



**Universidade de Brasília – UnB
Faculdade de Direito**

FELIPE ROCHA DA SILVA

**A modelagem regulatória responsiva na Lei Geral de Proteção
de Dados Pessoais (LGPD)**

Responsive regulatory design in the Brazilian General Data Protection Law (LGPD)

Brasília
2023

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

**A modelagem regulatória responsiva na Lei Geral de Proteção
de Dados Pessoais (LGPD)**

Autor: Felipe Rocha da Silva

Orientador: Prof. Dr. Márcio Iório Aranha

Monografia apresentada como
requisito parcial à obtenção do grau de
Bacharel, no Programa de Graduação
da Faculdade de Direito da
Universidade de Brasília.

Brasília, 24 de Julho de 2023.

FOLHA DE APROVAÇÃO

FELIPE ROCHA DA SILVA

A modelagem regulatória responsiva na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel, no Programa Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

Aprovada em: 24 de Julho de 2023.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Márcio Nunes Lório Aranha Oliveira
(Orientador – Presidente)

Prof. Dr. Lauro César Araujo
(Membro)

Prof^a. Amanda Nunes Lopes Espiñeira Lemos
(Membro)

Agradecimentos

Agradeço em primeiro lugar à minha mãe Alecia Rocha, meu pai Vicente da Silva e meu irmão Rafa Rocha por todo o apoio durante a vida.

Agradeço às minhas avós Maria das Dores e Luzia da Silva, por serem exemplos de pessoa para mim.

Agradeço aos amigos que fiz até aqui, Leonardo Gaspar, Lucas Borges, André Luís, Ricardo Barbosa, Vítor Hugo Firmino, Lucas Assis, Pedro Mineiro, Augusto Oliveira e Mateus Gaudêncio.

Agradeço à equipe do Laboratório de Políticas Públicas e Internet (LAPIN), que contribui até aqui para a minha formação como profissional.

Agradeço o professor Marcio Iorio Aranha, por ser uma referência acadêmica para mim e por ter aceitado o meu pedido de orientação.

Agradeço à UnB, por fomentar o ensino universitário público, gratuito e de qualidade, baseado no tripé ensino, pesquisa e extensão.

Da amplitude e da efetividade das garantias asseguradas à privacidade, como momentos constitutivo da esfera pública e da esfera privada, depende, em grande parte, a possibilidade de que a sociedade da informação evolua para uma sociedade “do conhecimento e do saber”, e não para uma sociedade da vigilância, da classificação e do controle

Stefano Rodotà

FICHA CATALOGRÁFICA

Rocha da Silva, Felipe

A modelagem regulatória responsiva na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) / Felipe Rocha da Silva; orientador Márcio Nunes Lório Aranha Oliveira. -- Brasília, 2023.

51 p.

Monografia (Graduação - Direito) -- Universidade de Brasília, 2023.

1. Regulação Responsiva. 2. Proteção de Dados. 3. Lei Geral de Proteção de Dados. 4. Autoridade Nacional de Proteção de Dados Pessoais. I. Nunes Lório Aranha Oliveira, Márcio, orient. II. Título.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

SILVA, Felipe Rocha. 2023. A modelagem regulatória responsiva na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Monografia Final de Curso em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, DF, p.51.

Sumário

INTRODUÇÃO	1
CAPÍTULO 1: A Teoria da Regulação Responsiva em Ian Ayres e John Braithwaite	8
1.1. O contexto histórico e teórico da teoria da regulação responsiva.....	8
1.2. Transcendendo o debate entre regular e desregular.....	9
1.3. Punição vs Persuasão	11
1.4. Regulação responsiva à que?	14
1.5. A pirâmide regulatória.....	16
CAPÍTULO 2: A modelagem regulatória responsiva na Lei Geral de Proteção de Dados	24
2.1. Histórico e aprovação da LGPD e as normativas de fiscalização e processo sancionador	24
2.2. LGPD e a regulação responsiva.....	27
CONCLUSÃO	37
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	39

Resumo

Com a aprovação da Proposta de Emenda à Constituição 17/2019, o direito à proteção de dados foi alçado ao posto de Direito Constitucional e figura entre as garantias fundamentais inerentes ao Estado democrático de direito brasileiro. Regulamentada pela Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), a proteção de dados foi normatizada de forma ampla para a todos os setores da sociedade brasileira. Nesse contexto, a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) adquiriu papel central na regulamentação de aspectos operacionais que a LGPD deixou em aberto para o órgão regulador e fiscalização do cumprimento da Lei de proteção de dados brasileira. Este trabalho, reconhecendo a necessidade de identificar, mapear e analisar capacidades regulatórias em matéria de proteção de dados no Brasil, se debruça em analisar a LGPD a partir da teoria da Regulação Responsiva com o objetivo de delimitar as congruências entre a Lei e a modelagem regulatória. A definição da modelagem regulatória de proteção de dados pessoais no Brasil tem importância particular em vista das lacunas e incertezas da LGPD, do nível de maturidade jurídica e institucional de que goza a proteção de dados e das próprias especificidades da disciplina jurídica, sobretudo em um contexto no qual a autoridade reguladora dispõe de poucos recursos, de amplas competências e de uma complexidade do objeto regulado. Observou-se que a LGPD prevê dispositivos que possibilitariam a adoção de uma modelagem regulatória responsiva para a disciplina da proteção de dados no país. Mesmo que a Lei ainda seja baseada em um forte componente de comando e controle, com previsão de dispositivos relacionados à autorregulação dos setores regulados, a LGPD prevê competências amplas para a ANPD. No entanto, a constatação ou não da adoção de uma modelagem regulatória responsiva dependerá de avaliar a atuação concreta na ANPD, agora que todos os seus poderes, inclusive sancionatórios, estão em plena vigência e atuação.

Palavras-chaves: Regulação Responsiva; Proteção de Dados, Lei Geral de Proteção de Dados, Autoridade Nacional de Proteção de Dados Pessoais.

Abstract

With the approval of the Proposed Amendment to the Constitution 17/2019, the right to data protection was elevated to the rank of Constitutional Right and is among the fundamental guarantees inherent to the Brazilian democratic rule of law. Regulated by the General Law on Personal Data Protection (LGPD), data protection was broadly standardized for all sectors of Brazilian society. In this context, the National Data Protection Authority (ANPD) has acquired a central role in the regulation of operational aspects that the LGPD left open for the regulatory body and enforcement of compliance with the Brazilian Data Protection Law. This work, recognizing the need to identify, map, and analyze regulatory capacities in data protection in Brazil, will focus on analyzing the LGPD from the theory of Responsive Regulation with the aim of delimiting the congruences between the Law and the regulatory framework. The definition of the regulatory framework for the protection of personal data in Brazil is of particular importance in view of the gaps and uncertainties of the LGPD, the level of legal and institutional maturity of data protection and the specificities of the legal discipline itself, especially in a context in which the regulatory authority has few resources, broad competences, and a complexity of the regulated object. The findings suggest that the LGPD provides provisions that would enable the adoption of a responsive regulatory framework for the field of data protection in the country. Even if the Law is still based on a strong command and control component, with a provision for arrangements related to the self-regulation of regulated sectors, the LGPD provides for broad powers for the ANPD. However, whether or not a responsive regulatory framework is adopted will depend on assessing the actual performance of the ANPD now that its powers, including sanctions, are in full force and effect.

Keyword: Responsive Regulation; Data Protection, General Law on Protection of Personal Data, National Data Protection Authority.

Lista de Figuras

Figura 1 – Pirâmide de Estratégias Regulatórias proposta por Ayres e Braithwaite	18
Figura 2 – Pirâmide de Constrangimento	19

Lista de Siglas e Abreviaturas

<i>ANPD</i>	<i>Autoridade Nacional de Proteção de Dados</i>
<i>APL</i>	<i>Anteprojeto de Lei de Proteção de Dados Pessoais</i>
<i>CDFUE</i>	<i>Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia</i>
<i>CIPL</i>	<i>Center for Information and Policy Leadership</i>
<i>CNPD</i>	<i>Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade</i>
<i>EDPB</i>	<i>Conselho Europeu de Proteção de Dados Pessoais</i>
<i>DPA</i>	<i>Data Protection Authorities</i>
<i>OLAP</i>	<i>Online Analytical Processing</i>
<i>RGPD</i>	<i>Regulamento Geral de Proteção de Dados Pessoais Europeu</i>
<i>LGPD</i>	<i>Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais</i>
<i>TFUE</i>	<i>Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia</i>

INTRODUÇÃO

A emergente sociedade em rede tem como característica primordial a informatização da sociedade (CASTELLS, 2008). Nesse contexto, a produção de informações nessa sociedade em rede constitui o plano de fundo dos modelos econômicos e moldam as relações sociais (CASTELLS; CARDOSO 2006).

Assim, essa economia da informação caracteriza-se pelo acúmulo massivo de dados (ZUBOFF, 2019). As tecnologias da informação e comunicação, grande facilitadora desse novo modelo econômico, comportam-se, cada vez mais, como sistemas ubíquos, ou seja, atuando de forma quase imperceptível na vida dos indivíduos (ZUBOFF, 2019).

Nesse cenário, a internet e suas camadas de aplicação não só possibilitam como estimulam que seus usuários manifestem suas opiniões, compartilhem experiências e divulguem as mais diversas situações do cotidiano (BIONI, 2022). O tratamento de tais dados ocorre em todas as dimensões possibilitadas pela tecnologia, seja por fotos, áudios, vídeos e até mesmo pelos marcadores do usuário na rede, os cookies (BIONI, 2022).

Com efeito, o volume dos dados coletados chega a proporções inimagináveis. Assim, com vista a possibilitar os processos de tomada de decisão, as empresas adotam as mais diversas técnicas de processamento de dados pessoais, como o *data mining*, *Online Analytical Processing (OLAP)*, *profiling*, *scoring* e etc. (MENDES, 2019).

Nesse contexto, os mais diversos aspectos da personalidade dos titulares encontram-se em risco devido às novas formas de discriminação, como por exemplo, a discriminação estatística (BIONI, 2022). Assim, segundo Bruno Bioni (2022, p.92), “a tutela jurídica dos dados pessoais é um imperativo que impõem uma nova fronteira aos direitos da personalidade, afim de que o fluxo informacional não seja corrosivo à esfera relacional da pessoa humana e, por tabela, ao livre desenvolvimento de sua personalidade”.

Enquanto países como Alemanha, França e Espanha já possuíam uma cultura de proteção de dados estabelecida, originada de fluxos jurídicos a partir da década de 1970, o Brasil deu seus primeiros passos em direção à criação de um marco regulatório amplo e abrangente somente no século XXI (DONEDA, 2020).

