

As formas de autorregulação na LGPD a partir da regulação responsiva

The forms of self-regulation in the LGPD from the perspective of responsive regulation

Submetido(submitted): 13 May 2021

Parecer(revised): 20 May 2021

Aceito(accepted): 1st October 2021

Isabela Maria Rosal Santos*

<https://orcid.org/0000-0003-1604-7105>

Artigo submetido à revisão cega por pares (Article submitted to peer blind review)

Licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International

Abstract

[Purpose] To evaluate the role of codes of conduct and rules of good practice provided by the General Data Protection Law (LGPD - Law No. 13,709/2018), from the perspective of Theory of Responsive Regulation, focused on the work developed by Ian Ayres and John Braithwaite, understanding their roles in the development of the regulatory system of personal data.

[Methodology/approach/design] Bibliographic survey on the Theory of Responsive Regulation and on the use of codes of conduct and guidelines of good practices in the governance of personal data. Based on this, verify whether this form of self-regulation meets the criteria and principles of the responsive model.

[Findings] Based on the approach adopted, it was possible to identify that the adoption of codes of conduct and rules of good practice by the regulated parties and the approval of these documents by the National Data Protection Authority are in accordance with the responsive model.

Keywords: Codes of conduct. Guidelines of best practice. LGPD. Self-regulation. Responsive regulation.

Resumo

[Propósito] Avaliar o papel dos códigos de conduta e regras de boas práticas previstos na Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD – Lei nº 13.709/2018), a partir da Teoria da Regulação Responsiva, a partir da obra de Ian Ayres e John Braithwaite, compreendendo seus papéis no desenvolvimento do sistema regulatório de dados pessoais.

*Isabela Maria Rosal Santos é mestranda em Direito pela Universidade de Brasília, graduada em Direito pela mesma instituição. É advogada especialista em privacidade e atua como coordenadora de projetos do Centro de Direito, Internet e Sociedade (CEDIS-IDP). Foi assessora no Tribunal do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e coordenadora da área de governança de dados e economia digital do Laboratório de Políticas Públicas e Internet (LAPIN). E-mail: isabelamrosal@gmail.com.

[Metodologia/abordagem/design] Levantamento bibliográfico sobre a Teoria da Regulação Responsiva e sobre o uso de códigos de conduta e guias de boas práticas na governança de dados pessoais. A partir disso, verificar se essa forma de autorregulação atende aos critérios e princípios do modelo responsivo.

[Resultados] A partir da abordagem adotada, restou confirmada que a adoção de códigos de conduta e regras de boas práticas por parte dos regulados e a homologação desses documentos pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados estão de acordo com o modelo responsivo.

Palavras-chave: Códigos de conduta. Guias de boas práticas. LGPD. Autorregulação. Regulação responsiva.

INTRODUÇÃO

A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei nº 13.709/2018 – LGPD) foi promulgada após mais de oito anos de debates e duas audiências públicas (MENDES; DONEDA, 2018a) e surge em um contexto de sociedade movida a dados (ZUBOFF, 2019), em que o tratamento dessas informações é essencial ao desenvolvimento econômico e das atividades públicas (RODOTÀ, 2008). Por isso, foi adotado esse modelo generalista, aplicável tanto ao setor público quanto ao privado para garantir maior controle dos indivíduos sobre os seus dados, segurança da informação e a não discriminação (MENDES, 2019).

A regulação se assemelha bastante a outros modelos internacionais adotados, inclusive na busca por participação da sociedade no processo de regulação. Por essa razão a Lei tem caráter bastante principiológico (BENNETT; RAAB, 2018) e voltado para a adequação e boas práticas, fugindo do modelo tradicional de regulação de comando e controle.

Por isso, é possível falar que a LGPD adotou formatos coerentes à teoria da regulação responsiva, nos moldes apresentados por AYRES E BRAITHWAITE. Diante disso, a primeira parte do trabalho buscará apresentar essas características responsivas adotadas pela norma, demonstrando como as boas práticas e a governança são a base da pirâmide regulatória criada para o ecossistema de proteção de dados.

