

Comunicação de incidentes de segurança: prazo, *regulatory enforcement* e a competência da Autoridade Nacional de Proteção de Dados*

Security incident reporting: deadline, regulatory enforcement, and the competence of the National Data Protection Authority

*Sthéfano Bruno Santos Divino***

RESUMO

A Lei Geral de Proteção de Dados determina a comunicação de incidentes de segurança à Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), contudo,

* Artigo recebido em 11 de janeiro de 2023 e aprovado em 23 de fevereiro de 2023. DOI: 10.12660/rda.v282.2023.90158.

** Doutor e mestre em direito privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG). Bacharel em direito pelo Centro Universitário de Lavras. Professor titular I dos Cursos de Direito, Administração e Ciências Contábeis do Centro Universitário de Lavras. Professor substituto de direito privado da Universidade Federal de Lavras (Ufla) (3/2019-3/2021). Advogado. E-mail: sthefanoadv@hotmail.com.

não estabelece prazo e forma para tanto. O problema de pesquisa é: como e qual a forma mais adequada de regulamentar o prazo e as sanções pelo descumprimento da comunicação de incidentes de segurança? Objetiva-se analisar a competência regulamentar sob a ótica das Leis das Agências, da Lei da Liberdade Econômica, bem como do Decreto nº 10.411/2020. Posteriormente, identifica-se a natureza do problema regulatório e apresentam-se contribuições para elaboração da Análise de Impacto Regulatório (AIR). Por fim, demonstram-se as consequências jurídicas pelo seu descumprimento, bem como críticas sobre o art. 21 do Decreto nº 10.411/2020. A pesquisa adota o método integrado e a técnica de pesquisa bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVE

Lei Geral de Proteção de Dados — prazo para comunicação de incidentes de segurança — comunicação de incidentes de segurança — Autoridade Nacional de Proteção de Dados — regulação

ABSTRACT

The General Data Protection Regulation determines reporting the security incidents to the National Data Protection Authority. However, it does not establish a deadline and form for this. The research problem is: how and what is the most appropriate way to regulate the deadline and sanctions for non-compliance with the reporting of security incidents? The objective is to analyze the regulatory competence under the Agencies Law, the Economic Freedom Law, as well as Bill n. 10,411/2020. Subsequently, the nature of the regulatory problem is identified and contributions to the preparation of the Regulatory Impact Assessment (RIA) are presented. Finally, the legal consequences for non-compliance are demonstrated, as well as criticisms about art. 21 of Bill n 10.411/2020. The conclusion is that there is no validly established deadline for reporting security incidents (since the necessary regulatory impact analysis was not verified), and art. 21 of Decree n. 10.411/2020 is unconstitutional. The research adopts the integrated method and the bibliographical research technique.

KEYWORDS

General Data Protection Regulation — security incident — communication — National Data Protection Authority — regulation

Introdução

A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) brasileira inaugura um regime experimental objetivando preencher uma lacuna existente entre a experiência e a dogmática dos dados, bem como para filtrar operações previamente definidas que pretendem lidar com práticas operacionais que sucumbem a um projeto tecnológico construído em um modelo panóptico. De um lado tem-se uma interface digital experienciada por sujeitos em sua própria consciência. De outro lado a sua datificação, digitalização ou e-personificação em um ambiente sistematizado e renderizado onde seu propósito é o enriquecimento de *Big Techs*.

Para além dessa crítica preparatória, ainda há na LGPD um nível de estratégia e um considerável nível de confiança na possibilidade de controlar o incontrolável capitalismo. Neste espectro, medidas coercitivas são estabelecidas para corrigir distorções que podem ser encontradas ao longo de um processo mercadológico e comportamental infundável. A própria legislação tenta amenizar a ideia do *ser* como um produto ou como um serviço funcional legitimando o controle dos dados pelo seu titular mediante exercício da autodeterminação informativa.

Porém, uma avaliação sistêmica da acumulação da vigilância e do capital ocorrida no caso *Cambridge Analytica* é suficiente para demonstrar que existe um superávit para as *BigTechs* quando se fala em trocas comportamentais, dados e sanções pelo descumprimento legal. Em uma ambiciosa pretensão para desenvolver módulos e regimes jurídicos diferenciados para monitorar e diagnosticar incidentes de vazamento de dados, a LGPD brasileira estabeleceu um capítulo para segurança e boas práticas, no qual o imperativo da imprevisão é considerável intolerável e os limites e as fronteiras para a proteção dos dados pessoais residem no *quantum* dispendido para correta gestão, implementação e adequação do referido normativo, bem como pela sua manutenção mediante atos de governança corporativa.

Neste sentido mais elementar, o art. 48 da LGPD estabelece que o “controlador¹ deverá comunicar à autoridade nacional e ao titular a ocorrência

¹ Conforme art. 5º, VI, da LGPD, o controlador é a “pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais”. BRASIL. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Lei nº 13.709 de 14 de agosto de 2018. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 14 ago. 2018.

de incidente de segurança que possa acarretar risco ou dano relevante aos titulares”. O § 1º do art. 48 afirma somente que a comunicação deverá ser realizada em tempo hábil e deverá conter requisitos estruturais mínimos.² Porém, como definir o que é tempo hábil e adequado? Em um formulário de comunicação de incidente de segurança com dados pessoais à Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD)³ disponibilizado pela própria autoridade no início de 2021, indica-se um prazo de dois dias úteis, contados da data do conhecimento do incidente, para a respectiva comunicação. Segundo essa descrição, não existe um imperativo legal e normativo capaz de impor um dever de conduta a um controlador para agir de tal forma. A nota de recomendação da ANPD menciona apenas (mas considerável) ponto falho da legislação em dar grandes saltos sem a respectiva autoconstrução. Em outros termos, quais são as consequências quando se fracassa em observar o prazo *recomendado*⁴ pela autoridade autárquica? Esse é o primeiro objetivo a ser desenvolvido na primeira seção.