No arcabouço normativo da União Europeia, por exemplo, a proteção aos dados pessoais é garantida aos cidadãos do Bloco como um Direito Fundamental, respectivamente pelo artigo 16 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) e pelo artigo 8 da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE). Ambos os diplomas legais ainda preveem a necessidade de uma autoridade independente para garantir a conformidade com as normas que tratam do tema.

Para além do TFUE e CDFUE, a União Europeia aprovou, em 2016, o Regulamento Geral de Proteção de Dados Pessoais (RGPD) 2016/679, que serviu e serve de influência para diversos diplomas normativos sobre o tema ao redor do mundo.

Por seu turno, o Brasil aprovou, no dia 14 de agosto de 2018, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei no 13.709/2018 – LGPD), um robusto diploma normativo que se aplica de forma ampla a todos os setores, englobando as operações de tratamento de dados pessoais realizadas com finalidade econômica, por pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, tendo por horizonte a proteção dos direitos fundamentais de liberdade, de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural. Nesse contexto, a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) adquiriu papel central na regulamentação e fiscalização da proteção de dados no Brasil.

Apenas posteriormente à aprovação da LGPD, com a promulgação da Proposta de Emenda à Constituição 17/2019, o direito à proteção de dados foi alçado ao posto de Direito Constitucional, figurando entre as garantias fundamentais inerentes ao Estado Democrático de Direito.

No entanto, a aprovação da Lei representou apenas um primeiro passo na conformação de uma cultura jurídica e institucional de proteção de dados no país. Além das disposições lacunares da Lei e da inevitável necessidade de amadurecimento de uma cultura de proteção de dados, a LGPD previa a necessidade da aprovação de um regulamento de fiscalização, de processo administrativo sancionador e de dosimetria para possibilitar a aplicação das sanções pela Autoridade (ANPD, 2021), o que ocorreu apenas em fevereiro de 2023, com a publicação da Resolução CD/ANPD 4, de 24 de fevereiro de 2023¹. Ou seja, a completude da eficácia dos dispositivos da LGPD apenas ocorreu 5 anos após sua aprovação, adiando a possibilidade da Autoridade de desempenhar uma de suas principais respostas regulatórias, as sanções administrativas.

A definição de uma modelagem regulatória de proteção de dados pessoais no Brasil, portanto, tem importância particular em vista das lacunas e incertezas da LGPD, o nível de maturidade jurídica e institucional de que goza a proteção de dados no Brasil e das próprias especificidades da disciplina jurídica, sobretudo em um contexto no qual a autoridade reguladora dispõe de poucos recursos, de amplas competências e de uma complexidade do objeto regulado (CEDIS-IDP/CIPL, 2020)

Para Christopher Hodges (2018), modernas abordagens regulatórias de fiscalização, conformidade e ética sugerem que as autoridades de proteção de dados pessoais (DPA – sigla em inglês) devem atuar de forma estratégica. Para o autor (HODGES, 2018), o agir estratégico das DPAs deve ser baseado principalmente em uma relação de confiança e cooperação para com os atores regulados em detrimento de uma relação de dissuasão através da aplicação das sanções.

No contexto europeu, Hielke Hijmas (2018), ex-diretor da autoridade de proteção de dados da Bélgica, esclarece que os artigos 8(3) da CDFUE e 16(2) TFUE implicam não apenas obrigatoriedade de independência das

¹ Resolução CD/ANPD 4, de 24 de fevereiro de 2023. Aprova o Regulamento de Dosimetria e Aplicação de Sanções Administrativas. Disponível em <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-cd/anpd-n-4-de-24-de-fevereiro-de-2023-466146077> . Acesso em 13/5/23.

DPA's, como também uma atuação efetiva das autoridades. Ademais, o autor esclarece que 2 são os mecanismos expressos no RGPD que buscam incentivar uma atuação estratégica das DPA's. O artigo 70 (1) (k), por exemplo, atribui ao Conselho Europeu de Proteção de Dados Pessoais (EDPB, sigla em inglês) a competência de emitir diretrizes para garantir uma aplicação consistente dos poderes das autoridades de proteção de dados. Além disso, o artigo 59 estipula às DPA's a obrigatoriedade da submissão de um relatório anual das atividades ao parlamento nacional, ao governo e a outras autoridades regulatórias do respectivo Estado-Membro.

O Center for Information and Policy Leadership (CIPL) (2020, p. 16), ao avaliar o papel da ANPD, estabelece que “uma efetiva regulação depende de estratégias efetivas para o melhor uso possível dos recursos disponíveis”. Para o CIPL (2020), tal estratégia deve basear-se em uma regulação “responsiva”, definida como um engajamento construtivo com os atores regulados por meio do fornecimento de informação, suporte e orientações, sempre objetivando o estabelecimento de uma cultura de diálogo e aprendizado mútuo. Ao dialogar com as proposições de Hodges (2018), o CIPL (2020) propõe que a autoridade deve reafirmar seu papel de liderança por meio de uma atuação consistente, coerente e coordenada, no sentido de estabelecer uma comunicação com os atores regulados, sempre visando estabelecer parâmetros precisos para a aplicação e interpretação da norma.

Nesse contexto, a ANPD (2021), no Relatório de Análise de Impacto Regulatório, emitido no processo de proposição do Regulamento de Fiscalização, elencou a regulação responsiva como a alternativa mais adequada para direcionar a atuação da autoridade. Segundo o documento, a regulação responsiva “possibilita uma atuação da ANPD em vários formatos para endereçar eventuais descumprimentos da LGPD, sendo que essa atuação será condizente com a gravidade da conduta e com a ordem de grandeza das medidas que são cabíveis no âmbito da fiscalização” (2021, p. 25).

Aranha (2021), no entanto, adverte que apesar das importantes contribuições e da notoriedade da regulação responsiva, a teoria pode sofrer

com reducionismos, que a restringem à pirâmide de punição e persuasão e ao escalonamento de sanções em razão do comportamento do regulado.

Este trabalho, portanto, reconhecendo a necessidade de identificar, mapear e analisar capacidades regulatórias em matéria de proteção de dados no Brasil, se debruçará em analisar a LGPD a luz da teoria da Regulação Responsiva desenvolvida por Ian Ayres e John Braithwaite no livro *Responsive regulation: transcending the deregulation debate*, de 1992. Objetiva-se, assim, delimitar as congruências entre a Lei e o modelo regulatório, de forma a compreender as possibilidades e limitações da atuação da ANPD em função de uma modelagem regulatória responsiva.

A teoria da regulação responsiva foi escolhida como paradigma, neste trabalho, primeiro pelos indicativos dados pela própria Autoridade de que adotará tal modelagem regulatória. Além disso, a teoria da regulação responsiva, desenvolvida no final do século XX, ao buscar transcender as discussões inócuas entre regulação e desregulação, apresenta um novo paradigma de regulamentação que busca conciliar visões supostamente antagônicas (AYRES; BRAITHWAITE, 1992).

Para tanto, este trabalho pretende responder à pergunta sobre qual a receptividade de uma modelagem regulatória responsiva na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. De forma específica, pretende-se identificar os principais pressupostos da teoria da regulação responsiva, analisar seu elemento de responsividade e observar como os pressupostos e a responsividade são ilustradas na formatação da pirâmide regulatória proposta no paradigma da teoria da regulação responsiva. Dessa forma, será possível, a partir de uma análise sistêmica da LGPD, identificar as possibilidades da adoção e aplicação da teoria no bojo do sistema normativo brasileiro de proteção de dados pessoais.

O capítulo 1 será dedicado ao aprofundamento da análise da teoria da regulação responsiva de Ian Ayres e John Braithwaite, sobretudo a teoria desenvolvida nos livros *Responsive regulation: transcending the deregulation debate*, de 1992 e *To punish or persuade: enforcement of coal*

mine safety, de 1985. Inicialmente, buscaremos realizar uma compreensão global de como a teoria da regulação responsiva se insere em um contexto mais amplo de teorias da regulação. Após, analisaremos a proposta dos autores de transcender o debate entre regulação e desregulação e como é demonstrada a complementariedade das estratégias e punição e persuasão na atuação do regulador. Por fim, analisaremos a ilustração dos pressupostos da teoria da regulação responsiva a partir do modelo das pirâmides de escalada das estratégias regulatórias e de constrangimentos.

No capítulo 2, primeiramente realizamos um breve histórico da aprovação da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, com destaque para o processo de aprovação dos dispositivos referentes à criação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados e da possibilidade de aplicação das sanções administrativas. Em um segundo momento, analisaremos de forma global a estrutura da Lei aprovada. Por fim, mapearemos e analisaremos os dispositivos presentes na LGPD que indicam a possibilidade de uma atuação da ANPD nos moldes de uma modelagem regulatória responsiva.

A nossa hipótese é que a LGPD prevê dispositivos que possibilitariam a adoção de uma modelagem regulatória responsiva para a disciplina da proteção de dados no país. Mesmo que a Lei ainda seja baseada em um forte componente de comando e controle, com previsão de dispositivos relacionados à autorregulação dos setores regulados, a LGPD prevê competências amplas para a ANPD. No entanto, como abordaremos neste trabalho, a constatação ou não da adoção de uma modelagem regulatória responsiva dependerá de avaliar a atuação concreta na ANPD após todos os seus poderes, inclusive sancionatórios, estejam em plena vigência e atuação.

Futuramente, espera-se que este trabalho contribua, por exemplo, com pesquisas que visem estudar a atuação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados sob o enfoque da teoria da regulação responsiva após o amadurecimento institucional da Autoridade, quando haverá mais elementos para a avaliação global do conjunto de estratégias regulatórias adotadas. Além disso, este trabalho poderá contribuir com pesquisa futuras que busquem aprofundar aspectos da regulação responsiva em sua aplicação na disciplina

da proteção de dados pessoais, como os desenvolvimentos da teoria propostos no modelo de diamante regulatório de Kolieb (2015), a governança nodal do próprio Braithwaite (2006) e a regulação inteligente de Gunningham e Grabosky (1998).

CAPÍTULO 1: A Teoria da Regulação Responsiva em Ian Ayres e John Braithwaite

Neste capítulo, buscaremos aprofundar os pressupostos e as principais características da teoria da regulação responsiva. Para tanto, mencionaremos o processo de elaboração e de aprimoramento da teoria, explicitando as principais incompreensões envolvendo a regulação responsiva e como ela se encaixa na teoria da regulação (seção 1.1). Ainda, buscaremos aprofundar o debate proposto por Ian Ayres e John Braithwaite, em 1992, de transcender o debate sobre desregulação (seção 1.2). Destacaremos o giro paradigmático propostos pelos autores da teoria da regulação responsiva no sentido de superar o debate que contrapõe os benefícios da punição e da persuasão (seção 1.3). Explicitaremos em que a regulação se propõe responsiva (seção 1.4). Por fim, aglutinaremos os conceitos desenvolvidos nas seções anteriores através da ilustração dos pressupostos da teoria da regulação responsiva representados nas pirâmides regulatórias (seção 1.5).