Em seguida, passaremos à análise dos Códigos de Conduta e de Boas Práticas¹, mecanismos de autorregulação adotados pela LGPD. Esse momento exploratório buscará identificar as diferenças do modelo brasileiro para o europeu, que adota formato de correção, e apresentar as características que

¹Ao longo do texto, Código, Código de Conduta e Código de Boas Práticas serão utilizados como sinônimos, abrangendo todas essas variações do instrumento regulatório.

comprovam que esse instrumento é um dos elementos responsivos adotados pela norma geral brasileira.

A TEORIA DA REGULAÇÃO RESPONSIVA ADOTADA PELA LGPD

A Teoria da Regulação Responsiva surge como desenvolvimento do padrão tradicional regulatório de comando e controle entre o Estado e o administrado, creditando maior efetividade a mecanismos de autorregulação. Esses instrumentos devem ser compreendidos e analisados a partir da ideia de que as organizações privadas irão explorar os privilégios da possibilidade da criação das suas próprias normas regulatórias, então o escalonamento regulatório deve compreender essa tática industrial, apresentando formas de intervenção Estatal nas camadas mais rígidas das estratégias regulatórias (AYRES; BRAITHWAITE, 1992).

Para tanto, é proposto o modelo escalonado de regulações, representado por uma pirâmide, que pode apresentar diversos recortes. Existe certa discricionariedade na definição das camadas da pirâmide regulatória. Utilizamos, no presente trabalho, para ilustrar o papel dos Códigos de Conduta previstos na LGPD, a pirâmide de estratégias apresentada por AYRES e BRAITHWAITE em sua obra paradigmática sobre o tema, *Reponsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate*. Essa dá protagonismo à forma passiva de autorregulação, com a adoção de formas autorregulatórias com sanções na camada superior, seguida por comandos regulatórios com sanções discricionárias e por fim, em situações excepcionais, no topo da pirâmide, a utilização de sanções tradicionais não-discricionárias (AYRES; BRAITHWAITE, 1992).

Esse modelo regulatório pode ser ainda mais efetivo em situações em que há a conjugação de organizações para a criação de uma norma autorregulatória, dando mais poder e significância a esse instrumento, indo além da lógica de uma única organização se gerindo (AYRES; BRAITHWAITE, 1992).

Dessa forma, percebe-se que a Teoria Responsiva se preocupa em dar voz ativa ao próprio sujeito objeto da regulação. E essa foi uma movimentação adotada ao longo de todo o processo da criação da LGPD, que contou com a participação de diversos atores na definição das regras dessa arquitetura de proteção de dados desde a discussão do anteprojeto de lei que deu origem ao marco legal. O papel dos agentes não-Estatais foi tão relevante, que impactou definições essenciais da LGPD, inclusive as bases legais adotadas (INTERNETLAB, 2016).

Esses mecanismos participativos continuam após a entrada em vigor da LGPD, com a Autoridade Nacional de Proteção de Dados - ANPD² - abrindo espaços de diálogo e contribuição da sociedade para as normas complementares que serão criadas por ela e com a divulgação da agenda regulatória dos próximos anos adotada pela Autoridade³.

As características responsivas também são observadas em vários pontos ao longo do próprio texto da LGPD. Destaca-se a previsão escalonada das sanções aplicáveis pelo descumprimento da lei, indo de advertência até multa de até 2% (dois por cento) do faturamento da empresa, limitada a R\$50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais).

Mas o modelo responsivo é adotado em momentos anteriores ao sancionatório, pensando na adequação à LGPD, inclusive na necessidade da indicação de encarregado (*data protection officer* – DPO)⁴ e na possibilidade de adoção de regras de boas práticas e de governança, que será melhor explorado a seguir (GARCIA, 2020). As atribuições do encarregado demonstram uma atividade direta do regulado frente ao órgão regulatório, uma vez que as próprias atribuições do cargo demonstram a participação efetiva no controle e fiscalização da LGPD (CEDIS-IDP; CIPL, 2021)

As medidas responsivas podem ser o modelo mais efetivo e adequado para a regulação do sistema de proteção de dados brasileiro. Isso porque é necessário que o regulado cumpra as regras de proteção de dados de forma voluntária (FILHO, 2020), a fim de evitar qualquer incidente de segurança, porque, uma vez existente tal incidente, é muito difícil mitigar os danos do evento, havendo comparações com os acidentes ambientais. Inclusive, um dos

²A própria estrutura da ANPD corrobora esse modelo responsivo. O ecossistema de proteção de dados brasileiro contará com o Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais, composto por representantes de diversas áreas do governo, da sociedade civil, da indústria, da academia e de entidades representativas. Esse órgão atuará ao lado da ANPD, propondo diretrizes e ações além de disseminar o conhecimento sobre a proteção de dados pessoais, conforme os artigos 58-A e 58-B da LGPD.