Em vias de apresentar uma hipótese condizente à arquitetura legal, poder-se-ia afirmar a possibilidade de a ANPD exercer seu poder regulamentar conforme competência estabelecida no art. 55-J, XIII e XVIII da LGPD, recentemente atualizado pela Lei nº 13.853/2019.⁵ Todavia, tal poder está

² “I) a descrição da natureza dos dados pessoais afetados; II) as informações sobre os titulares envolvidos; III) a indicação de quais medidas técnicas e de segurança foram adotadas para proteção dos dados, desde que resguardados os segredos comercial e industrial; IV) os riscos advindos do incidente; V) possíveis motivos e justificativas pela demora, caso a comunicação não seja feita no prazo estabelecido; e VI) quais medidas foram ou serão adotadas para remediar ou mitigar os efeitos advindos do incidente”. Brasil, Lei Geral de Proteção de Dados, *op. cit.*

³ BRASIL. Comunicação de incidentes de segurança. ANPD. 2022. Disponível em: https://www.gov.br/anpd/pt-br/canais_atendimento/agente-de-tratamento/comunicado-de-incidente-de-seguranca-cis. Acesso em: 16 fev. 2023.

“Enquanto pendente a regulamentação, recomenda-se que após a ciência do evento adverso e havendo risco relevante, a ANPD seja comunicada com a maior brevidade possível, sendo tal considerado a título indicativo o prazo de 2 dias úteis, contados da data do conhecimento do incidente.” “Se a comunicação inicial do incidente não foi comunicada no prazo sugerido de 2 dias úteis após ter tomado ciência do incidente, justifique os motivos.” BRASIL. *Formulário de comunicação de incidente de segurança com dados pessoais à Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD)*. ANPD. 2021.

⁴ Tal prazo, assim como estabelecido no art. 33(1) do General Data Protection Regulation (GDPR), deve ser cogente e não possibilitar margens interpretativas para sua esquivia, a não ser quando devidamente justificada, nos termos do art. 48, V, da LGPD.

⁵ “Art. 55-J. Compete à ANPD: [...] XIII — editar 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 nesta Lei; [...] XVIII — editar normas, orientações e procedimentos simplificados e diferenciados, inclusive quanto aos prazos, para

limitado e deve ser precedido de consultas e audiências públicas, bem como de Análise de Impacto Regulatório (AIR), conforme art. 55-J, § 2º da LGPD.⁶ Neste último caso, sua elaboração deve estar em consonância com os preceitos do art. 6º da Lei nº 13.848, de 25 de junho (Lei das Agências),⁷ do art. 5º da Lei da Liberdade Econômica,⁸ bem como conforme as prescrições do Decreto nº 10.411, de 30 de junho de 2020, que vem a regular o dispositivo retro. Em outros termos, a elaboração da AIR perpassa por um procedimento com definição de um problema regulatório, cuja avaliação deve ser prévia à edição de um ato normativo e deverá conter informações sobre os prováveis efeitos na esfera econômica e social em vias de estabelecer parâmetros e condutas razoáveis para subsidiar a tomada de decisão.

Além disso, para que a identificação do problema se dê adequadamente, deve-se reconhecer que sua situação existente indesejada possui diversas naturezas, tais como falhas de mercado, falhas regulatórias, assimetria informacional, riscos aceitáveis ou objetivos sociais que pretendem uma determinada solução ou uma adequada intervenção regulatória. Neste caso em que a tecnologia pode assumir uma forma catastrófica ou com efeitos destrutivos, tais como interferências indesejadas e inadequadas no mercado, exsurge o segundo objetivo deste artigo: analisar e identificar a natureza jurídica da falha regulatória prevista no art. 48 da LGPD para apresentar contribuições à elaboração da AIR.

Esta abordagem incentiva o desenvolvimento normativo em sua função legislativa mediante inter-relações de modo a gerar uma satisfação à pressão

que microempresas e empresas de pequeno porte, bem como iniciativas empresariais de caráter incremental ou disruptivo que se autodeclarem startups ou empresas de inovação, possam adequar-se a esta Lei.” Brasil, Lei Geral de Proteção de Dados, *op. cit.*

⁶ “§ 2º Os regulamentos e as normas editados pela ANPD devem ser precedidos de consulta e audiência públicas, bem como de análises de impacto regulatório.” Brasil, Lei Geral de Proteção de Dados, *op. cit.*

⁷ “Art. 6º A adoção e as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados serão, nos termos de regulamento, precedidas da realização de Análise de Impacto Regulatório (AIR), que conterá informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo.” BRASIL. Lei das Agências. Lei n. 13.848 de 25 de junho de 2019. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 25 jun. 2019.

⁸ “Art. 5º As propostas de edição e de alteração de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados, editadas por órgão ou entidade da administração pública federal, incluídas as autarquias e as fundações públicas, serão precedidas da realização de análise de impacto regulatório, que conterá informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo para verificar a razoabilidade do seu impacto econômico.” BRASIL. Lei da Liberdade Econômica. Lei n. 13.874 de 20 de setembro de 2019. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 20 set. 2019.

social por mudanças. Porém, em uma visão experimental, a ANPD pode aplicar as respectivas sanções dentro de sua incumbência em caso de inobservância do cumprimento do prazo *recomendado*. Em outros termos, a natureza da questão a ser regulamentada parte para a justificativa dos fins pelos meios e nega as peculiaridades das situações orientadoras da própria norma a ponto de corromper o procedimento exigido pela própria administração pública. E neste ponto vale ressaltar a natureza autárquica especial da ANPD conforme MP nº 1.124, de 13 de junho de 2022. A instrumentalização da forma e sua inobservância, portanto, devem trazer resultados que entram em conflito com o próprio sistema normativo. E quais resultados são esses? Este é o último objetivo deste trabalho: demonstrar as limitações da atuação da ANPD sem a elaboração do AIR e as consequências jurídicas de seus atos perante o estudo dos atos administrativos.