Adverte-se, de início, que este trabalho é delimitado para a análise dos pressupostos e principais bases da teoria da regulação responsiva desenvolvida nos livros *To Punish or Persuade: Enforcement of Coal Mine Safety* de Braithwaite de 1985 e *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate* de Ayres e Braithwaite de 1992. Desenvolvimentos e ramificações posteriores da teoria, apensar de serem mencionadas a fins de comparação, não compõem a base teórica deste trabalho.

1.1. O contexto histórico e teórico da teoria da regulação responsiva

A teoria da regulação responsiva se posiciona enquanto um marco teórico que busca propor a criação de incentivos morais de forma responsiva como elemento central para efetivar o cumprimento da Lei pelos regulados (AYRES; BRAITHWAITE, 1992). Em um primeiro momento, pode parecer que

a teoria se limita a ser uma análise puramente processual da regulação, em que haveria uma mera prescrição de possibilidades de atuações regulatória dos reguladores (ARANHA, 2021, p. 107). No entanto, a regulação responsiva possui uma dimensão substantiva relevante para as teorias da regulação, já que, partindo do objetivo de alcance da persuasão, a teoria acrescenta o elemento da responsividade na atuação regulatória (ARANHA, 2021).

Como explica Aranha (2021), a teoria da regulação responsiva constitui-se enquanto teoria em constante processo de desenvolvimento e aprimoramento. É possível compreender o desenvolvimento da teoria desde “estudos empíricos de movimentos nacionais de desregulação e proposta de teorização responsiva sobre a natureza do direito” (ARANHA, 2021, p. 108) até “avanços para o campo dos princípios regulatórios que sirvam de guia para a composição de um mix de técnicas regulatórias”, como é o caso da regulação inteligente de Gunningham e Grabosky (1998).

Aranha (2021), no entanto, adverte que a teoria da regulação responsiva não se confunde com as proposições de uma atuação responsiva do Estado e tampouco com a teoria do direito responsivo de Nonet e Selznick (2017), apesar de conter elementos de concertação entre regulador e regulado, além de flexibilidade, negociação e cidadania participativa.

Apesar da teoria ter ganhado notoriedade no campo (ARANHA, 2021), ainda existem importantes incompreensões sobre os pressupostos da regulação responsiva, muito devido ao fato dela ser reduzida à previsão de uma pirâmide regulatória com escalonamento da intervenção estatal. Na próxima seção, abordaremos a proposta da teoria de transcender o histórico debate entre regular e desregular, de forma a propor uma reconciliação das teorias que até então pareciam irreconciliáveis.

1.2. Transcendendo o debate entre regular e desregular

Primeiramente, é importante posicionar a teoria da regulação responsiva enquanto uma proposta para transcender o impasse histórico entre aqueles que defendem uma forte regulamentação estatal das empresas e aqueles que defendem a desregulamentação (AYRES; BRAITHWAITE, 1992). Ian Ayres e John Braithwaite, no livro *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate*, publicado em 1992, buscam superar a retórica da desregulação ou não regulação proposta por importantes nações como a Grã-Bretanha e Estados Unidos.

A mudança paradigmática proposta pelos autores vai na direção de uma inevitabilidade da simbiose entre a regulação estatal e a autorregulação, abrindo possibilidades para a intersecção otimizada entre regulação pública e privada (AYRES; BRAITHWAITE, 1992). Nas palavras de Aranha (2021, p. 111), a teoria da regulação responsiva tem como pressuposto central a compreensão de que “seria no espaço de interação e influência recíproca entre regulação estatal e privada onde estariam as melhores oportunidades de construção de alternativas de desenho regulatório”.

Compreende-se melhor o estabelecimento do pressuposto central da teoria da regulação responsiva quando a posicionamos não mais em uma histórica oposição entre regular e desregular, mas em uma era de fluxos e refluxos regulatórios (ARANHA, 2021), na qual estão a ocorrer simultaneamente mudanças dramáticas de regulamentação, desregulamentação e de nova regulamentação (AYRES; BRAITHWAITE, 1992).

Por estar inserida em um contexto de análise dos benefícios dos fluxos de regulação e desregulação, a teoria busca demonstrar que tais ordens restringem-se e reforçam-se mutuamente, e por isso as propostas maniqueístas estariam fadas ao fracasso justamente “por desprezarem os efeitos disruptivos e, ao mesmo tempo, complementares das demais ordens” (ARANHA, 2021, p. 110). Para Ayres e Braithwaite (1992), ao invés de priorizar a regulação ou desregulação, o ótimo regulatório estaria justamente na integração dos fluxos regulatórios pela regulação estatal, de forma que as

estratégias regulatórias priorizem a incorporação das normas estatais nos mecanismos autorregulatórios das empresas reguladas (ARANHA, 2021).

A superação da impossibilidade de conciliação entre a regulação estatal, tradicionalmente baseada em normas de comando e controle, que privilegiam a punição; e a autorregulação, baseada na persuasão, leva à superação da própria dicotomia entre o papel da punição e da persuasão nos desenhos regulatórios, que será abordada na próxima seção.

1.3. Punição vs Persuasão

Tradicionalmente, a regulação estatal se baseia em regras prescritivas de comando e controle e no uso da punição como forma de garantir o cumprimento das normas (BRAITHWAITE, 1985). Por outro lado, a autorregulação envolve a persuasão e o estímulo para que os indivíduos ou organizações ajam de acordo com certos padrões, utilizando incentivos e mecanismos de cooperação (BRAITHWAITE, 1985).

No entanto, a teoria da regulação responsiva propõe a superação do histórico embate que envolve a impossibilidade de conciliação entre essas abordagens (BRAITHWAITE, 1985). Ao invés de uma abordagem puramente punitiva ou puramente persuasiva, a regulação responsiva indica que o ótimo regulatório está em adotar de estratégias mais flexíveis e adaptáveis (AYRES; BRAITHWAITE, 1992).

Nesse novo paradigma, a regulação deve combinar o estabelecimento de padrões claros e exigências mínimas com a promoção de incentivos e programas de conscientização para estimular a conformidade voluntária. Isso significa que o uso da punição não seria descartado, mas seria complementado por abordagens persuasivas que buscam criar um ambiente propício ao cumprimento das regulamentações (AYRES; BRAITHWAITE, 1992).

No entanto, a proposição de Ayres e Braithwaite (1992) de incorporação das normas estatais no seio das empresas reguladas não parte

de uma concepção ingênua de racionalidade absoluta da atuação e interação entre reguladores e regulados, no qual a persuasão sempre funcionará para garantir a conformidade das empresas às leis. Na verdade, outro pressuposto igualmente relevante para a teoria da regulação responsiva é o da superação do entendimento de que os atores regulados são movidos exclusivamente por uma racionalidade econômica de maximização dos lucros (BRAITHWAITE, 1985). A partir de pesquisas empíricas realizadas por Braithwaite (1985), observou-se que existem outras variáveis a serem consideradas pelos reguladores quando da avaliação da motivação dos regulados, requerendo o desencadeamento de estratégias regulatórias distintas por parte do regulador a depender dessas distintas motivações.

Para Ayres e Braithwaite (1992), há uma convergência entre uma análise de escolha racional do que funciona para garantir a conformidade com as leis regulatórias e algumas análises sociológicas que rejeitam as suposições do modelo de escolha racional. Dessa forma, para além das motivações de racionalidade econômica, os regulados também podem ser motivados por vezes por um senso de responsabilidade social (AYRES; BRAITHWAITE, 1992, p. 24), o que requer o desencadeamento de estratégias regulatórias distintas por parte do regulador. A teoria da regulação responsiva, portanto, parte do entendimento de que “atores regulados são combos de compromissos contraditórios com valores de racionalidade econômica, respeito às leis e responsabilidade nos negócios” (ARANHA, 2021, p. 127).

Ou seja, outra contribuição da regulação responsiva é a de superar a disputa entre os proponentes dos modelos de persuasão e de punição para a conformidade na aplicação da lei (BALDWIN; BLACK, 2007). Braithwaite (1985) demonstra a complementariedade das visões daqueles que acreditam que as empresas cumprirão a lei quando confrontadas com sanções severas e aqueles que acreditam que a persuasão funciona para garantir a conformidade das empresas com a lei. Nas palavras dos autores:

Braithwaite concluiu em *To Punish or Persuade* que não era possível desenvolver uma política sólida de implementação da regulamentação a menos que se entendesse o fato de que, às vezes, os agentes empresariais eram fortemente motivados por ganhar dinheiro e, às vezes, eram fortemente motivados por um senso de

responsabilidade social. Portanto, ele rejeitou uma estratégia regulatória totalmente baseada em persuasão e uma estratégia totalmente baseada em punição. Ele concluiu que os agentes empresariais interagem melhor com uma estratégia de persuasão e autorregulação quando são motivados pela racionalidade econômica. Mas uma estratégia baseada principalmente em punição prejudicará a boa vontade dos atores quando eles forem motivados por um senso de responsabilidade (AYRES; BRAITHWAITE, 1992, p. 24, tradução nossa).²

Assim, ao superar a posição de que as motivações dos regulados é sempre racional e, como consequência, propor a complementariedade entre punição e persuasão, os autores indicam que (i) uma estratégia baseada totalmente em persuasão e autorregulação será explorada quando os atores forem motivados pela racionalidade econômica; e (ii) uma estratégia baseada principalmente em punição prejudicará a boa-fé dos regulados quando eles forem motivados por um senso de responsabilidade. Ou seja,

O poder de punir ajuda a dar legitimidade aos reguladores que desejam persuadir. Uma pessoa está inclinada a ouvir os tons persuasivos de um inspetor se a consequência de não ouvir for a substituição da luva de veludo pelo punho de ferro. Portanto, a conclusão é a mesma da primeira metade deste capítulo: as complementariedades entre punição e persuasão são mais profundas do que as incompatibilidades (BRAITHWAITE, 1985, p. 118, tradução nossa).³

Mas quais elementos devem ser consideradas pelas autoridades para distinguir quando privilegiar a persuasão e quando será necessário escalar a intervenção estatal?. A resposta para essa pergunta encontra-se na

² No original: *So Braithwaite concluded in To Punish or Persuade that 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. 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. He, therefore, rejected a regulatory strategy based totally on persuasion and a strategy based totally on punishment. He concluded that business actors exploit a strategy of persuasion and self-regulation when they are motivated by economic rationality. But a strategy based mostly on punishment will undermine the good will of actors when they are motivated by a sense of responsibility. This will be true of any version of responsibility that is construed by actors as a more noble calling than making Money.*

³ No original: *The power to punish helps give legitimacy to regulators who wish to persuade. One is inclined to listen to the persuasive overtones of an inspector if the consequences of not listening is his replacing the velvet glove with the iron fist. The conclusion is therefore the same as that for the first half of this chapter: the complementarities between punishment and persuasion are more profound than the incompatibilities.*

compressão do elemento responsivo da teoria proposta por Ayres e Braithwaite, que analisaremos na seção seguinte.