³Até o presente momento, setembro de 2021, foram abertas duas Tomadas de Subsídio pela ANPD: uma sobre o tratamento diferenciado para agentes de tratamento de pequeno porte e outra sobre notificação de incidentes de segurança. Também foram abertas audiências públicas para debater a proposta de norma de aplicação da LPD para microempresas e empresas de pequeno porte e sobre a norma de fiscalização e aplicação de sanção. A agenda regulatória disponibilizada trata dos tópicos a serem explorados pela ANPD no biênio 2021-2022, conforme a Portaria nº 11, de 27 de Janeiro de 2021, publicada no Diário Oficial da União em 28/01/2021, edição 19, seção 1, página 3.

⁴Art. 5º, VIII, da LGPD: encarregado: pessoa indicada pelo controlador e operador para atuar como canal de comunicação entre o controlador, os titulares dos dados e a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD).

princípios gerais trazidos pela LGPD é justamente a prevenção⁵, que garante essa ideia de se buscar o não acontecimento de qualquer incidente (CARVALHO; MATTIUZZO; PONCE, 2021).

Essas previsões dão grande autonomia às empresas, prezando pela construção de modelos de governança empresariais, que exige a internalização de custos de fiscalização, conscientização e adequação às normas impostas. Isso exige várias atividades de prevenção por parte das organizações, que acabam adotando sistemas de governança internos cada dia mais complexos e burocráticos a fim de tentar estabelecer controle sobre toda a sua organização (DOWBOR, 2018).

Para efetivar tal modelo preventivo que depende da atuação dos regulados, a LGPD propõe várias medidas de autorregulação para os agentes de tratamento de dados, com a possível aplicação de sanções somente em momento posterior.

IRAMINA apresenta a pirâmide de constrangimento da LGPD, que apresenta como base de todo o modelo regulatório as boas práticas e mecanismos de governança (IRAMINA, 2020):

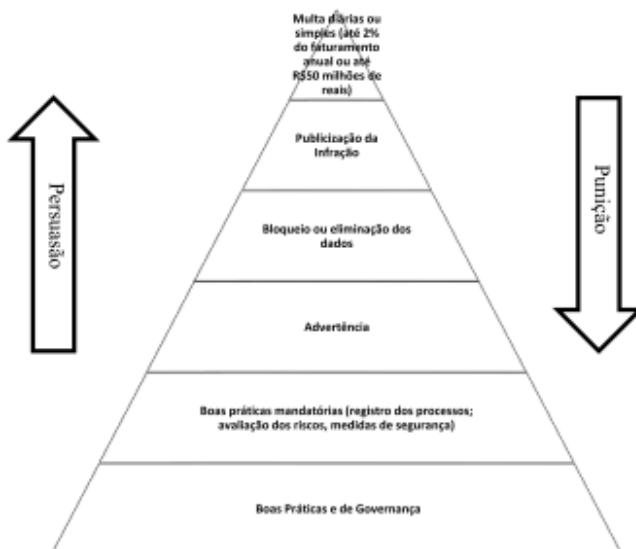


Figura 1 – Pirâmide de Constrangimento da LGPD (IRAMINA, 2020)

⁵Art. 6º, VIII, da LGPD: prevenção: adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais.

Então, a base de toda a lógica de proteção de dados criada pela LGPD é justamente a adoção de regras de boas práticas e de governança, instrumento principal de modelo de autorregulação na LGPD. Esses mecanismos são muito importantes para setores tecnológicos movidos a dados, uma vez que existe uma dificuldade em atualizar as regulações aplicáveis à realidade do setor. Assim, modelos de autorregulação são fundamentais na sociedade da informação, em que a coleta e o tratamento de dados criam novas formas de poder (RODOTÀ, 2008). A partir disso, a Lei apresenta mecanismos para garantir o efetivo *compliance*, adequação às regras impostas, com o escalonamento de sanções.

