, sobretudo pela Resolução CD/ANPD n. 1

de 28 de outubro de 2021, responsável por aprovar os pormenores do processo de fiscalização e do processo administrativo sancionador da entidade.

Destacou-se, quanto à atividade fiscalizatória da Autoridade Nacional, a sua propensão a dialogar com os regulados, no sentido ampla escuta setorial. Por tratar de agregar grupos interessados por via de sua escuta e posterior consolidação de dados obtidos, identificou-se uma espécie de tripartismo na escolha regulatória. Relativamente à atividade repressiva da ANPD, identificou-se a adoção ampla de mecanismos responsivos, do que ressalta-se o escalonamento sancionatório a depender da conduta e histórico dos agentes, a previsão de grandes sanções benignas e a disposição de um vasto gradiente de sanções a adequarem-se ao caso concreto. Ao fim, em suma, apontou-se a aproximação em larga medida do modelo regulatório adotado pela ANPD, quanto à regulamentação até então positivada, e o método da teoria de base na medida em que a Autoridade utiliza de disposições implícitas e explicitamente responsivas.

Vale ressaltar que analisou-se em abstrato as disposições regulamentares e legais atinentes à ANPD, do que não pode-se extrair deduções categóricas quanto à prática. Exemplifica-se: Medidas como o relatório de ciclo de monitoramento, com condão de categorizar os agentes de tratamento a fim de aplicar abordagem regulatória diversa a depender de seus comportamentos, dependem essencialmente do bom funcionamento prático do canal de recebimento de denúncias e requerimentos - ou seja, ainda que deduza-se potencial efetividade, não se pode traduzir a dedução à concretude em absoluto. Como o sistema fiscalizatório da ANPD opera de modo interdependente (em outras palavras, uma atividade depende essencialmente de outras - vide atividades de monitoramento e repressiva), sua eficácia necessita de êxito conjunto das medidas.

Dito isso, ao questionamento inicial acerca da potencial efetividade da regulação responsiva adotada pela Agência Nacional de Proteção de Dados (ANPD) para desincentivar condutas violadoras à privacidade digital, confirmou-se a hipótese originalmente proposta. A regulação, de fato, possui condão de desincentivar as condutas violadoras à privacidade digital nos moldes instituídos pela Lei Geral de Proteção de Dados, dado que sua efetividade advém, a título preventivo, do fomento à cultura de Proteção de Dados Pessoais em âmbito setorial por via dos programas de orientação, e a título repressivo, da adequação das sanções ao comportamento geral e padrão das infrações do regulado.

Além disso, infere-se efetividade da abordagem regulatória da Autoridade Nacional porquanto, ao tratar da conformidade dos agentes de tratamento, a ANPD enfatiza o aspecto obrigacional da proteção de dados, retirando, em parte, o protagonismo do cidadão-usuário (que vinha sendo denotado como problemático em alguns aspectos explorados no segundo capítulo). Assim, previne-se em parte as decorrências da hipervulnerabilidade do usuário frente a um cenário de dinamismo e complexificação das relações informacionais, concernente à sua atuação no autocontrole de seus dados. É dizer: não delega-se unicamente ao cidadão o dever de controlar seus dados a fim de aproximar-se do cânone da autodeterminação informacional. A própria ANPD possui potencial regulatório de coibir condutas que violem esse ideal, do que retira-se parte do peso das costas do usuário-protagonista - conforme visto no subcapítulo 2.2. Ou seja: a regulação proposta pela ANPD é potencialmente efetiva porque corresponde às premissas estabelecidas nos primeiros capítulos - tanto lida com as maiores fragilidades de desconformidade do setor de proteção de dados quanto identifica-se com a abordagem responsiva, do que depreende sua eficácia a atuar na esfera motivacional dos agentes regulados.

Ainda que deduza-se a potencial efetividade da ANPD, em vista das concepções da teoria de base, verificou-se no último capítulo a ausência de utilização de um mecanismo responsivo específico, que denota um custo-oportunidade a ser suportado pelo cenário regulatório: as sanções positivas. Como medida de aprimoramento, sugere-se que eventuais trabalhos futuros se debrucem acerca da catalisação de melhoria contínua do setor, em termos de conformidade, por via da implementação de um sistema de prêmios ou recompensas, incentivando-se comportamentos positivos dos regulados. Isso porque a conformidade, especialmente quanto a agentes racionais, pode advir não apenas do desincentivo, mas também do incentivo explícito à adoção de posturas virtuosas.

REFERÊNCIAS

ARANHA, Márcio Iorio. **Manual de direito regulatório: fundamentos de direito regulatório**. Imprensa Coleford, Laccademia Publishing, 2014.

AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. **Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate**. Oxford: University Press, 1992.