1.4. Regulação responsiva à que?

Para Ayres e Braithwaite (1992), o caráter responsivo da teoria se manifesta em dois elementos: ela é responsiva (i) ao que desencadeia uma resposta regulatória e (ii) ao que será a resposta regulatória desencadeada.

No que se refere ao primeiro elemento – a responsividade ao que aciona a resposta regulatória – os atores identificam pelos menos 3 (três) aspectos que devem mover o agir dos reguladores na definição da resposta regulatória: a estrutura da indústria, as motivações e o comportamento dos atores regulados (ARANHA, 2021). Ou seja, diferentes estruturas, motivações e comportamentos dos regulados desencadeiam intensidades e formas de regulação diferentes. Para Ayres e Braithwaite:

Sugerimos que a regulamentação seja responsiva à estrutura do setor, pois diferentes estruturas serão propícias a diferentes graus e formas de regulamentação. O governo também deve estar em sintonia com as diferentes motivações dos atores regulamentados. Uma regulamentação eficaz deve atender aos diversos objetivos das empresas regulamentadas, das associações do setor e dos indivíduos dentro delas. As próprias regulamentações podem afetar a estrutura (por exemplo, o número de empresas no setor) e podem afetar as motivações dos regulamentados. Também concebemos que a regulamentação deve responder à conduta do setor, à eficácia com que o setor está fazendo a regulamentação privada funcionar. O próprio comportamento de um setor ou das empresas que o compõem deve canalizar a estratégia regulatória para graus maiores ou menores de intervenção governamental (AYRES; BRAITHWAITE, 1992, p. 4, tradução nossa).⁴

⁴ No original: *We suggest that regulation be responsive to industry structure in that different structures will be conducive to different degrees and forms of regulation. Government should also be attuned to the differing motivations of regulated actors. Efficacious regulation should speak to the diverse objectives of regulated firms, industry associations, and individuals within them. Regulations themselves can affect structure (e.g., the number of firms in the industry) and can affect motivations of the regulated. 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.*

Nesse sentido, caso a estrutura do setor, as motivações e o comportamento do regulado indiquem uma maior tendência à receptividade da persuasão estatal para o cumprimento da Lei, a autorregulação será privilegiada (BRAITHWAITE, 1985). Por outro lado, se os regulados agem com a intenção de obter benefícios em detrimento da autorregulação, o regulador deve tender a escalar a intervenção de suas respostas regulatórias (BRAITHWAITE, 1985).

Quanto ao segundo elemento – a responsividade ao que será a resposta regulatória desencadeada – os autores definem que um dos caracteres mais distintivos da responsividade da teoria é a inovação que deve ocorrer sobre as repostas regulatórias acionadas (AYRES; BRAITHWAITE, 1992). Ou seja, o regulador não atuará de forma responsiva apenas às características do regulado, como também será responsiva nas suas respostas regulatórias, de forma que seja privilegiada a incorporação da regulação estatal pelos mecanismos autorregulatórios dos regulados. Assim, não há uma adoção irrefletida da punição ou persuasão, mas a opção por uma ou outra poderá variar de acordo com o padrão com que os reguladores reagem a resposta adotada pelo regulador. Para ilustrar esse caráter, os autores dizem que:

Mais especificamente, a responsividade implica não apenas uma nova visão do que desencadeia a intervenção regulatória, mas também nos leva a noções inovadoras de qual deve ser a resposta. A regulamentação pública pode promover a governança do mercado privado por meio de delegações informadas de funções regulatórias (AYRES; BRAITHWAITE, 1992, p. 4, tradução nossa).⁵

Ou seja, a teoria da regulação responsiva propugna que para além das características próprias do regulado, como as estruturas, as motivações e o comportamento, o regulador também tem que apresentar respostas regulatórias que dialogam e são responsivas à constante transformação do ambiente regulatório (AYRES; BRAITHWAITE, 1992). Nas palavras de Aranha (2021, p. 119), “a teoria propõe que o regulador seja responsivo à constante

⁵ No original: *Most distinctively, responsiveness implies not only a new view of what triggers regulatory intervention, but leads us to innovative notions of what the response should be. Public regulation can promote private market governance through enlightened delegations of regulatory functions.*

transformação e, para isso, seja sensível à experiência contextual dos atores regulados”. Em outras palavras:

a governança do mercado ocorre, na teoria da regulação responsiva, por intermédio de técnicas informadas, estudadas, pensadas, planejadas e estratégicas de transposição de funções regulatórias do método de intervenção extrínseca estatal para a ordem regulatória empresarial. É da combinação entre medidas intrusivas e medidas de incentivos regulatórios que exsurge a configuração responsiva da regulação (ARANHA, 2021, p. 121).

Portanto, compreendendo que o caráter responsivo da teoria reside em 2 (duas) dimensões principais, quais sejam, a responsividade aos regulados e à própria resposta regulatória, passa-se a análise da pirâmide regulatória proposta pela teoria da regulação responsiva.

1.5. A pirâmide regulatória

Braithwaite (1985), no livro *To Punish or Persuade: enforcement of coal mine safety*, levanta o questionamento: quando punir e quando persuadir?. Para responder a tal pergunta, Ayres e Braithwaite (1992) utilizam-se da metáfora do regulador como sendo uma grande arma benigna (*benign big gun*). Ou seja, os órgãos reguladores terão mais condições de falar com suavidade quando dispõem de relevantes poderes punitivos (sendo fundamental uma hierarquia de sanções menores); e, paradoxalmente, quanto maiores e mais variados forem os poderes punitivos, maior será o sucesso que os órgãos reguladores obterão ao falar com suavidade (AYRES; BRAITHWAITE, 1992).

Assim, a prescrição da teoria da regulação responsiva seria a de que os órgãos reguladores aplicam, em primeira instância, estratégias de conformidade, mas dispõem de respostas de dissuasão mais punitivas quando a empresa regulamentada não se comporta como desejado (BALDWIN; BLACK, 2007). Para Braithwaite:

O truque de uma regulamentação bem-sucedida, portanto, passa a ser a imposição de punição quando necessário, sem prejudicar a capacidade de persuasão dos inspetores. Tem-se argumentado que a punição e a persuasão não precisam ser necessariamente incompatíveis, desde que a punição possa ser imposta com certa

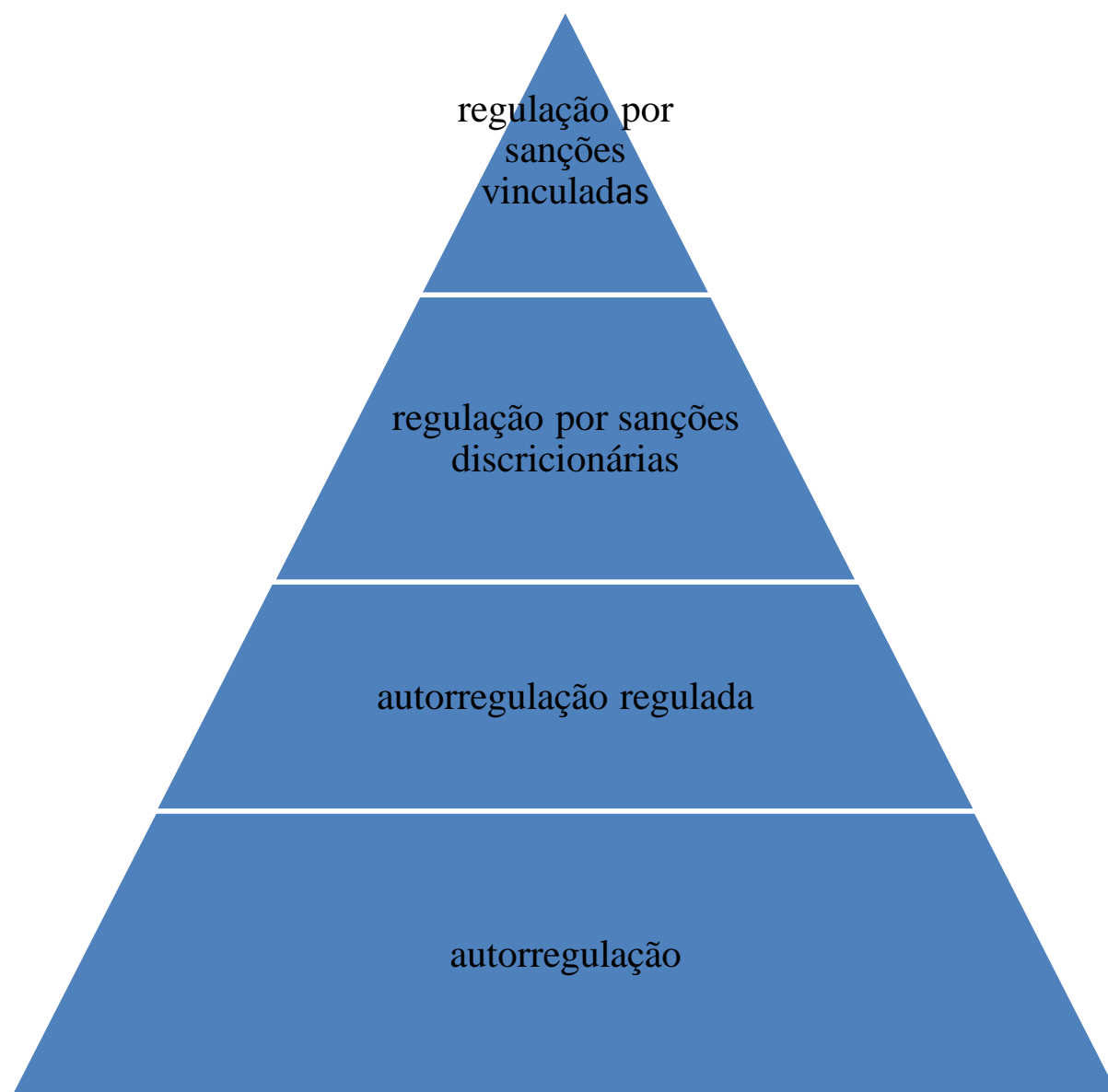
discrição. A punição pode ser imposta sem rotular o infrator como um pária, sem criar incentivos para bloquear as relações abertas de respeito e confiança entre o inspetor e o operador e, por inspetores altamente qualificados, até mesmo com tanta delicadeza que o operador aceite a punição como justificada. Como a punição esgota muitos recursos regulatórios, é preciso encontrar estratégias para reservar a punição para as situações em que ela será mais eficaz (1985, p. 117, tradução nossa).⁶

O ótimo entre a punição e persuasão encontra-se justamente na possibilidade de escalada das estratégias regulatórias de forma responsiva, priorizando a persuasão por meio de autorregulação quando há cooperação do regulado e a escalada da intervenção estatal quando a cooperação deixa de ocorrer (AYRES; BRAITHWAITE, 1992).