OS CÓDIGOS DE BOAS PRÁTICAS NA LEGISLAÇÃO DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

A LGPD foi criada com grande influência do Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD), norma europeia sobre o tema. Isso fica explicitado a partir do modelo de proibição *ex ante* do tratamento de dados, em que o processamento de informações só poderá ser realizado se justificado a partir de alguma das bases legais previstas (MENDES; DONEDA, 2018b) ou pelo caráter principiológico da lei (BENNETT; RAAB, 2018). Mas a influência europeia não se esgota nesse ponto, a previsão de autoridade especializada também tem influência da experiência europeia, assim como a adoção de guias de boas práticas e de condutas.

O RGPD traz previsões sobre os códigos de conduta em seus artigos 40⁶ e 41⁷. Esse traz regras específicas sobre o monitoramento de códigos de

⁶Art. 40 (1) Os Estados-Membros, as autoridades de controlo, o Comité e a Comissão promovem a elaboração de códigos de conduta destinados a contribuir para a correta aplicação do presente regulamento, tendo em conta as características dos diferentes setores de tratamento e as necessidades específicas das micro, pequenas e médias empresas. (2) As associações e outros organismos representantes de categorias de responsáveis pelo tratamento ou de subcontratantes podem elaborar códigos de conduta, alterar ou aditar a esses códigos, a fim de especificar a aplicação do presente regulamento, como por exemplo (...) (3) Além dos responsáveis pelo tratamento ou dos subcontratantes sujeitos ao presente regulamento, também os responsáveis pelo tratamento ou subcontratantes que não estão sujeitos ao presente regulamento por força do artigo 3º podem cumprir códigos de conduta aprovados em conformidade com o nº 5 do presente artigo e de aplicabilidade geral por força do nº 9 do presente artigo, de modo a fornecer garantias apropriadas no quadro das transferências dos dados pessoais para países terceiros ou organizações internacionais nos termos referidos no artigo 46, nº 2, alínea e). Os responsáveis pelo tratamento ou os subcontratantes assumem compromissos vinculativos e com força executiva, por meio de instrumentos contratuais ou de outros instrumentos juridicamente vinculativos, no sentido de aplicar as garantias apropriadas, inclusivamente em relação aos direitos dos titulares dos dados. (4) Os códigos de conduta referidos no nº 2 do presente artigo devem prever procedimentos que permitam ao organismo referido no artigo 41.o, no 1, efetuar a supervisão obrigatória do cumprimento das suas disposições por parte dos responsáveis pelo tratamento ou subcontratantes que se comprometam a aplicá-lo, sem prejuízo das funções e competências das autoridades de controlo competentes por força do artigo 55 ou 56. (5) As associações e outros organismos a que se refere o nº 2 do presente artigo que tencionem elaborar um código de conduta, ou alterar ou aditar a um código existente, apresentam o projeto de código, a alteração ou o aditamento à autoridade de controlo que é competente por força do artigo 55.o. A autoridade de controlo emite um parecer sobre a conformidade do projeto de código de conduta ou da alteração ou do aditamento com o presente regulamento e aprova este projeto, esta alteração ou este aditamento se determinar que são previstas garantias apropriadas suficientes. (6) Se o código de conduta, ou a alteração ou o aditamento for aprovado nos termos do nº 5, e se o código de conduta em causa não estiver relacionado com atividades de tratamento realizadas em vários Estados-Membros, a autoridade de controlo regista e publica o código. (7) Se o projeto do código de conduta estiver relacionado com atividades de tratamento realizadas em vários Estados-Membros, a autoridade de controlo competente nos termos do artigo 55.o, antes da aprovação, apresenta o projeto do código, a alteração ou o aditamento, pelo procedimento referido no artigo 63.o, ao Comité, que emite um parecer sobre a conformidade do projeto de código de conduta, ou da alteração ou do aditamento, com o presente regulamento, ou, na situação referida no nº 3 do presente artigo, sobre a previsão de garantias adequadas; (8) Se o parecer a que se refere o nº 7 confirmar que o projeto do código de conduta, ou a alteração ou o aditamento, está conforme com o presente regulamento ou, na situação

conduta aprovados, que pode ser feito por entidade com apropriado nível de *expertise* em relação à matéria tratada; esse procedimento pode ser atribuído, inclusive, a organizações privadas, o que demonstra o profundo relacionamento