Contudo, o presente trabalho também apresenta suas limitações, entre as quais a impossibilidade de se estabelecer padrões de identificação definitivos e estáticos para o AIR quando de sua análise assimilada aos problemas aqui trazidos, bem como de possíveis críticas à instrumentalização da sociedade enquanto corpo sem colaboração, harmonia ou integração. Porém, as principais contribuições residem nas proposições: 1) A comunicação da violação de dados pessoais pelo infrator a autoridade de proteção é mecanismo indispensável para efetivação administrativa sancionatória e para concretização dos preceitos gerais de governança da legislação temática; 2) a *recomendação* da ANPD quanto aos prazos de comunicação de incidentes de segurança não possui força vinculativa ou normativa; 3) a aplicação de sanções pelo descumprimento do art. 48 da LGPD sem a respectiva elaboração normativa fundamentada no AIR constitui ilícito; 4) a ilicitude se dá pela inobservância da formalidade essencial do rito processual em razão da ausência e do cumprimento do dever de motivação do agente público responsável pela sua requisição e elaboração; e 5) o art. 21 do Decreto nº 10.411/2020 é inconstitucional por violar a reserva legal disposta no art. 84, IV da Constituição Federal.

Em suma, esses objetivos convergem para responder a um único problema de pesquisa: como e qual a forma mais adequada de a ANPD regulamentar o prazo e as sanções pelo descumprimento da comunicação de incidentes de segurança? Para apresentar uma resposta ao problema e cumprir com as propostas, o método utilizado para o desenvolvimento deste artigo é o de pesquisa integrada somado à técnica de pesquisa integrada.

1. Prazo para comunicação de incidentes de segurança e *enforcement* da ANPD: definição e descrição do problema regulatório

A internet enquanto estruturada e produzida culturalmente molda os conjuntos de crenças e valores comportamentais e cria padrões que são reiteradamente repetidos por instituições empresariais. Há uma seleção e uma integração que perpassam pelo simbolismo e adentram na dogmática para difundir práticas econômicas em todos os domínios sociais como forma de aquisição monetária. A pedra angular para que este processo ocorra é a colaboração em rede entre os usuários/titulares dos dados e os grandes conglomerados tecnológicos que fornecem serviços aparentemente gratuitos.

A essência das relações negociais eletrônicas está na conexão em rede, interativa e fundamentada na internet, entre produtores, consumidores e prestadores de serviços.⁹ Toda arquitetura em rede possui considerável capacidade de desenvolvimento orgânico por meio de práticas de inovação e sistemas de produção e demandas mercadológicas ao mesmo tempo que mantém seu foco no principal objetivo: lucro. O problema reside na própria transformação dos mercados de capitais enquanto firmas de internet. Ressalta-se que a internet não é mera tecnologia, mas uma forma de comunicação material e forma organizacional de produção, tais como eram as fábricas. Por essa razão que a internet em si não engloba companhias originalmente digitais, pois não há periferias na rede, mas engloba todas aquelas em um único centro produtivo capitalista.

Toda essa integração econômica e social resultante do funcionamento de um mercado digital e concentrado provocou um significativo fluxo de dados pessoais. Com esse desenvolvimento, novos desafios em matéria de proteção de dados a partir da coleta ao tratamento e à exclusão aumentaram significativamente. A pretensão de apresentar um quadro sólido e coerente para prever especificações ou restrições vem mediante ação estatal por meio de legislações e normativos de proteção de dados. No Brasil, o reforço da segurança jurídica e da segurança prática nesse contexto se deu com a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, denominada Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD).

⁹ CASTELLS, Manuel. *A galáxia da internet: reflexões sobre os negócios, a internet e a sociedade*. Rio de Janeiro: Zahar, 2003. p. 65.

A LGPD tem como ontologia a adoção de um critério de controle difuso que possibilite aos interessados o exercício direto e não apenas o reconhecimento formal de uma posição jurídica sobre seus dados. Em outros termos, quando se enuncia controle verifica-se que seu sentido semântico e hermenêutico supera o simples *acesso* das informações pessoais, vez que sua disciplina tende a determinar quais informações podem ser alvo de tutela tanto em mãos públicas quanto privadas.

Dessa forma, existe uma face dinâmica do direito à autodeterminação informativa capaz de fortalecer a democracia administrativa.¹⁰ Há, portanto, uma postura legislativa determinada a interferir diretamente na economia e no mercado com a finalidade de regular e traçar parâmetros normativos de conduta para impedir que a lógica mercadológica se sobreleve perante a disciplina jurídica da tutela dos dados. Inclusive, essa revelação em que se insere como questão central o sujeito digital foi alçada pela Emenda Constitucional nº 115/2022 ao estipular no art. 5º, LXXIX, da Constituição da República Federativa do Brasil a proteção de dados como direito fundamental.

A preocupação, portanto, não é apenas com a simples proteção de dados, mas com o destino de uma sociedade em rede segmentada em modelos e estruturas digitais capazes de fracionar sua própria identidade e democracia. Para tentar escapar ou ao menos lidar minimamente com esses riscos, a LGPD criou e estabeleceu a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) como autoridade competente para dar o *enforcement* ao seu teor normativo. Inicialmente, a produção democrática poderia ficar prejudicada pela dependência da ANPD ao Poder Executivo. O *e-government* poderia aproveitar de sua estrutura administrativa e criar relacionamentos e dinâmicas econômicas e políticas destinadas à recursa de aplicação normativa do próprio ente estatal. Em outros termos, a dependência de uma autoridade nacional de proteção de dados diretamente ao Poder Executivo constitui como ameaça mortal ao ambiente democrático diante da possibilidade de restrição, redução ou até mesmo cancelamento de políticas públicas com fundamento no controle e tratamento de dados obtidos de sua população.