A regulação é mais efetiva, portanto, quando os reguladores dispõem e aplicam de forma responsiva diversas estratégias regulatórias, conforme se observa na Pirâmide de Estratégias Regulatórias desenvolvida a partir da teoria da regulação responsiva (Figura 1).

⁶ No original: *The trick of successful regulation, then, becomes that of imposing punishment when needed, without undermining the capacity of inspectors to persuade. It has been argued that punishment and persuasion need not necessarily be incompatible so long as punishment can be imposed with a certain amount of discretion. Punishment can be imposed without labeling the offender as an outcast, without creating incentives to block open relationships of respect and trust between inspector and operator, and, by highly skilled inspectors, even with such finesse that the operator accepts the punishment as justified. Because punishment depletes so many regulatory resources, strategies must be found to reserve punishment for the situations in which it will be maximally effective.*

Figura 1 – Pirâmide de Estratégias Regulatórias proposta por Ayres e Braithwaite.



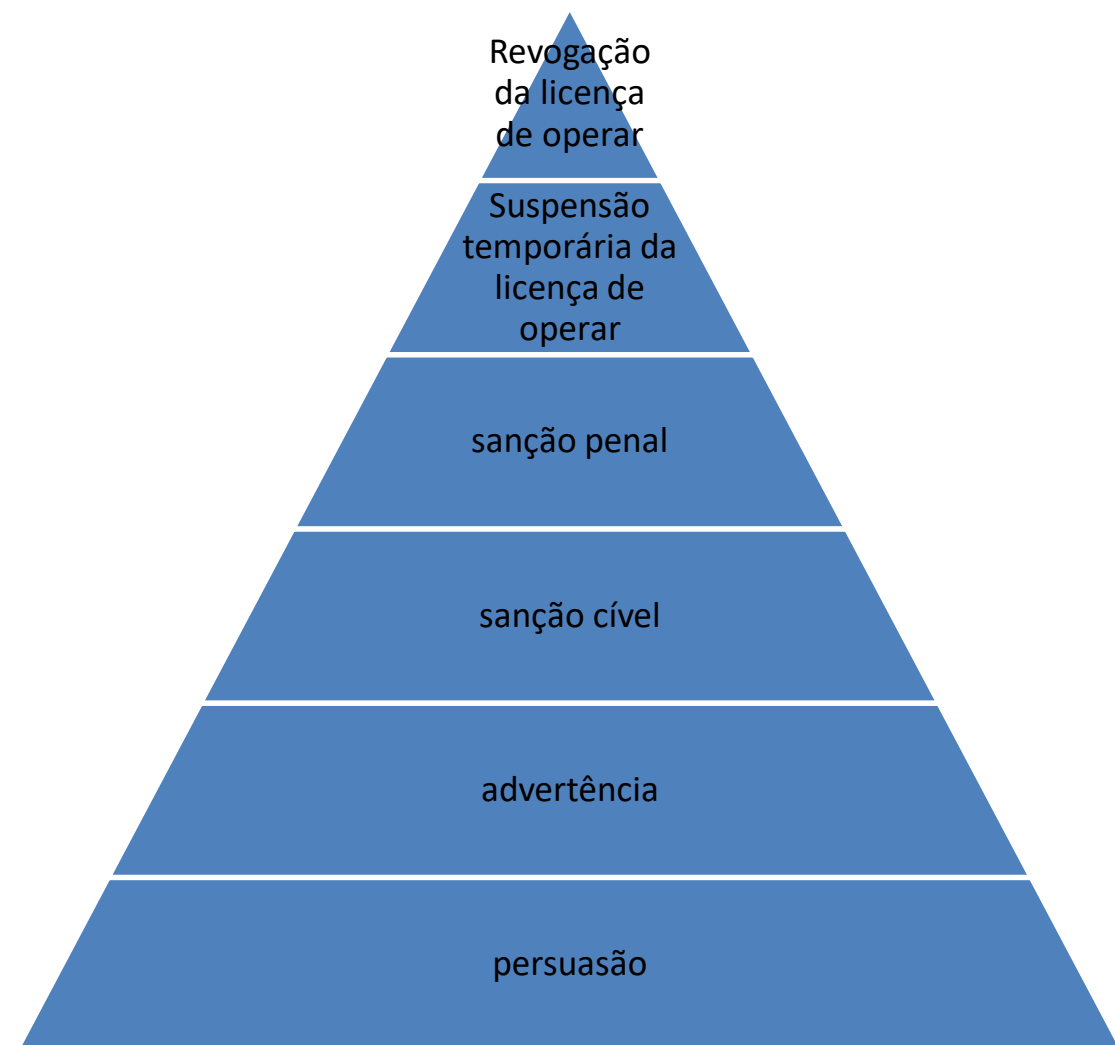
Fonte: AYRES; BRAITHWAITE, 1992, p.39.

Por meio da pirâmide, é possível identificar que a teoria da regulação responsiva indica que o regulador pode prever espaços para a autorregulação, a regulação regulada, a regulação por sanções discricionárias e a regulação por sanções vinculadas, de forma que a base da pirâmide seja alargada, privilegiando a internalização das normas estatais pelos regulados e a

escalada e desescalada responsiva da intervenção estatal (AYRES; BRAITHWAITE, 1992).

Para além da pirâmide de estratégias regulatórias, outra pirâmide igualmente relevante é a pirâmide de constrangimento, conforme se observa na Figura 2.

Figura 2 – Pirâmide de Constrangimento



Fonte: AYRES; BRAITHWAITE, 1992, p.35.

Observadas conjuntamente, é possível identificar o paralelismo entre as estratégias de regulação e os tipos de constrangimento correlatos. Para

Aranha (ARANHA, 2021, p. 122), a pirâmide da Figura 2 é “representativa da escalada de constrangimentos mais intrusivos aos descumpridores das normas, mas também, e tão importante quanto, a desescalada gradual dos constrangimentos”.

Nesse contexto, a preferência pelo alargamento da base da pirâmide e a escalada e desescalada regulatória decorre, dentre outros fatores, do fato de que os recursos regulatórios são escassos e as estratégias de autorregulação tende a serem menos custosas (AYRES; BRAITHWAITE, 1992). Ou seja, é estratégico para os reguladores buscarem a conformidade com a lei primeiro por meio de estratégias que privilegiem a boa-fé dos regulados em estarem em conformidade com a lei e, somente quando elas falham, recorrer a estratégias que presumem a falta de boa-fé (BRAITHWAITE, 1985). Nas palavras de Braithwaite:

A solução proposta para o problema dos recursos finitos é a definição de uma hierarquia de resposta regulatória. No topo da hierarquia, a autorregulamentação deve ser concedida em tantas áreas quanto a experiência comprove que a persuasão não é abusada. Quando o setor não respeita a responsabilidade de se autorregular, a resposta regulatória pode ser escalada por meio de uma série de estratégias cada vez mais punitivas e cada vez mais controladas pelo governo. [...] Além de uma hierarquia de estratégias regulatórias, será definida uma hierarquia de resposta punitiva para garantir que o Estado tenha a capacidade de reduzir o litígio por meio da persuasão ou optando por sanções menos severas, que podem ser impostas sem uma panóplia completa de proteções do devido processo legal (BRAITHWAITE, 1985).⁷

Além disso, o alargamento da base da pirâmide parte também da superação da compreensão de que as estratégias autorregulatórias seriam

⁷ No original: *The solution proposed here to the problem of finite enforcement resource is defining a hierarchy of regulatory response. At the bottom of the hierarchy, self-regulation should be granted in as many areas as experience proves the privilege not to be abused. When industry fails to respect the responsibility to regulate itself, then regulatory response can be escalated through a number of increasingly punitive and increasingly governmentally controlled strategies. These, in turn, will be described below as enforced self-regulation, command regulation with discretion to punish, and command regulation with nondiscretionary punishment. In addition to a hierarchy of regulatory strategies, a hierarchy of punitive response will be defined to ensure that the state has the leverage to reduce litigation by plea bargaining and or by opting for less severe sanctions, which can be imposed without a full panoply of due process.*

menos ostensivas do que estratégias de comando e controle (ARANHA, 2021).

Na verdade,

A fiscalização privada não é apenas potencialmente mais potente porque as empresas têm recursos de investigação e punição superiores aos dos governos, mas também porque os sistemas de justiça privados podem provar a responsabilidade do cometimento das infrações com mais facilidade.(...) Tudo isso significa que é um erro presumir que a autorregulamentação é necessariamente uma opção mais branda do que a fiscalização pública (BRAITHWAITE, 1985, p. 122, tradução nossa).⁸

Ainda, a teoria da regulação responsiva parte do pressuposto de que as normas estatais não abarcam adequadamente as minúcias do objeto regulado e da gestão empresarial (BRAITHWAITE, 1985). Ou seja, independentemente do grau de prescritividade das normas estatais, elas nunca poderão regular todos os nuances do ambiente regulatório, sempre havendo lacunas a serem preenchidas pela atuação dos próprios atores regulados. Nas palavras dos autores:

O governo não pode redigir regras que abranjam as sutilezas decisivas de um gerenciamento eficaz da segurança, mas pode criar um ambiente regulatório no qual as empresas se vejam como tendo algo a ganhar com um bom gerenciamento da segurança e algo a perder com uma abordagem desleixada da segurança. Esse algo a mais é proporcionado pelo escalonamento regulatório (1985, p. 125, tradução nossa).⁹

A partir da pirâmide regulatória, portanto, fica claro que a punição e persuasão, ao invés de serem refratárias, “são dependentes entre si e reforçam os efeitos de sua contraparte” (ARANHA, 2021, p. 112). Assim, Braithwaite indica que

Quando os atores estatais estão presos a uma estratégia regulatória predominante, eles pouco podem fazer para dificultar a vida do regulado. No entanto, quando os atores estatais pode alternar entre estratégias de autorregulação e de comando e controle dependentes

⁸ No original: *Private enforcement is not only potentially more potent because companies have investigative and punitive capabilities that are superior to those of governments, but also because private justice systems can more easily prove guilt.(...) All this means that it is a mistake to assume that self-regulation is necessarily a softer option than public enforcement*

⁹ No original: *Government cannot write rules that cover the crucial subtleties of effective safety management, but it can create a regulatory environment in which companies see themselves as having something to gain by good safety management and something to lose by a sloppy approach to safety. That something is provided by regulatory escalation. Now, to the next stage of that escalation.*

de como o regulado se comporta, o regulado tem um incentivo para demonstrar boa-fé e, de fato, para impressionar os atores estatais, fazendo um esforço extra para a conformidade com a lei.