BALDWIN, Robert; BLACK, Julia. Really responsive regulation. In: **Revista de Direito Administrativo**, v. 281, n. 2, pp. 45–90. Rio de Janeiro, 2022.

BARROSO, Luís Roberto. A viagem redonda: habeas data, direitos constitucionais e provas ilícitas. In: **Habeas Data**. Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 1998.

BIONI, Bruno Ricardo; RIELLI, Mariana Marques. A construção multissetorial da LGPD: história e aprendizados. In: FRANCOSKI, Denise de Souza Luiz; TASSO, Fernando Antonio. **A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais: aspectos práticos e teóricos relevantes no setor público e privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. pp. 223 –258.

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de Dados Pessoais: a função e os limites do consentimento**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019.

BIRNHACK, Michael D., The EU Data Protection Directive: An Engine of a Global Regime. 24(6) In: **Computer Law & Security Report**, pp. 508-520, 2008.

BRAITHWAITE, John. **To Punish or Persuade: Enforcement of Coal Mine Safety**. Albany: State University of New York Press, 1985.

_____. Responsive Regulation and Developing Economies. In: **World Development**, v. 34, n. 5, p. 884-898, 2006.

_____. **Restorative Justice and Responsive Regulation**. New York: Oxford University, 2002.

_____. **The Essence of Responsive Regulation** (Fasken Lecture). UBC Law Review, Vancouver, v. 44, no 3, p. 475-520, 2011.

BRASIL. Lei nº 13.709 de 14 de agosto de 2018. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)**. In: Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 15 de agosto de 2018.

BRASIL. Autoridade Nacional de Proteção de Dados. **Relatório de Análise de Impacto Regulatório de Maio de 2021: Construção do modelo de atuação fiscalizatória da ANPD para zelar, implementar e fiscalizar o cumprimento da Lei Geral de Proteção de Dados**. 2021.

BRASIL. Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD). **Resolução CD/ANPD n. 1, de 28 de outubro de 2021**. Aprova o Regulamento do Processo de Fiscalização e do Processo Administrativo Sancionador no âmbito da Autoridade Nacional de Proteção de Dados, 2021.

BRASIL. Autoridade Nacional de Proteção de Dados. **Relatório de Análise de Impacto Regulatório de Julho de 2022**: Construção do modelo regulatório previsto na LGPD com relação à aplicação de sanções administrativas e às metodologias de cálculo do valor-base das sanções de multa. 2022.

CARINGELLA, Francesco; GAROFOLI, Roberto. **Le autorità indipendenti**. Napoli: Simoni, 2000.

CASTELLS, Manuel. A era da informação: economia, sociedade e cultura. In: **A Sociedade em rede**. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

COMISSÃO EUROPEIA. **Comunicação n. COM/2017/09**. Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comitê Económico e Social Europeu e ao Comitê das Regiões: Construir uma Economia Europeia de Dados. Bruxelas, 10 jan. 2017.

DONEDA, Danilo. A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental. **Espaço Jurídico Journal of Law**, v. 12(2), pp. 91–108, 2011.

FILHO, Marçal Justen. **Curso de Direito Administrativo**. 8ª edição revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

GUERRA, Sérgio. Evolução das escolhas administrativas: da self-execution law à regulação. In: LEAL, Fernando; MENDONÇA, José Vicente Santos de (Orgs.). **Transformações do direito administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias**. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, pp. 87-106, 2016.

HOLMES, Oliver Wendell. The path of the law. In: **Harvard Law Review** n. 457, v. 10, n. 8, pp. 457-478, 1897.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do Direito**. 2a ed. São Paulo: Atlas, 2015

MOREIRA, Egon Bockmann. Agências reguladoras independentes, poder econômico e sanções administrativas. In: GUERRA, Sérgio (Org). **Temas de direito regulatório**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004.

IRAMINA, A. RGPD v. LGPD: Adoção Estratégica da Abordagem Responsiva na Elaboração da Lei Geral de Proteção de Dados do Brasil e do Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia. **Revista de Direito, Estado e Telecomunicações**, Brasília, v. 12, n. 2, pp. 91-117, Outubro de 2020

JOB, Jenny; STOUT, Andrew; SMITH, Rachael. **Culture Change in Three Taxation Administrations: from command-in-control to responsive regulation**. Law & Policy, vol. 29, n. 1, pp. 84-101, 2007.

KOLIEB, J. **When to Punish, When to Persuade and When to Reward: Strengthening Responsive Regulation with the Regulatory Diamond.** Monash University Law Review, pp. 136-162, 2015.

KUNER, Christopher and others (eds), **The EU General Data Protection Regulation (GDPR): A Commentary.** New York, 2020.

LACERDA, N. de M; THOMAS, P. T. Teoria Responsiva da regulação em situações de crises hídricas: uma análise a partir da atuação da Agência Nacional de Águas na crise do Rio Pardo. **Revista de Direito Setorial e Regulatório**, v. 5, n. 2, pp. 1-26, outubro de 2019.