Em vias de não fechar os olhos para essa assimetria arriscada, considerando que a subordinação jurídica e legal da proteção de dados deve se dar tanto para a iniciativa privada quanto para o poder público, a ANPD

¹⁰ RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*. São Paulo: Renovar, 2008. p. 73.

passa à posição de autarquia de natureza especial a partir da promulgação da conversão da Medida Provisória nº 1.124/2022 na Lei nº 14.460/2022. Não se trata de uma opção, mas de uma necessidade de independência para que o agir não seja pontualmente afetado por questões políticas a ponto de interferir na própria democracia. Contudo, ao mesmo tempo pretende-se com a ANPD a criação de um ambiente capaz de impedir que toda a esfera pública e a esfera privada sejam dominadas por um totalitarismo de dados e absorvidas pela esfera produtiva e pelas trocas econômicas. Dessa forma, o regulamento de proteção de dados e o *enforcement* de sua autoridade fiscalizadora devem ser igualmente aplicáveis às atividades públicas e privadas em seu âmbito de competência regulatória e disciplinar.

Consideráveis são as questões problemáticas que podem ser suscitadas perante a leitura da LGPD, entre elas, os incidentes de segurança. Um incidente de segurança pode ser definido como evento, ação ou omissão que tenha permitido ou possa vir a permitir acesso não autorizado, interrupção ou mudança nas operações (inclusive pela tomada de controle), destruição, dano, deleção ou mudança da informação protegida, remoção ou limitação de uso da informação protegida ou, ainda, apropriação, disseminação e publicação indevida de informação protegida de algum ativo de informação crítico ou de alguma atividade crítica por um período de tempo inferior ao tempo objetivo de recuperação.¹¹

Em nota, a definição de incidente de segurança é mais ampla e atua como gênero da definição *vazamento de dados*. O disposto pela ANPD trata de um rol exemplificativo em razão de muitas vezes não ser possível identificar em sua totalidade, para efeitos de investigação científica, todas as situações capazes de caracterizar como tanto. Padrões éticos e morais relativos à proteção de dados também podem ser violados e, em *ultima ratio*, ser caracterizados como incidentes de segurança, tais como a própria discriminação algorítmica e a venda de produtos com preços diferenciados mediante geolocalização.

Diante dessa situação, prezando pela legalidade da operação, a LGPD estabeleceu um capítulo destinado às boas práticas durante a coleta, o processamento e o tratamento de dados. Entre as obrigações estabelecidas pelo referido normativo está a obrigação de comunicar à ANPD os incidentes

¹¹ BRASIL. *Guia de resposta a incidentes de segurança: Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)*. Brasília: ANPD, 2021. p. 9.

de segurança caso ocorram. Em uma análise do art. 48¹² da LGPD podemos identificar algumas problemáticas.

A primeira delas é com relação ao sujeito responsável pela comunicação. A LGPD dispõe expressamente que é de incumbência do controlador¹³ realizar tal comunicação. Não há menções ou disposições relativas a essa obrigação pelo operador dos dados.¹⁴ Do ponto de vista hermenêutico, deve-se restringir a interpretação normativa, sob pena de ampliar a restrição de direito, presumir solidariedade, bem como criar obrigações não previstas em lei. Diante do exposto, apesar de o operador estar diretamente envolvido na coleta e no tratamento de dados, a obrigação, a responsabilidade e o dever legal referente à comunicação dos incidentes de segurança devem ser restritos ao controlador.

Para além das questões que envolvem modalidade adequada da responsabilidade adotada pela LGPD, há um ponto fundamental no que diz respeito à comunicação dos incidentes pelos responsáveis à ANPD. O art. 48 da LGPD apenas estabelece o dever legal e a forma como a comunicação deverá ser realizada.¹⁵ A única disposição normativa sem qualquer detalhamento afirma que ela deve ser encaminhada em prazo hábil. Contudo, como definir esse prazo? A LGPD não o estabelece expressamente. A ANPD divulgou em um Formulário de Comunicação de Incidente de Segurança com Dados pessoais o prazo de dois dias úteis, contados da data do conhecimento do incidente, para a respectiva comunicação.¹⁶

¹² “Art. 48. O controlador deverá comunicar à autoridade nacional e ao titular a ocorrência de incidente de segurança que possa acarretar risco ou dano relevante aos titulares.” Brasil, Lei Geral de Proteção de Dados, *op. cit.*

¹³ De acordo com o art. 5º, VI: “controlador: pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais”. Brasil, Lei Geral de Proteção de Dados, *op. cit.*

¹⁴ De acordo com o art. 5º, VII: “operador: pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador”. Brasil, Lei Geral de Proteção de Dados, *op. cit.*

¹⁵ Ela deverá ser realizada em tempo hábil e mencionar no mínimo: “I) a descrição da natureza dos dados pessoais afetados; II) as informações sobre os titulares envolvidos; III) a indicação de quais medidas técnicas e de segurança foram adotadas para proteção dos dados, desde que resguardados os segredos comercial e industrial; IV) os riscos advindos do incidente; V) possíveis motivos e justificativas pela demora, caso a comunicação não seja feita no prazo estabelecido; e VI) quais medidas foram ou serão adotadas para remediar ou mitigar os efeitos advindos do incidente”. Brasil, Lei Geral de Proteção de Dados, *op. cit.*

¹⁶ “Enquanto pendente a regulamentação, recomenda-se que após a ciência do evento adverso e havendo risco relevante, a ANPD seja comunicada com a maior brevidade possível, sendo tal considerado a título indicativo o prazo de 2 dias úteis, contados da data do conhecimento do incidente.” “Se a comunicação inicial do incidente não foi comunicada no prazo sugerido de 2 dias úteis após ter tomado ciência do incidente, justifique os motivos.”

Tanto a LGPD quanto a ANPD, nesta situação, foram falhas. Não há um instrumento rígido suficiente para romper com o pressuposto da autonomia privada e o preceito de ação sobre tudo aquilo que não está vedado em legislação. A grande ironia é que, nessas atuais condições, o prazo estipulado pela autoridade de proteção de dados é apenas indicativo e não possui qualquer *enforcement* perante os particulares e o próprio Estado. Diz-se ironia, pois essa particular falha pode assistir à erosão do poder sobre o próprio poder sancionatório.