referida no no 3, prevê garantias adequadas, o Comitê apresenta o seu parecer à Comissão. (9) A Comissão pode, através de atos de execução, decidir que os códigos de conduta aprovados, bem como as alterações ou os aditamentos, que lhe sejam apresentados nos termos do no 8 do presente artigo, são de aplicabilidade geral na União. Os referidos atos de execução são adotados pelo procedimento de exame a que se refere o artigo 93.o, no 2. (10) A Comissão assegura a publicidade adequada dos códigos aprovados que declarou, mediante decisão, serem de aplicabilidade geral em conformidade com o no 9. (11) O Comitê recolhe todos os códigos de conduta aprovados, respetivas alterações e respetivos aditamentos num registo e disponibiliza-os ao público pelos meios adequados.

⁷Art. 40 (1) Sem prejuízo das funções e competências da autoridade de controlo competente ao abrigo dos artigos 57 e 58, a supervisão de conformidade com um código de conduta nos termos do artigo 40 pode ser efetuada por um organismo que tenha um nível adequado de competência relativamente ao objeto do código e esteja acreditado para o efeito pela autoridade de controlo competente. (2) O organismo a que se refere o no 1 pode ser acreditado para supervisão de conformidade com um código de conduta, se: a) Tiver demonstrado que goza de independência e dispõe dos conhecimentos necessários em relação ao objeto do código, de forma satisfatória para a autoridade de controlo competente; b) Tiver estabelecido procedimentos que lhe permitam avaliar a elegibilidade dos responsáveis pelo tratamento e dos subcontratantes em questão para aplicar o código, verificar se estes respeitam as disposições do mesmo e rever periodicamente o seu funcionamento; c) Tiver estabelecido procedimentos e estruturas para tratar reclamações relativas a violações do código ou à forma como o código tenha sido ou esteja a ser aplicado pelo responsável pelo tratamento ou subcontratante, e para tornar estes procedimentos e estruturas transparentes para os titulares dos dados e o público; e d) Demonstrar, de forma satisfatória para a autoridade de controlo competente, que as suas funções e atribuições não implicam um conflito de interesses. (3) A autoridade de controlo competente apresenta os projetos de critérios para a acreditação do organismo referido no n° 1 do presente artigo ao Comitê, de acordo com o procedimento de controlo da coerência referido no artigo 63. (4) Sem prejuízo das funções e competências da autoridade de controlo competente e do disposto no capítulo VIII, o organismo a que se refere o no 1 do presente artigo toma, sob reserva das garantias adequadas, as medidas que forem adequadas em caso de violações do código por um responsável pelo tratamento ou por um subcontratante, incluindo a suspensão ou exclusão desse responsável ou subcontratante do código. O referido organismo informa a autoridade de controlo competente dessas medidas e dos motivos que levaram à sua tomada. (5) A autoridade de controlo competente revoga a acreditação do organismo a que se refere o n° 1 se as condições para a acreditação não estiverem ou tiverem deixado de estar reunidas, ou se as medidas tomadas pelo organismo violarem o presente regulamento. (6) O presente artigo não se aplica ao tratamento realizado por autoridades e organismos públicos.

entre o público e o privado. Além disso, fica clara a possibilidade dos próprios autores do Código já estabelecerem previsões sobre a forma de monitoramento, desde que seja respeitada a autonomia deste órgão (MAELEN, 2020). Já aquele fala sobre as regras de produção de um código de conduta, tratando os assuntos que podem ser abordados e quem pode elaborar tal documento: associações e outras entidades representantes de categorias de controladores ou operadores.

Para terem a validade comprovada, esses instrumentos devem ser aprovados pela autoridade competente, que avaliará se existem mecanismos suficientes para garantir a proteção dos direitos e liberdades do titular - Considerando 100 e artigo 40(5), do RGPD (CARVALHO; MATTIUZZO; PONCE, 2021; MAELEN, 2020). Essas salvaguardas devem ter efeito vinculante sobre os agentes que serão objeto do Código, através de contratos ou outros instrumentos legais, garantindo o *enforcement* das regras ali estabelecidas – artigo 40(3), do RGPD.