Da mesma forma, mudando de uma estratégia regulatória geral para os meios disponíveis para lidar com uma violação específica, se os operadores e gerentes entenderem que há uma pirâmide de respostas punitivas para seus erros, que vão desde uma advertência amigável até a condenação criminal e o fechamento da mina, eles terão motivos para trabalhar duro para corrigir as coisas e mudar as políticas para garantir que isso não aconteça novamente (BRAITHWAITE, 1985, p. 147–148).¹⁰

De toda forma, não é acurado reduzir a representação da teoria da regulação responsiva por meio das pirâmides apresentadas por Ayres e Braithwaite. Isso porque, não se trata de um conjunto de prescrições fixas e universais, tampouco a escalada e desescalada ocorrerá sempre da mesma forma. Pelo contrário, a formatação da pirâmide e a forma de atuação do regulador sempre deverá variar em função da responsividade ao regulado e à própria resposta regulatória desencadeada (AYRES; BRAITHWAITE, 1992), como abordado na seção anterior. Da mesma forma, assim como não é acurado compreender a pirâmide como um conjunto de prescrições universais, também não o é entendê-la como uma colcha de retalhos sem interdependência entre a base e o seu topo (ARANHA, 2021). Isso porque,

a teoria parte do pressuposto de que cada caso, setor, ambiente institucional, inclusive jurídico, e cultura regulatória demandarão um esforço inovador do regulador na montagem da pirâmide regulatória segundo estratégia pensada frente à estrutura da indústria regulada, às motivações que importem aos atores regulados e o efetivo comportamento dos regulados (ARANHA, 2021, p. 125).

Ou seja, é equivocado pressupor que se está avançando na aplicação da teoria da regulação responsiva se o regulador apenas prevê um conjunto de medidas regulatórias e procede com a gradação da intervenção estatal (ARANHA, 2021). Nem sempre as medidas persuasivas precederam as

¹⁰ No original: *when government is locked into one predominant regulatory strategy, it can do little to make life more difficult for industry. However, when government can and does shift between self-regulatory and command strategies, depending on how industry behaves, industry has an incentive to show good faith, indeed, to impress government by going the extra mile for safety. Similarly, shifting from an overall regulatory strategy to the means available to handle a particular violation, if operators and managers understand that there is a pyramid of punitive responses to their wrongdoing, ranging from a friendly warning to criminal conviction and closure of the mine, they will have reasons to work hard at putting things right and to change policies to ensure it won't happen again.*

medidas punitivas e vice-versa. Se todo regulado demandasse um percurso processual idêntico, não haveria necessidade para a responsividade (ARANHA, 2021). É importante que tal conjunto de medidas regulatórias, modeladas de forma piramidal, sejam aplicadas de forma responsiva pela autoridade reguladora.

No próximo capítulo, portanto, analisaremos os dispositivos da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais que se amoldam aos pressupostos e configurações da teoria da responsiva explorada neste capítulo. Identificaremos, assim, as disposições da Lei que podem possibilitar a adoção de uma modelagem regulatória responsiva por parte da Autoridade Nacional de Proteção de Dados Pessoais.

CAPÍTULO 2: A modelagem regulatória responsiva na Lei Geral de Proteção de Dados

2.1. Histórico e aprovação da LGPD e as normativas de fiscalização e processo sancionador

O processo de formulação e aprovação da LGPD tem início ainda em 2010, com a elaboração de um Anteprojeto de Lei de Proteção de Dados Pessoais (APL), sob a coordenação do Ministério da Justiça e da Cidadania, que passou por processos de debate público e de consulta popular (DONEDA, 2020). Enviado em 2016 à Câmara dos Deputados por meio de uma ação interministerial, o APL passou a tramitar na Câmara dos Deputados como o Projeto de Lei nº 5.276 de 13 de maio de 2016, sendo apensado a outra proposta que tramitava no parlamento, o Projeto de Lei nº 4.060/2012, que resultou na aprovação da Lei 13.709/2018, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais.

O RGPD europeu, de forma similar à LGPD adotou um modelo de lei geral, com o objetivo de estabelecer uma estrutura regulatória abrangente para a proteção de dados pessoais. Assim, a LGPD visa consolidar a proteção de dados como um tema central das políticas públicas, por meio da criação de instrumentos legais, mecanismos de aplicação de penalidades e um órgão administrativo responsável pela implementação e fiscalização do cumprimento da lei (DONEDA, 2018).

De forma geral, a LGPD define diretrizes para o tratamento de dados pessoais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural. Nos conceitos da Lei, a LGPD identifica pelo menos 4 sujeitos destinatário das disposições da Lei, sendo eles o titular de dados: as pessoas naturais a quem se referem os dados pessoais que são objeto de tratamento (LGPD, art. 5º, inc. V); o controlador: a pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais

(LGPD, art. 5º, inc. VI); o operador: pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador (LGPD, art. 5º, inc. VII); e o encarregado: pessoa indicada pelo controlador e operador para atuar como canal de comunicação entre o controlador, os titulares dos dados e a ANPD (LGPD, art. 5º, inc. VIII).

Além disso, a Lei visa proteger os direitos dos titulares, dispostos no capítulo III da LGPD. Ainda, o capítulo II da Lei, denominado – Do Tratamento de Dados Pessoais –, prevê uma série de requisitos a serem observados pelos agentes de tratamento – os controladores e os operadores (LGPD, art. 5º, inc. IV) – quando no exercício de suas atividades de tratamento de dados pessoais.

No que se refere à ANPD, o projeto enviado ao Congresso Nacional pelo Poder Executivo em 2016 não previa a criação de uma autoridade para supervisionar a aplicação na Lei. Apenas quando da tramitação em Comissão Especial na Câmara dos Deputados, com relatório apresentado em 2018, foi que o texto passou a prever explicitamente a criação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados, como uma autarquia federal em regime especial (DONEDA, 2020). No entanto, por considerar um vício de iniciativa a criação da Autoridade pelo parlamento, as disposições sobre a Autoridade foram vetadas do texto sancionado em 14 de agosto de 2018 pelo Poder Executivo, que apenas com a edição da Medida Provisória 869/2019 foi que a ANPD passa a existir na tecitura jurídica.

No entanto, nesse primeiro momento, o art. 55-A da LGPD, em seus parágrafos 1º e 2º, atestavam uma natureza transitória para a ANPD e estabeleceu uma espécie de gatilho, no qual, em até 2 (dois) anos da entrada em vigor da sua estrutura regimental, haveria uma avaliação acerca de uma possível conversão da Autoridade em uma entidade da administração pública federal e indireta, submetida a regime autárquico e especial vinculada à Presidência da República (DONEDA, 2020). Só em outubro de 2022, com a aprovação da Lei 14.460/2022, foi que a Autoridade passou a se constituir enquanto autarquia de natureza especial, dotada de autonomia técnica e decisória, com patrimônio próprio e com sede e foro no Distrito Federal (LGPD, art. 55-A).

Por força das disposições da LGPD, mesmo com a mudança da natureza da Autoridade, ainda foi necessária a adoção de um regulamento de processo de fiscalização, de administrativo sancionador e de metodologia de dosimetria para que as sanções administrativas previstas na Lei pudessem definitivamente serem aplicadas pela ANPD. Isso porque, art. 53 da LGPD prevê que a Autoridade Nacional definiria, por meio de regulamento próprio sobre sanções administrativas a infrações a Lei, que deveria ser objeto de consulta pública, as metodologias que orientarão o cálculo do valor-base das sanções de multa. Ou seja, foram incentivados os mecanismos de engajamento entre os atores do ecossistema regulado com a finalidade da criação conjunta de regras para a aplicação de uma das sanções.

Além disso, o parágrafo 1º do art. 53 dispõe que as metodologias para a aplicação das sanções administrativas devem ser previamente publicadas, para ciência dos agentes de tratamento, e devem apresentar objetivamente as formas e dosimetrias para o cálculo do valor-base das sanções de multa, que deveriam conter fundamentação detalhada de todos os seus elementos.

Nesse contexto, em 29 de outubro de 2021, foi publicada no Diário Oficial da União a Resolução CD/ANPD nº 1, o Regulamento do Processo de Fiscalização e do Processo Administrativo Sancionador. De acordo com esclarecimentos da ANPD, as sanções previstas na LGPD já seriam aplicáveis a fatos ocorridos após 1º de agosto de 2021 ou para delitos de natureza continuada iniciados antes de tal data.¹¹

No que se refere à fiscalização, esta compreende as atividades de monitoramento, orientação e atuação preventiva, tendo como finalidade prevenir e reprimir as infrações à LGPD. As atividades de fiscalização priorizaram, portanto, uma atuação baseada em evidências e risco regulatório. Quanto ao processo administrativo sancionador, este se destina à apuração de infrações à legislação de proteção de dados de competência da ANPD e poderá ser instaurado de ofício, em decorrência da atividade de monitoramento

¹¹ ANPD. **Sanções Administrativas:** o que muda após 1º de agosto de 2021?. ANPD, 29/07/2021. Disponível em: <https://www.gov.br/anpd/pt-br/assuntos/noticias/sancoes-administrativas-o-que-muda-apos-1o-de-agosto-de-2021>. Acesso em: 29 de out. 2021.

ou diante requerimentos como petição do titular de dados e denúncia. Nesse contexto, a Coordenação-Geral de Fiscalização fica responsável por monitorar o cumprimento da LGPD, receber denúncias, aplicar as sanções e acompanhar o cumprimento das decisões. Já o Conselho Diretor da ANPD ficará responsável pela apreciação dos recursos administrativos.

Mesmo com a publicação do regulamento sobre o processo de fiscalização e administrativo sancionador, ainda restava à Autoridade a publicação do Regulamento de Dosimetria e Aplicação de Sanções Administrativas, que ocorreu no dia 27 de fevereiro de 2023, com a Resolução CD/ANPD Nº 4, requisito, orientado pelo art. 53 da LGPD, para a aplicação de multas pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados.

Portanto, após a referida publicação do Regulamento de Dosimetria e Aplicação de Sanções é que na prática a ANPD pode dispor de todos os instrumentos previstos na LGPD para cumprir com as suas competências, notadamente a aplicação de sanções.