A resposta adequada e inafastável para solução dessa situação é a edição de regulamentos e normativos, sejam eles resoluções ou portarias, conforme competência estabelecida no art. 55-J, XIII e XVIII da LGPD, recentemente atualizado pela Lei nº 13.853/2019.

Art. 55-J. Compete à ANPD:

[...]

XIII — *editar 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 nesta Lei;*

[...]

XVIII — *editar normas, orientações e procedimentos simplificados e diferenciados, inclusive quanto aos prazos, para que microempresas e empresas de pequeno porte, bem como iniciativas empresariais de caráter incremental ou disruptivo que se autodeclarem startups ou empresas de inovação, possam adequar-se a esta Lei.*¹⁷

Neste regulamento, deverá a ANPD estipular de forma expressa o prazo indicado como parâmetro objetivo a ser cumprido, pois diante de sua inexistência a ANPD encontra limitações para aplicação das sanções de ordem administrativa aos controladores e aos responsáveis pelo tratamento de dados por incidentes ocorridos durante o exercício de sua atividade econômica. Novamente, essa dificuldade se dá justamente em razão de que no procedimento administrativo deve exigir ampla defesa e contraditório, conforme art. 55-J, IV, da LGPD,¹⁸ e nesse procedimento administrativo, caso inexistia uma lei (em sentido formal, abrangendo desde portarias até emendas

¹⁷ Brasil, Lei Geral de Proteção de Dados, *op. cit.*

¹⁸ “IV — Fiscalizar e aplicar sanções em caso de tratamento de dados realizado em descumprimento à legislação, mediante processo administrativo que assegure o contraditório, a ampla defesa e o direito de recurso.” Brasil, Lei Geral de Proteção de Dados, *op. cit.*

constitucionais) estabelecendo formalmente e objetivamente as obrigações a serem cumpridas, poderá a ANPD ter sua eficácia reduzida e seu poder sancionatório ceifado diante de sua inércia regulamentar.

Portanto, garantias constitucionais devem ser relidas e observadas à luz da inovação tecnológica. Assim, torna-se imprescindível à ANPD a formalização deste prazo mediante normativo regulamentar para caracterizá-lo como cogente e oponível *erga omnes*, sob pena de inaplicabilidade ou ilegalidade da sanção caso ele seja aplicado em sua atual forma (meramente indicativo). Ocorre que a ANPD pode encontrar desafios na elaboração desta norma. Ainda que o art. 55-J, XIII e XVIII autorize a elaboração de normativos destinados a aperfeiçoar a LGPD, o poder regulamentar da ANPD está limitado e deve ser precedido de consultas e audiências públicas, bem como de análises de impacto regulatório, conforme art. 55-J, § 2º da LGPD.¹⁹

Seria um engano extrair dessas considerações que a ANPD poderia editar o regulamento livremente. Há uma dependência hermenêutica, semântica e legislativa atrelada aos parâmetros e resultados objetivos mediante a Análise de Impacto Regulamentar (AIR). Em outros termos, considerando a experiência concreta, para que inexista desequilíbrio democrático, a introdução dessa nova forma regulamentar está diretamente atrelada à AIR tanto por força do 55-J, § 2º da LGPD quanto por força do art. 6º da Lei nº 13.848, de 25 de junho (Lei das Agências),²⁰ do art. 5º da Lei da Liberdade Econômica,²¹ bem como conforme as prescrições do Decreto nº 10.411, de 30 de junho de 2020, que vem a regular o dispositivo retro.

A atual legislação verificou que um objetivo tão ambicioso não pode ser confiado unicamente à disposição unilateral da ANPD. Deve-se reconhecer a dimensão quantitativa e qualitativa que o tratamento de dados possui

¹⁹ “§ 2º Os regulamentos e as normas editados pela ANPD devem ser precedidos de consulta e audiência públicas, bem como de análises de impacto regulatório.” Brasil, Lei Geral de Proteção de Dados, *op. cit.*

²⁰ “Art. 6º A adoção e as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados serão, nos termos de regulamento, precedidas da realização de Análise de Impacto Regulatório (AIR), que conterà informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo.” Brasil, Lei das Agências, *op. cit.*

²¹ “Art. 5º As propostas de edição e de alteração de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados, editadas por órgão ou entidade da administração pública federal, incluídas as autarquias e as fundações públicas, serão precedidas da realização de análise de impacto regulatório, que conterà informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo para verificar a razoabilidade do seu impacto econômico.” Brasil, Lei da Liberdade Econômica, *op. cit.*

no ambiente social e ter cautela quanto ao progressivo desenvolvimento econômico e tecnológico, sob pena de impedi-lo ou afetar equivocadamente a livre-iniciativa.

Portanto, o problema regulatório posto é justamente a ausência de prazo expresso e adequado para os controladores e os operadores de dados comunicarem os incidentes de dados pessoais à ANPD. Para que a AIR seja corretamente elaborada, deve-se identificar a natureza jurídica desse problema para então apresentar as respectivas soluções e uma prévia análise do impacto. A partir deste momento, o objetivo deste artigo é fornecer uma análise deste problema sem exageros paternalista ou autoritário a partir de uma reflexão extraída da perspectiva constitucional regulamentar e econômica.

2. AIR e a natureza jurídica do problema: análise e breves contribuições no Método de Kepner e Tregoe

A particular interseção entre as esferas pública e privada pode sustentar a necessidade de uma interferência estatal mediante procedimentos regulatórios. Inicialmente, o estudo regulatório foi monopolizado por economistas e ocasionalmente contribuições de cientistas políticos e administradores eram aceitas como indicativos críticos e passíveis de contribuições na área. Contudo, no atual estado de maturação e em razão das práticas cotidianas das últimas duas décadas, verificou-se considerável crescimento da interdisciplinaridade em temas regulatórios, tais como direito de família, direito contratual ou controles ambientais.²² Nesse mesmo percurso temporal, testemunha-se a cristalização de paradoxos regulatórios onde a principal crítica e preocupação poderiam ser incorporadas como *demônios regulatórios* ou mesmo a burocratização da economia e da vida social.²³ Inclusive, a compreensão da regulação como controle exercido por uma autoridade pública sobre as atividades econômicas de uma comunidade²⁴ acaba sendo problemática.