Ainda, a adoção de Códigos de Conduta pode possibilitar a transferência internacional de dados para regiões, países ou organizações que ainda não tiveram o nível de adequação aprovado pelas autoridades competentes. Para tal fim, esses instrumentos podem ser conjugados a outros mecanismos de comprovação de cumprimento das regras de proteção de dados, como selos ou certificados também regularmente emitidos (KAMINSKI, 2019).

O modelo adotado pelo regulamento europeu se aproxima de uma forma de corregulação, devido à obrigatoriedade do papel das autoridades públicas responsáveis, ou seja, do Estado (KAMINSKI, 2019). BENNET e RAAB afirmam, inclusive, que a tendência do tema de proteção de dados é a aproximação ao modelo de corregulação, trazendo maior conectividade para os instrumentos regulatórios criados (BENNETT; RAAB, 2018).

A realidade brasileira, apesar das semelhanças com o modelo europeu, adota modelo mais próximo da autorregulação oferecendo maior liberdade aos agentes regulados⁸. A Seção II, do Capítulo VII da LGPD trata justamente sobre as Boas Práticas e Governança, trazendo, em seu art. 50, a previsão de que os agentes de tratamento “poderão formular regras de boas práticas e de governança”. Esse mesmo dispositivo dispõe sobre as amplas possibilidades dentro dessas regras, abrangendo desde ações educativas até padrões técnicos de segurança, oferecendo abertura a outras medidas a serem adotadas pelos agentes de tratamento. Entre essas outras formas de adoção de boas práticas estão os Códigos de Conduta e Boas Práticas.

⁸BENNET e RAAB argumentam que a autorregulação é vista no modelo estadunidense de proteção de dados pessoais, em que o foco das leis é voltado para a atividade Estatal, enquanto os agentes privados adotam formas de autorregulação (BENNETT; RAAB, 2018).

Ressalta-se que esses mecanismos de boas práticas podem ser adotados através de associações ou individualmente por algum agente de tratamento de dados. Os programas individuais assumem forma de compliance empresarial, e são de extrema relevância para agentes com atividades muito específicas. Já os mecanismos de boas práticas adotados por associações ou outras entidades representativas assumem formato de autorregulação (CARVALHO; MATTIUZZO; PONCE, 2021). Como mencionado, conforme a teoria de regulação responsiva, a organização conjunta de agentes com atividades similares dá maior relevância aos produtos regulatórios criados (AYRES; BRAITHWAITE, 1992).

Diferentemente do RGPD, a norma brasileira não traz definições sobre quem essas associações poderão representar. Mas, parece certo uma abertura normativa para adoção de tais mecanismos por qualquer agente de tratamento: controlador, operador e até aqueles com regras diferenciadas (pequenas e micro empresas, startups, empresas de inovação). Contudo, ainda se mostra necessária maior regulamentação do tema, principalmente sobre âmbito de aplicação territorial de tais regras ou Códigos e representação mínima para um código ser válido, adotando distinções mencionadas entre os mecanismos de autorregulação e programas de *compliance*.

Além disso, o texto do art. 32 da LGPD prevê a possibilidade de a ANPD sugerir adoção de padrões e de boas práticas para agentes do setor público, relacionando tais mecanismos com a ideia de responsabilidade por inobservância da Lei pela Administração Pública. O formato de tais normas de boas práticas não deverá seguir o modelo de Código de Boas Práticas ou de Conduta, devido às normas aplicáveis ao setor público; contudo, os regulamentos, portarias, decretos ou outros instrumentos poderão servir como guias para os Códigos criados no setor privado.

Diante disso, já temos alguns recortes em relação à adoção de Códigos de Conduta: (i) eles podem ser elaborados individualmente ou através de entidades representativas, desde que haja uma relevância em sua adoção (seja por parcela de mercado ou por especificidade de atividades, por exemplo); (ii) esse modelo não é completamente compatível com o setor público, apesar de a LGPD ser aplicável às entidades Estatais, mas outros instrumentos congêneres podem ser adotados; (iii) são necessárias regras complementares por parte da ANPD sobre territorialidade e representatividade mínima de tais Códigos.