Assim, como visto no capítulo anterior, pelo fato da teoria da regulação responsiva considerar imprescindível a interrelação entre as capacidades de persuasão e punição dos reguladores, é impraticável avaliar a adoção de uma modelagem regulatória responsiva pela ANPD. Por isso, este trabalho restringe-se a analisar os elementos da teoria da regulação responsiva nos dispositivos da LGPD, de forma a identificar se a Lei possibilitará que a ANPD adote a regulação responsiva. É o que veremos na seção seguinte.

2.2. LGPD e a regulação responsiva

Nesta sessão, passa-se a analisar os dispositivos previstos na LGPD que poderão compreender o todo de uma modelagem regulatória responsiva a ser adotado pela ANPD.

Em primeiro lugar, cabe destacar o caráter principiológico adotado pela LGPD (DONEDA, 2018), que demanda uma atuação proativa dos regulados no cumprimento da Lei, o que se distancia dos modelos tradicionais de regulação estatal baseada no comando e controle. Dessa forma, como os dispositivos mais prescritivos da LGPD acabam não abarcando todas as nuances das complexas atividades de tratamento de dados pessoais, a carga principiológica da Lei acaba delegando aos agentes de tratamento a necessidade de interpretar esses comandos prescritivos limitados à luz da principiologia da Lei.

O art. 6º da LGPD dispõe sobre os seguintes princípios:

- (i) a finalidade, no qual os agentes de tratamento são demandados a realizar o tratamento de dados para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades;
- (ii) a adequação, que prescreve a necessidade de compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento;
- (iii) a necessidade, que impõe a limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados;
- (iv) o livre acesso, que garante, aos titulares, a consulta facilitada e gratuita sobre a forma e a duração do tratamento, bem como sobre a integralidade de seus dados pessoais;
- (v) a qualidade dos dados, que visa garantir, aos titulares, a exatidão, a clareza, a relevância e a atualização dos dados, de acordo com a necessidade e para o cumprimento da finalidade de seu tratamento;
- (vi) a transparência, que garante, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento;

- (vii) a segurança, impondo a utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão;
- (viii) a prevenção, relacionado à adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais;
- (ix) a não discriminação, de forma a impossibilitar a realização do tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos; e
- (x) a responsabilização e prestação de contas, que impõe a demonstração, pelo agente, da adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e, inclusive, da eficácia dessas medidas.

Dentre esse robusto rol de princípios, destacam-se, para os fins deste trabalho, o da prevenção e o da responsabilização e prestação de contas. Observa-se que para além dos dispositivos mais prescritivos de comando e controle, como as obrigações específicas de atendimento aos direitos dos titulares, a previsão de tais princípios impõe a adoção, por parte dos regulados, de práticas ativas para prevenir o descumprimento da Lei, devendo esses agentes serem possíveis de comprovar a adoção de tais práticas.

Para além do princípio da responsabilização e prestação de contas, a LGPD também contempla dispositivos mais prescritivos no que se refere à obrigação dos agentes de tratamento de comprovarem o cumprimento da LGPD e de prevenirem a ocorrência de danos. A título de exemplo, o art. 37 da Lei dispõe sobre a obrigatoriedade do controlador e do operador de manterem o registro das operações de tratamento de dados que realizarem. Além disso, o art. 38 prevê que a ANPD pode determinar que o controlador elabore relatório de impacto à proteção de dados pessoais.

Além dos princípios, a LGPD, em seu capítulo VII – Da Segurança e Das Boas Práticas –, também dispõe sobre normas que incentivam a

autorregulação e a adoção de procedimentos internos relacionados à segurança dos dados para prevenir violações à Lei.

Nesse sentido, o art. 46 da Lei dispõem que os agentes de tratamento devem adotar medidas de segurança, técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou qualquer forma de tratamento inadequado ou ilícito. Além disso, o parágrafo 1º do mesmo art. 47, indica a Autoridade Nacional de Proteção de Dados como o órgão competente para dispor sobre padrões técnicos mínimos para tornar aplicável as medidas de segurança, técnicas e administrativas. Para dispor sobre esses padrões mínimos, a ANPD deverá observar, dentre outros aspectos, a natureza das informações tratadas, as características específicas do tratamento e o estado atual da tecnologia (art. 46, §1º). Assim, para além da Lei prever medidas que impõem a internalização, por parte das empresas, de regras de segurança de dados, a LGPD também indica que a ANPD tem competência para interferir no estabelecimento de padrões a serem observados pelos agentes de tratamento.

Para além das medidas de segurança, a LGPD também prevê dispositivos relacionados a autorregulação dos setores regulados por meio do incentivo a adoção regras de boas práticas e de governança. Tais dispositivos englobam não apenas as atividades de tratamento de dados realizada pelo setor privado, como também o tratamento de dados realização pelo setor público.

Quanto à adoção de boas práticas para o setor público, o art. 32 da Lei dispõe que a Autoridade Nacional de Proteção de Dados Pessoais poderá sugerir aos agentes do Poder Público a adoção de padrões de boas práticas para o tratamento de dados realizados pelo setor.

Além disso, a Seção II, do Capítulo VII, denominada como – Das Boas Práticas e da Governança –, trás previsões mais amplas sobre o tema. O art. 50 da LGPD dispõe, por exemplo, que os controladores e operadores, individualmente ou por meio de associações, poderão formular regras de boas

práticas e de governança. O dispositivo prevê um rol de possibilidades de objetos para tais regras, como

- (i) as condições de organização da empresa ou do setor;
- (ii) o seu regime de funcionamento;
- (iii) os procedimentos para, dentre outros, as reclamações e petições de titulares;
- (iv) as normas de segurança;
- (v) os padrões técnicos;
- (vi) as obrigações específicas para os diversos envolvidos no tratamento;
- (vii) as ações educativas; e
- (viii) mecanismos internos de supervisão e de mitigação de riscos.

Esse rol de possibilidades de objetos a serem versados nas regras de boas práticas e de governança é apenas exemplificativo, já que é sempre incentivado que os regulados ampliem e aprimorem os mecanismos setoriais e internos de conformidade à Lei.

No entanto, mesmo que a LGPD contenha disposições específicas relacionados a autorregulações dos setores afetados, essas previsões não são robustas como em outros marcos regulatórios em vigor no mundo. O próprio RGPD, a título de exemplo, prevê que os Códigos de Conduta sejam homologados pelas autoridades de controle, o que pode conferir um nível mais amplificado de legitimidade aos poderes de autorregulação e autorregulação regulada.

Para além dos dispositivos relacionados aos princípios e o incentivo para a autorregulação, as disposições da LGPD referentes às sanções administrativas também apresentam importantes características relacionadas ao escopo deste trabalho. De forma geral, é possível destacar que o regulador, ao prever as sanções na LGPD, o fez a partir de uma concepção de escalonamento, que ocorre de acordo com as características do caso concreto e que tomam em consideração as medidas de conformidade adotada pelo agentes de tratamento.

De forma específica, as sanções previstas na LGPD vão desde advertência, com a indicação de prazo para a adoção de medidas corretivas (LGPD, art. 52, inc. I); previsão de multas de até 2% (dois por cento) do faturamento da empresa, que poderão chegar ao limite de 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais) por infração (LGPD, art. 52, inc. II); até a proibição total do exercício das atividades de relacionadas ao tratamento de dados (LGPD, art. 52, inc. XII), que pode representar a impossibilidade de prosseguimento das atividades da empresa. Ou seja, no topo da pirâmide regulatória a ser adota pela ANPD, onde se encontram as sanções, constata-se que de fato a Autoridade possuirá um relevante poder de sanção a ser apresentado para reforçar as medidas de persuasão em sua base, como sugere a teoria da regulação responsiva (AYRES; BRAITHWAITE, 1992).

Outras sanções são ainda previstas pela Lei, como (i) multa diária, (ii) publicização da infração, (iii) bloqueio dos dados pessoais, (iv) eliminação dos dados pessoais, (v) suspensão parcial do funcionamento do banco de dados e (vi) suspensão do exercício da atividade de tratamento dos dados pessoais (LGPD, art. 52, incs. III ao IX).

É importante destacar que o parágrafo 1º do art. 52 da LGPD prevê que a aplicação de tais sanções deve ocorrer após procedimento administrativo, de forma gradativa e de acordo com as peculiaridades do caso concreto, devendo ser considerados alguns parâmetros, quais sejam:

- (i) a gravidade e a natureza das infrações e dos direitos pessoais afetados;
- (ii) a boa-fé do infrator;
- (iii) a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator;
- (iv) a condição econômica;
- (v) a reincidência;
- (vi) o grau do dano;
- (vii) a cooperação do infrator;
- (viii) a adoção reiterada e demonstrada de mecanismos e procedimentos internos capazes de minimizar o dano, voltados ao tratamento seguro e adequado de dados;

- (ix) a adoção de política de boas práticas e governança;
- (x) a pronta adoção de medidas corretivas; e
- (xi) a proporcionalidade entre a gravidade da falta e a intensidade da sanção.

Ainda, o parágrafo 6º do mesmo art. 52, prevê que as sanções de suspensão parcial do funcionamento do banco de dados, suspensão do exercício da atividade de tratamento de dados e proibição parcial ou total do exercício de atividades relacionadas ao tratamento de dados pessoais só poderão ocorrer se a Autoridade já tiver imposto pelo menos uma das demais sanções, com exceção da advertência. Por fim, o art. 54 da Lei prevê que o valor da sanção de multa também deverá observar alguns critérios, como a gravidade da falta ou a extensão do dano ou prejuízo causado.

Assim, nos dispositivos referentes às sanções na Lei, é possível identificar alguns dos pressupostos da teoria da regulação responsiva abordados em mais detalhes no capítulo anterior. Nota-se, claramente, a natureza escalonável das sanções e a necessidade de avaliação, por exemplo, da boa-fé do regulado, além da cooperação do infrator e da adoção de mecanismos e procedimentos internos de governança para a mitigação dos danos. Assevera-se, no entanto, que adoção de tais elementos de responsividade na aplicação das multas por si só não configuram a adoção de uma regulação responsiva, já que esses elementos devem estar presentes e serem adotados de uma forma global e consistente a todas as estratégias regulatórias utilizada pela Autoridade (ARANHA, 2021).

Por fim, cabe uma análise das próprias competências impostas à ANPD pela LGPD. A avaliação dos poderes da autoridade de controle é importante nesse contexto porque ajuda a identificar as possibilidades e entraves na adoção de um efetivo modelo de regulação responsiva, já que, por exemplo, se a autoridade tiver apenas poderes sancionatórios, com poucas ou nenhuma possibilidade de atuar em camadas mais basilares de uma pirâmide regulatória, os pressupostos da teoria de Ayres e Braithwaite não seriam constatados *a priori* (AYRES; BRAITHWAITE, 1992). Nesse sentido, o art. 55-

J da LGPD dispõe de um amplo rol de competências da ANPD ,que podem refletir na possibilidade de uma atuação responsiva por parte da Autoridade.