²² EEKELAAR, J. M. *Regulating divorce*. Clarendon Press: Oxford, 1991; HANDLER, T. *Regulating the European environment*. Nova York: Chancery Law Publishing, 1997; STOLOFF, N. *Regulating the environment*. Dobbs Ferry, NY: Oceana Publications, 1991

²³ BALDWIN, R.; CAVE, M.; LODGE, M. Introduction: Regulation—the field and the developing agenda. In: BALDWIN, R.; CAVE, M.; LODGE, M. (Org.). *The Oxford handbook of regulation*. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 3.

²⁴ SELZNICK, Philip. Focusing organizational research on regulation. *Regulatory Policy and the Social Sciences*, v. 1, n. 1, p. 363-367, 1985.

A conceituação de autoridade pública em níveis de governança e perante a iniciativa privada pode variar, e também como exercitar esse controle é controverso, pois a definição de uma comunidade também aparece como cláusula geral e de margem constantemente ambígua para definir e identificar problemas econômicos concretos.²⁵

Para além dessas questões, existem disposições comuns no âmbito regulatório, especialmente atreladas à análise econômica do direito, que aparecem como padrões indicativos para uma *boa regulação*. A não intervenção estatal sob o prisma do Teorema do Bem-Estar Social, por exemplo, postula a livre atuação do mercado mediante eficiente alocação de recursos econômicos, mas de um ponto de vista bastante restrito, vez que essa condição, na práxis, torna-se quase impossível alcançar. Essa impossibilidade se dá justamente em razão das consideráveis variáveis sociais, econômicas e jurídicas existentes capazes de criar pontos de interseção entre a falha e o sucesso e conseqüentemente reduzir sua eficiência. Em outros termos, a eficiência enquanto pretensão e objetivo maior sob a ótica de Pareto²⁶ é paradoxalmente limitada pela sua própria incapacidade de lidar com suas falhas, entre elas, as falhas de mercado. Neste espectro podemos encontrar situações anticompetitivas mediante o desenvolvimento de monopólios ou oligopólios ou mesmo externalidades que impõem perdas ou benefícios para terceiros e com que o mercado não consegue lidar. Em outro aspecto, existem os bens públicos que também não podem ser apropriados por um indivíduo e não podem ser consumidos em razão de sua indivisibilidade e

²⁵ R. Baldwin, M. Cave e M. Lodge. Introduction, *op. cit.*, p. 4.

Para satisfação metodológica, apresentam-se algumas definições. Conforme Giambiagi e Além, “os instrumentos regulatórios são as tarifas, as quantidades, as restrições à entrada e à saída e os padrões de desempenho”. GIAMBIAGI, F.; ALÉM, A. C. D. *Finanças públicas: teoria e prática no Brasil*. Rio de Janeiro: Campus, 1999. p. 337.

Para Aragão, é o “conjunto de medidas legislativas, administrativas e convencionais, abstratas ou concretas, pelas quais o Estado, de maneira restritiva da liberdade privada ou meramente indutiva, determina, controla, ou influencia o comportamento dos agentes econômicos, evitando que lesem os interesses sociais definidos no marco da Constituição e orientando-os em direções socialmente desejáveis”. ARAGÃO, A. S. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 37.

²⁶ “A Pareto efficient outcome is where the welfare of one individual cannot be improved without reducing the welfare of others. Thus, Pareto efficiency is a situation where all parties benefit, or none are harmed, by a reallocation of resources, goods, assets, or a change in the law. The ‘no-one-is-harmed’ constraint avoids the economist making interpersonal comparisons of utility, i.e., evaluating whether the loss to one individual is counterbalanced by the gain to others. This Pareto criterion, named after the Swiss-Italian economist Vilfredo Pareto, is based on two additional value judgements: (1) that the individual is the best judge of his or her own welfare; (2) the welfare of society depends on the welfare of the individuals that comprise it.” R. Baldwin, M. Cave e M. Lodge. Introduction, *op. cit.*, p. 5.

infungibilidade. Por fim, neste mesmo sentido encontram-se as assimetrias informacionais, em que informações imperfeitas ou desequilibradas podem causar ou gerar ineficiência no mercado quando se fala em poder de escolha.

Esse clássico cenário de análise demonstra que, para serem mais efetivas, as regulações precisam pesar os potenciais riscos e os *trade-offs* sob uma ótica holística dos impactos sociais produzidos pela sua realização. Essa necessidade é ainda mais crítica quando se coloca em xeque as novas tecnologias, que de certa forma podem ser indicativos críticos de promoção ou desequilíbrio da justiça social, aumento ou diminuição de desigualdades ou até mesmo a adoção de políticas autoritárias ou totalitárias em prol dos reguladores. O engajamento necessário e a pretensa eficiência poderão ser atingidos a partir do momento que o Estado assume o dever de dispendar tempo maior na confecção e na checagem prática do impacto das regras elaboradas, e não apenas mediante presunção teórica no momento de sua proposta. Afinal, essa é uma das lacunas *ex post* das avaliações normativas e regulatórias para compreender seu real impacto nos recursos e investimentos econômicos e sociais.

É por essa razão que a AIR (ou *Regulatory Impact Assessment* — RIA, em inglês) deve consistir em uma ferramenta elaborada mediante constante e sistêmico processo de análise baseado em evidências que pretendem avaliar, a partir da definição de um problema regulatório, os possíveis impactos das alternativas de ação disponíveis para o alcance dos objetivos pretendidos.²⁷ A finalidade precípua da AIR é orientar e subsidiar ao administrador público a tomada de decisão e, em *ultima ratio*, contribuir para que as ações regulatórias possam ser efetivas, eficazes e eficientes.