De qualquer forma, todo o processo de adoção de Códigos de Conduta auxilia a comprovação da observância dos princípios de segurança (art. 6º, VII, LGPD), prevenção (art. 6º, VIII, LGPD), responsabilização e prestação de contas (art. 6º, X, LGPD), criando maior confiança nas organizações que têm esse comportamento ativo de adequação às normas de privacidade,

principalmente considerando o caráter voluntário da criação de tais instrumentos. Para assegurar a confiança também no Código, são necessários mecanismos de acompanhamento da aplicação e observância das regras por parte dos signatários (ICO, 2021).

A obrigação de demonstrar a observância das boas práticas adotadas em Códigos passa para o âmbito individual organizacional, fazendo parte do programa de governança (ou *compliance*) adotado pela empresa, conforme o art. 50, §2º, I, b, da LGPD. Esses mecanismos já podem estar previstos no próprio Código, facilitando a relação desses instrumentos com a ANPD e as organizações vinculadas. Assim, os Códigos cumprem o papel pretendido de governança colaborativa com delegação de responsabilidades para o setor privado (KAMINSKI, 2019).

Mas, seguindo a ideia de autorregulação, a LGPD não prevê a obrigatoriedade de homologação dos Códigos de Conduta e Boas Práticas. Diferentemente do modelo de correção europeu, o §3º do art. 50 da LGPD prevê um dever de publicidade e atualização das regras de boas práticas e de governança, o que já garante a vinculação de tais normas com os titulares dos dados. O reconhecimento e divulgação pela Autoridade Nacional é processo adicional. Então, a não homologação da ANPD não retira a validade de eventual Código de Conduta, sendo preservados, inclusive, os efeitos relacionados.

Entre os efeitos positivos da adoção está a consideração de políticas de boas práticas e governança como parâmetro e critério para definição da sanção (art. 52, §1º, IX, da LGPD). Isso é prova da adoção de critérios responsivos na criação da LGPD, inclusive em relação aos instrumentos de autorregulação, uma vez que a base da implementação da LGPD é baseada em boas práticas e essas ainda influem nas sanções quando existe um descumprimento da lei. Ou seja, empresas terão penas mais brandas quando comprovarem preocupação e adoção de medidas de boas práticas (IRAMINA, 2020). Dessa forma, a própria legislação cria incentivos para a adoção de mecanismos de autorregulação (ICO, 2021).

Então, aproveitando da Pirâmide de Constrangimento apresentada por IRAMINA e adotada nesse trabalho (Figura 1), entende-se que os Códigos de Boas Práticas fazem parte da base do sistema regulatório responsivo adotado pela LGPD, sendo eles um mecanismo de autorregulação, devido à independência e liberdade oferecida às organizações empresariais na adoção de tais instrumentos. Esses ainda continuam impactando as outras camadas da Pirâmide ao passo que podem justificar sanções mais brandas se houver a comprovação de observância e adoção de tais normas de conduta e governança, justificando um modelo que se preocupa mais na criação de um sistema de prevenção de incidentes do que um modelo puramente sancionatório.

CONCLUSÃO

Após um processo exploratório de revisão bibliográfica, restou clara a adoção da teoria da regulação responsiva na construção da arquitetura regulatória proposta pela LGPD. Essa escolha esteve presente desde o início da construção do texto normativo, contando com a participação de diversos agentes ao longo do desenvolvimento do marco legal. A consideração dos regulados ainda está presente nos processos de normatização complementares conduzidos pela ANPD.

Mas, além da Lei, o ecossistema de proteção de dados brasileiro ainda conta com formas de autorregulação responsiva, a partir do incentivo à adoção de sistemas de *compliance* e governança empresariais. Esses processos podem ser feitos individualmente ou em conjunto, havendo maior força dos instrumentos criados a partir da representatividade de entidades conjuntas, pela maior representação. Contudo, não se afasta a relevância dos modelos individuais, principalmente considerando a existência de modelos de negócio únicos ou de mercados altamente concentrados, podendo esses instrumentos autorregulatórios servirem como base para uma dificuldade de respostas regulatórias encontrada para as gigantes de tecnologia (RODOTÀ, 2008; ZUBOFF, 2019).

Um dos instrumentos que podem ser adotados para comprovar tal processo de *compliance* são os Códigos de Boas Práticas e de Conduta. Esses documentos, também previstos no RGPD, possibilitam uma publicidade da forma regulatória, o que possibilita maior controle social e Estatal do modelo de governança adotado. O modelo europeu se diferencia do brasileiro ao passo em que é obrigatória a homologação por parte de autoridade competente, enquanto o nacional independe da participação Estatal para gerar os efeitos positivos da sua adoção, principalmente a minimização das sanções cabíveis para o descumprimento da Lei.