LEAL, Fernando; MENDONÇA, José Vicente Santos de (Orgs.). **Transformações do direito administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias.** Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2016.

LEONTINE YOUNG **Life Among the Giants.** New York, 1966.

LIMBERGER, Temos. Da evolução do direito a ser deixado em paz à proteção dos dados pessoais. **Revista Do Direito**, v. 30, pp. 138-160, 2008.

MADISON, James. **James Madison to W. T. Barry, August 4, 1822.** Series 1, General Correspondence, 1723-1859.

MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Regulação econômica e democracia: contexto e perspectivas na compreensão das agências de regulação no Brasil. In: FARIA, José Eduardo (Org.) **Regulação, direito e democracia.** São Paulo: Fundação Perseu Abramo, pp. 43-66, 2002.

MENDES, Laura Schertel; FONSECA, Gabriel Campos Soares da. Proteção de dados para além do consentimento: tendências de materialização. In: Bruno Bioni; Laura Schertel Mendes; Danilo Doneda; Ingo Wolfgang Sarlet; Otavio Luiz Rodrigues Jr. (Org..). **Tratado de Proteção de Dados Pessoais.** 1 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, pp. 73-95, 2021.

OECD. Regulatory Enforcement and Inspections, **OECD Best Practice Principles for Regulatory Policy**, OECD Publishing, 2014.

OECD. **Recommendation of the council on regulatory policy and governance.** OECD Publishing, 2012.

OGUS, Anthony I. Regulatory Law: Some Lessons from the Past. In: **Legal Studies London.** v. 12(1), pp. 1-19, 1983.

PILATI, José Isaac.; OLIVO, Mikhail Vieira Cancelier de. Um Novo Olhar sobre o Direito à Privacidade: caso Snowden e pós-modernidade jurídica. **Revista Sequência**, Florianópolis, n. 69, pp. 281-300, dez. 2014.

POPOLI, Anna Rita. Codici di condotta e certificazioni. In: FINOCCHIARO, Giusella (coord.). **Il nuovo Regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali.** Torino: Zanichelli Editore, pp. 367-422, 2017.

QUIRINO, Carina de Castro; VIANNA, Mariana Tavares de Carvalho. Políticas regulatórias e a caixa de ferramentas da economia comportamental. In: LEAL, Fernando; MENDONÇA, José Vicente Santos de (Orgs.). **Transformações do direito administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias**. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, pp. 157-176, 2016.

RAAB, Charles; SZEKELY, Ivan. Data protection authorities and information technology. In: **Computer Law & Security Review**. v. 33, pp. 421-433, 2017.

RODOTÀ, Stefano. **Elaboratori elettronici e controllo sociale**. Il Mulino, 1973.

SOUZA, Fernanda Macedo de. **A (in)dependência da Autoridade Nacional de Proteção de Dados**. Brasília: UniCEUB, 2019.

SPARROW, Malcolm K. **The Regulatory Craft**. Washington, D.C: Brookings Institution Press, 2000.

SUNDFELD, Carlos Ari. Direito público e regulação no Brasil. In: **Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar**. Sérgio Guerra (org.). Rio de Janeiro: Editora FGV, pp. 97-128, 2014.

TEFFÉ, Chiara S.; AZEVEDO, Mário V. de (org.). **Proposta para a criação da Autoridade Brasileira de Proteção aos Dados Pessoais**. Rio de Janeiro: Instituto de Tecnologia & Sociedade do Rio, 2018.

TEFFÉ, Chiara Spadaccini de ; VIOLA, M. Tratamento de dados pessoais na LGPD: estudo sobre as bases legais. **Revista Eletrônica de Direito Civil**. v. 9, p. 1-38, 2020.

UNIÃO EUROPEIA. Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (**General Data Protection Regulation**).

UNIÃO EUROPEIA. Autoridade Europeia para a Proteção de Dados. **Parecer n.2011/C 181/01**. Jornal Oficial da União Europeia. Bruxelas, 2011.

MAYER-SCHONBERGER, Viktor. Generational development of data protection in Europe. In: AGRE, Philip; ROTENBERG, Marc. (orgs.). **Technology and privacy: The new landscape**. Cambridge: MIT Press, 1997. pp. 219-242.

VIEIRA, Tatiana Malta. **O Direito à Privacidade na Sociedade da Informação: Efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação**. Dissertação (Mestrado), Curso de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2007.

YEAGER, Peter. **Realms of reason: Notes on the division of moral labor in corporate behavior**. Edwin Sutherland Conference on White-Collar Crime, Indiana University, 1990.

WESTIN, Alan F. **Privacy and Freedom**. New York: Atheneum, 1970.