O processo da AIR perpassa pelo Método de Kepner e Tregoe.²⁸ Inicialmente, deve-se analisar o problema. Existem cinco técnicas desenvolvidas pelos autores para tanto: 1) definição do problema; 2) descrição do problema em quatro dimensões: identidade; localização; temporalidade e magnitude; 3) extração de informações fundamentais nessas quatro dimensões para compreender as possíveis causas do problema; 4) testagem da causa provável; 5) verificação da verdadeira causa.²⁹

²⁷ BRASIL. *Diretrizes gerais e guia orientativo para elaboração de Análise de Impacto Regulatório — AIR / Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais* [et al.]. Brasília: Presidência da República, 2018a.

²⁸ KEPNER, Charles H.; TREGOE, B. J. *The new rational manager*. Princeton: New Jersey: Princeton Research Press, 1981.

²⁹ Charles H. Kepner e B. J. Tregoe, *The new rational manager*, *op. cit.*, p. 38.

Em nosso estudo, a definição do problema é a ausência³⁰ de prazo adequado para o responsável pelo incidente de segurança comunicá-lo à ANPD. Perceba-se que o problema em si não é apenas a ausência do prazo, mas também sua adequação. O quanto deve ser estabelecido para que a comunicação seja efetiva? É importante essa definição precisa, pois todo o trabalho e toda descrição, análise e explicação ocorrerão mediante o problema posto.

É neste momento que os responsáveis pelo AIR devem avaliar o problema e potencialmente considerar a necessidade de intervenção. Preferencialmente, o processo deve começar antes da fase de planejamento legislativo, pois a interferência no domínio econômico somente surtirá o respectivo efeito necessário e esperado quando o problema for corretamente identificado e quando o regulador necessitar supri-lo em sua zona regulatória.³¹ As práticas regulatórias só devem ser isentas da prévia elaboração da AIR em emergências genuinamente imprevistas, quando um atraso significativo pode objetivamente colocar em risco o bem-estar dos cidadãos. Os órgãos de supervisão devem ser muito críticos em relação aos gestores que utilizam excessivamente tais isenções. Os gestores também deveriam ser obrigados a conduzir uma avaliação *ex post* para assegurar que a regulamentação fosse efetiva após um período definido.³²

A segunda fase é a descrição do problema em suas quatro dimensões. Quando Kepner e Tregoe se referem a identidade, os autores postulam o que eles querem ou tentam explicar. Em outros termos, qual é o problema em si. Nessa análise, a identidade do problema é a ausência de adequada regulamentação. Prosseguindo, qual a localização geográfica e onde esse problema pode ser localizado? Como a LGPD é uma legislação ordinária (Lei nº 13.709/2018) elaborada pela casa legislativa nacional e publicada pelo Poder Executivo federal, sua atuação é em todo o território brasileiro, o que gera

³⁰ Castro e Renda destacam que é essencial que os responsáveis pela definição do problema evitem descrevê-lo como a “falta de uma intervenção pública”, pois tal intervenção pode, de fato, ser uma das possíveis soluções para o problema, mas não é “o problema propriamente dito”. Contudo, neste caso o problema de fato é a falta do prazo, pois o exercício das sanções administrativas ou a imposição de um dever a um particular, seja ele pessoa física ou jurídica, somente ocorre mediante previsão legal e estipulação normativa. CASTRO, R. J.; RENDA, A. *Guía al Estudio de Impacto Regulatoria en la República de Ecuador*. Documento preparado para la Secretaría Nacional de Planificación y el Desarrollo (Senplades) del Gobierno de Ecuador. 2015

³¹ OECD. *OECD regulatory policy outlook 2021*. Paris: OECD Publishing, 2021. p. 77.

³² *Ibid.*, p. 78.

efeito *erga omnes* a toda a sociedade por se tratar de uma abstração jurídica. No mais, pontualmente o problema está no art. 48 da LGPD, vez que não estabelece o prazo adequado para a respectiva comunicação.

Neste ponto podemos responder ao seguinte questionamento: quais atores estão sendo afetados pelo problema regulatório? Os titulares dos dados, diante de um possível incidente de segurança e os controladores e operadores, vez que a adequação temporal não está previamente estabelecida a ponto de criar um condão obrigacional legal. Além deles, a ANPD também é ator direto na causa do problema. O problema tende a afetar direta e indiretamente cada um desses atores. Afeta-se diretamente os titulares dos dados pois seus dados podem ser alvos de um incidente em razão de uma possível ausência de segurança digital e da banalização normativa mediante não adoção de práticas de governança digital. Indiretamente aos responsáveis pela tutela dos dados, gera-se uma redução nos custos de transação.

No momento, a ANPD está contribuindo na permanência do problema. Não há ações ou práticas tomadas para saná-lo. Contudo, não se pode afirmar que existe um agravamento. Mas também não há que se afirmar que houve uma mudança comportamental ou uma medida para que esses atos pudessem evitar, minimizar ou solucionar o problema regulatório. Tem-se a inércia como fator preponderante.

Em sequência e neste mesmo sentido, deve-se definir o aspecto temporal, indicando quando esse problema foi inicialmente observado, o quanto ele vem sendo observado desde então, bem como indicar quando o ciclo de solução desse problema foi iniciado. A observação do problema pode ter ocorrido em 22 de fevereiro de 2021, quando a ANPD divulgou sua nota orientativa em seu sítio eletrônico.³³ A solução proposta não foi uma solução, mas apenas um indicativo. E o ciclo de solução foi pausado em 21 de julho de 2021, às 15h, momento da última atualização conforme informação do sítio eletrônico.

Por fim, a magnitude do problema acaba sendo o critério de considerável dificuldade a definir, vez que não há dados quantitativos para definir a extensão do problema. Porém, a quantidade de pessoas e as unidades afetadas podem ser facilmente definidas: em termos gerais, todos os sujeitos que realizam coleta e tratamento de dados e estão sob o espectro normativo da LGPD serão afetados pelo problema regulatório, pois possuem a obrigação

³³ Brasil, *Guia de resposta a incidentes de segurança*, op. cit.

legal de comunicar o incidente, mas não há prazo previamente estipulado para tanto.