Justamente por essa independência dada para os agentes na elaboração de tais Códigos, foi possível compreender tais instrumentos como autorregulatórios que fazem parte da estrutura responsiva da LGPD. Apesar de serem necessárias normativas complementares sobre o tema a serem criadas pela ANPD, já é possível a elaboração de tais documentos por empresas ou associações representativas. O Código poderá prever formas de monitoramento, mas a comprovação do cumprimento das regras estabelecidas no documento dependerá de atividades internas da própria empresa, fazendo parte do *compliance* individual.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AYRES, I.; BRAITHWAITE, J. *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate*. Nova Iorque: Oxford University Press, 1992.
- BENNETT, C. J.; RAAB, C. D. *Revisiting “The Governance of Privacy”: Contemporary Policy Instruments in Global Perspective*. Revised version forthcoming in “Regulation and Governance”, 2018.
- CARVALHO, V. M. DE; MATTIUZZO, M.; PONCE, P. P. Boas Práticas e Governança na LGPD. In: DONEDA, D. et al. (Org.). *Tratado de Proteção de Dados Pessoais*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 361–374.
- CEDIS-IDP CIPL; *O Papel do/a Encarregado/a conforme a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)*. 2021.
- DOWBOR, L. *A Era do Capital Improdutivo*. 2. ed. São Paulo: Outras Palavras & Autonomia Literária, 2018.
- FILHO, M. A. M. Da regulação responsiva à regulação inteligente: uma análise crítica do desenho regulatório do setor de transporte ferroviário de cargas no Brasil. *Revista de Direito Setorial e Regulatório*, v. 6, n. 1, p. 144–163, 2020.
- GARCIA, R. C. DE C. Proteção De Dados Pessoais No Brasil : Uma Análise Da Lei No 13.709/2018 Sob a Perspectiva da Teoria da Regulação Responsiva. *Revista de Direito Setorial e Regulatório*, v. 6, n. 2, p. 45–58, 2020.
- ICO. *Guide to the General Data Protection Regulation (GDPR)*. [S.l: s.n.], 2021.
- INTERNETLAB. *O que está em jogo no debate sobre dados pessoais no Brasil? Relatório Final sobre o debate público promovido pelo ministério da justiça sobre o anteprojeto de lei de proteção de dados pessoais*. [S.l: s.n.], 2016.
- 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 Telecomunicacoes*, v. 12, n. 2, p. 91–117, 2020.

- KAMINSKI, M. E. Binary governance: Lessons from the GDPR'S approach to algorithmic accountability. **Southern California Law Review**, v. 92, n. 6, p. 1529–1616, 2019.
- MAELEN, C. VANDER. Codes of (Mis)conduct? an appraisal of articles 40-41 gdpr in view of the 1995 data protection directive and its shortcomings. **European Data Protection Law Review**, v. 6, n. 2, p. 231–242, 2020.
- MENDES, L. S. A Lei Geral de Proteção de Dados: um modelo de aplicação em três níveis. **Caderno Especial LGPD**, v. 1, n. 81, p. 35–56, 2019.
- MENDES, L. S.; DONEDA, D. Comentário á Nova Lei de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018): O Novo Paradigma da Proteção de Dados no Brasil. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 120, p. 555–587, 2018a.
- MENDES, L. S.; DONEDA, D. Reflexões Iniciais sobre a Nova Lei Geral de Proteção de Dados. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 120, p. 469–483, 2018b.
- RODOTÀ, S. *A Vida na Sociedade da Vigilância - A Privacidade Hoje*. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- ZUBOFF, S. *The Age of Surveillance Capitalism*. [S.l: s.n.], 2019. v. 53.

Journal of Law and Regulation
Revista de Direito Setorial e Regulatório

Contact:

Universidade de Brasília - Faculdade de Direito - Núcleo de Direito Setorial e Regulatório
Campus Universitário de Brasília
Brasília, DF, CEP 70919-970
Caixa Postal 04413

Phone: +55(61)3107-2683/2688

E-mail: nds@unb.br

Submissions are welcome at: <https://periodicos.unb.br/index.php/RDSR>