Para fins de análise da LGPD à luz da teoria da regulação responsiva, possivelmente a competência dada a ANPD de elaborar as diretrizes para a Política Nacional de Proteção de Dados Pessoais e Privacidade seja a mais significativa (art. 55-J, inc. III). Isso porque, essa política poderá ser desenhada de forma abrangente em termos de possibilidades para a regulamentação do arcabouço normativo de proteção de dados no país. Inclusive, a forma de construção da Política, se feita, por exemplo, com forte participação social e dos demais setores da sociedade, dará legitimidade e adesão para sua efetiva implementação.

Para além da competência de elaborar as diretrizes para a Política Nacional, o art. 55-J da Lei também indicam competências da Autoridade que se voltam mais para as estratégias regulatórias de persuasão, já que são mecanismos colaborativos e de instrução de tendências. Dentre essas competências, destacam-se:

- (i) a promoção, na população, de conhecimento das normas e das políticas públicas sobre proteção de dados pessoais e das medidas de segurança (LGPD, art. 55-J, inc. VI);
- (ii) o estímulo à adoção de padrões para serviços e produtos que facilitem o exercício de controle dos titulares sobre seus dados pessoais (LGPD, art. 55-J, inc. VIII);
- (iii) a edição de regulamentos e procedimentos sobre proteção de dados pessoais e privacidade, bem como sobre relatórios de impacto à proteção de dados pessoais para os casos em que o tratamento representar alto risco à garantia dos princípios gerais de proteção de dados pessoais previstos na Lei (LGPD, art. 55-J, inc. XIII);
- (iv) a oitiva dos agentes de tratamento e da sociedade em matérias de interesse relevante e a prestação de contas sobre suas atividades e planejamento (LGPD, art. 55-J, inc. XIV);

- (v) a celebração, a qualquer momento, de compromisso com agentes de tratamento para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa no âmbito de processos administrativos (LGPD, art. 55-J, inc. XVII); e
- (vi) a edição de normas, orientações e procedimentos simplificados e diferenciados, inclusive quanto aos prazos, para microempresas e empresas de pequeno porte (LGPD, art. 55-J, inc. XVIII).

Assim, observa-se que longe de prever apenas uma competência sancionatória, a LGPD dispõe sobre amplo rol de competências a serem exercidas pela ANPD na regulamentação da disciplina da proteção de dados. Como destacamos anteriormente, apenas com a avaliação de como na prática a ANPD exercerá as suas competência é que realmente será possível identificar ou não a aplicação da teoria da regulação responsiva. Isso porque, como observam Ayres e Braithwaite (1992), não há, na teoria da regulação responsiva, uma prescrição estática de estratégias e respostas regulatórias a serem aplicadas em abstrato. Pelo contrário, um dos principais elementos da teoria é justamente a responsividade do regulador aos regulados e às próprias estratégias e respostas regulatórias aplicadas, que deveram ser identificadas a partir do caso concreto (AYRES; BRAITHWAITE, 1992).

Além das competências da ANPD, a LGPD também prescreve que a Autoridade, no exercício de suas funções, deve observar a exigência de mínima intervenção na aplicação de condicionantes administrativas ao tratamento de dados pessoais (LGPD, art. 55-J, §1º). Ainda, os regulamentos e as normas editados pela ANPD devem ser precedidos de consulta e audiência públicas, bem como de análises de impacto regulatório (LGPD, art. 55-J, §2º). Ademais, a ANPD ainda deverá atuar em conjunto com outros órgãos e entidades públicas responsáveis pela regulação de setores específicos da atividade econômica e governamental para coordenar suas atividades, nas correspondentes esferas de atuação, de forma que seja assegurado o cumprimento de suas atribuições com a maior eficiência e promovido o adequado funcionamento dos setores regulados (LGPD, art. 55-J, §3º).

Por fim, a LGPD prevê ainda a criação de um Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade (CNPD), um órgão de composição multissetorial que funciona como um braço consultivo da ANPD. Dentre as competências do CNPD, o art. 58-B da Lei dispõe que o órgão deverá propor diretrizes estratégicas e fornecer subsídios para a elaboração da Política Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade, que se beneficiará de sua composição multissetorial para aprimorar a política. Além disso, ao conselho também incumbe as tarefas de (i) sugerir ações a serem realizadas pela ANPD, (iv) elaborar estudos e realizar debates e audiências públicas sobre a proteção de dados pessoais e da privacidade, e (iii) disseminar o conhecimento sobre a proteção de dados pessoais e da privacidade à população (art. 58-B).

CONCLUSÃO

Em conclusão, este trabalho teve como objetivo analisar a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) à luz da teoria da Regulação Responsiva apresentada por Ian Ayres e John Braithwaite. Reconhecendo a importância de identificar e mapear as capacidades regulatórias relacionadas à proteção de dados no Brasil, o estudo buscou delimitar as congruências entre a lei e o modelo regulatório, visando compreender as possibilidades e limitações da atuação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) por meio de uma abordagem regulatória responsiva.

A teoria da regulação responsiva foi escolhida como paradigma devido aos indícios fornecidos pela própria Autoridade de que adotará essa modelagem regulatória. Além disso, a teoria da regulação responsiva, ao transcender os debates entre regulação e desregulação, oferece um novo paradigma de regulamentação que busca conciliar visões aparentemente antagônicas.

O trabalho procurou responder à pergunta sobre a receptividade de uma modelagem regulatória responsiva na LGPD, identificando os principais pressupostos da teoria da regulação responsiva, analisando sua responsividade e observando como esses pressupostos são ilustrados na pirâmide regulatória proposta no paradigma da teoria. Por meio de uma análise sistêmica da LGPD, foram identificadas as possibilidades de adoção e aplicação da teoria no sistema normativo brasileiro de proteção de dados pessoais.

O primeiro capítulo aprofundou a análise da teoria da regulação responsiva, compreendendo sua inserção em um contexto mais amplo de teorias regulatórias. Foram exploradas a proposta de transcender o debate entre regulação e desregulação e a complementaridade das estratégias de punição e persuasão na atuação do regulador. A ilustração dos pressupostos da teoria foi realizada por meio do modelo da pirâmide de escalada das estratégias regulatórias.

No segundo capítulo, foi apresentado um breve histórico da aprovação da LGPD, destacando o processo de criação da ANPD e a possibilidade de aplicação de sanções administrativas. A estrutura da Lei foi analisada globalmente, seguida de um mapeamento e análise dos dispositivos que indicam a possibilidade de uma atuação responsiva da ANPD.

A hipótese do trabalho foi confirmada, no sentido de que a LGPD prevê dispositivos que permitem a adoção de uma modelagem regulatória responsiva para a proteção de dados no país. Embora a Lei ainda apresente um forte componente de comando e controle, com uma tímida previsão de dispositivos relacionados à autorregulação dos setores regulados, ela confere amplas competências à ANPD. No entanto, a constatação da adoção efetiva de uma modelagem regulatória responsiva dependerá da avaliação da atuação concreta da ANPD quando todos os seus poderes, incluindo os sancionatórios, estiverem plenamente em vigor.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANPD. **Relatório de Análise de Impacto Regulatório: construção do modelo de atuação fiscalizatória da ANPD para zelar, implementar e fiscalizar o cumprimento da lei geral de proteção de dados pessoais.** ANPD, 2021.

ARANHA, M. I. **Manual de Direito Regulatório: Fundamentos de Direito Regulatório.** 6. ed. London : Laccademia Publishing, 2021.

AYRES, I.; BRAITHWAITE, J. **Responsive regulation: transcending the deregulation debate.** New York: Oxford University Press, 1992.

BALDWIN, R.; BLACK, J. **Really Responsive Regulation.** LSE Law, Society and Economy Working Papers, v. 15, p. 1–49, 2007.

BIONI, B. **Proteção de Dados Pessoais: A função e os Limites do Consentimento.** Forense, 2019.

BRAITHWAITE, J. **To punish or persuade: enforcement of coal mine safety.** Albany: State University of New York Press, 1985.

_____. **Responsive regulation and developing economies.** World Development, v. 34, n. 5, p. 884–898, maio 2006.

BRASIL. Medida Provisória nº 869, de 27 de dezembro de 2018. **Altera a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, para dispor sobre a proteção de dados pessoais e para criar a Autoridade Nacional de Proteção de Dados, e dá outras providências.** Brasil, 2018.

BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD).** Brasil, 2018.

CASTELLS, M. **A sociedade em rede.** 11. ed ed. São Paulo: Paz e Terra, 2008.

CASTELLS, M.; CARDOSO, GUSTAVO (EDS.). **The network society: from knowledge to policy.** Washington, DC: Johns Hopkins Center for Transatlantic Relations, 2006.

CEDIS-IDP/CIPL. **The Role of the Brazilian Data Protection Authority (ANPD) under Brazil's New Data Protection Law (LGPD).** CEDIS-IDP/CIPL, 2020.

DONEDA, D. **Da privacidade à proteção de dados pessoais: fundamentos da Lei Geral de Proteção de Dados**. 2a edição revista e atualizada ed. São Paulo, SP, Brasil: Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, 2020.

GUNNINGHAM, N.; GRABOSKY, P. N.; SINCLAIR, D. **Smart regulation: designing environmental policy**. Oxford: New York: Clarendon Press; Oxford University Press, 1998.

HIJMANS, H. **The European Union as guardian of internet privacy**. New York, NY: Springer Berlin Heidelberg, 2016.

HIJMANS, H. **How to Enforce the GDPR in a Strategic, Consistent and Ethical Manner?** *European Data Protection Law Review*, v. 4, n. 1, p. 80–84, 2018.

HODGES, C. **Delivering Data Protection**. *European Data Protection Law Review*, v. 4, n. 1, p. 65–79, 2018.

KOLIEB, J. **When to Punish, When to Persuade and When to Reward: Strengthening Responsive Regulation with the Regulatory Diamond**. *Monash University Law Review*, v. 41, n. 1, p. 136–162, 2015.

NONET, P.; SELZNICK, P. **Law & society in transition: toward responsive law**. London: Routledge, 2017.

RODOTÀ, S. **A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

UNIÃO EUROPEIA. **Regulação (EU) 2016/79 do Parlamento Europeu e do Conselho Europeu de 27 de abril de 2016 relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados)**.

ZUBOFF, S. **The age of surveillance capitalism: the fight for a human future at the new frontier of power**. First edition ed. New York: PublicAffairs, 2019.