Essas informações devem ser levadas em considerações para um bom funcionamento da AIR, que também é parte de um processo de implementação cíclico e dinâmico que tem início na identificação do problema na disposição regulatória dos objetivos. Porém, a natureza jurídica do problema em análise deve aparecer como fator não apenas classificatório, mas como fator hermenêutico capaz de enquadrá-lo no local aparentemente correto e consequentemente identificar suas raízes e respectivos impactos.

- a) Falhas de mercado,³⁴ que englobam externalidades, bens públicos, assimetria informacional e uso excessivo de poder mercadológico/econômico;
- b) Falhas regulatórias,³⁵ onde existem falhas na implementação ou fiscalização regulatória e em regras prejudiciais elaboradas e impostas pelo gestor governamental;
- c) Falhas institucionais,³⁶ sendo instituições públicas ou privadas que atuam de forma ineficiente ou ineficaz, dificultando os objetivos almejados;
- d) Riscos inaceitáveis,³⁷ tais como à saúde humana, segurança, meio ambiente etc.;

³⁴ “Ocorre quando o mercado por si só não é capaz de atingir resultados econômicos eficientes, provocando alocações subótimas de recursos e impedindo o alcance de bem-estar máximo do ponto de vista social. As falhas de mercado mais comuns são poder de mercado (monopólio, monopólio natural, concorrência imperfeita), externalidades positivas ou negativas, assimetria de informações e existência de bens públicos ou meritórios. Exemplos: • Assimetria de informações entre agentes no mercado de saúde; e • Barreiras à entrada no mercado de exploração de petróleo, devido aos altos investimentos iniciais necessários” (Brasil, *Diretrizes gerais e guia orientativo para elaboração de Análise de Impacto Regulatório — AIR, op. cit.*, p. 37).

³⁵ “Ocorre quando uma ação adotada para solucionar um problema regulatório não é efetiva ou é inconsistente, criando novos problemas ou agravando problema já existente. Isso pode ocorrer por diversos motivos, como problema ou objetivos mal definidos, falha na implementação ou fiscalização da regulação, consequências imprevistas, inconsistência entre regulações concorrentes ou complementares, inovações disruptivas, etc.” (*Ibid.*, p. 37)

³⁶ “Ocorre quando as instituições atuam de forma disfuncional ou têm uma performance não satisfatória, prejudicando a eficiência e/ou eficácia dos processos ou impedindo o alcance dos objetivos almejados. Falta de clareza, duplicação ou sobreposição de competências entre instituições, rigidez para alteração de normas ou estruturas para se adaptar a novas realidades, captura das instituições, são exemplos de fatores que podem causar falhas institucionais.” *Ibid.*, p. 18.

³⁷ “Ocorre quando há riscos que são considerados intoleráveis ou que só podem ser justificados em circunstâncias excepcionais. Este tipo de risco pode variar em função da cultura local, do nível de renda do país etc. Exemplo: Risco de falência do sistema financeiro: pode levar à adoção de regras regulatórias prudenciais.” BRASIL. *Manual de Análise de Impacto Regulatório (AIR) e de Avaliação de Resultado Regulatório (ARR)*. 3. ed. Brasília, Agência Nacional de Transportes Terrestres, 2020.

- e) Contribuir para garantia de direitos fundamentais; e
- f) Objetivos sociais,³⁸ compreendendo a necessidade de contribuição para garantia de direitos fundamentais ou objetivos de operacionalizar políticas públicas.³⁹

Se o problema for analisado das perspectivas elencadas, pode-se verificar seu nítido enquadramento enquanto falha regulatória. Percebe-se que a ausência de formalização normativa pode fazer com que diversos agentes envolvidos neste mercado não se vejam adequados ou inseridos nessa normatização. Em outros termos, geram-se dúvidas, incertezas e inseguranças em seu modelo negocial, pois o correspondente não possui critérios objetivos de análise e verificação para possivelmente apresentar respostas à aplicação das sanções administrativas. Em outros termos, a ausência de prazo adequado pode fazer com que a comunicação de incidentes não seja cumprida em razão da impossibilidade de aplicação de sanções administrativas perante a falta de um dever legal temporal de comunicação. Há uma assimetria regulatória entre os correspondentes públicos e privados que ressalta a falta de clareza normativa.

Como o problema pode se apresentar como multifacetado e possuir diferentes causas e origens, pode-se enquadrá-lo também como um problema dogmático capaz de afetar direitos constitucionais, tais como a privacidade do titular dos dados ou a livre-iniciativa dos controladores e operadores, bem como objetivos sociais, vez que o incentivo à adoção e implementação da LGPD não deve ser apenas um fator de imposição legal, mas uma política pública inserida nos âmbitos público e privado a fim de garantir a autodeterminação informativa.⁴⁰

³⁸ “Ocorre quando há a necessidade de intervenção para garantir objetivos de políticas públicas como, por exemplo: equidade, moradia, saúde, proteção da indústria nacional. Exemplo: Regulação que busca a massificação da banda larga, visando contribuir para o atingimento de objetivos de política pública tais como inclusão digital e melhoria da produtividade, com consequências no desenvolvimento econômico, além das políticas educacionais e de saúde” Brasil, *Diretrizes gerais e guia orientativo para elaboração de Análise de Impacto Regulatório — AIR*, *op. cit.*, p. 18.

³⁹ Brasil, *Manual de Análise de Impacto Regulatório (AIR) e de Avaliação de Resultado Regulatório (ARR)*, *op. cit.*

⁴⁰ “Art. 7º O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses: [...]”

Art. 26. O uso compartilhado de dados pessoais pelo Poder Público deve atender a finalidades específicas de execução de políticas públicas e atribuição legal pelos órgãos e pelas entidades públicas, respeitados os princípios de proteção de dados pessoais elencados no art. 6º desta Lei.” Brasil, *Lei Geral de Proteção de Dados*, *op. cit.*

Dessa forma, como sugestão complementar às consultas e às audiências públicas, recomenda-se à ANPD analisar objetivamente o tempo adequado às empresas para que ocorra a notificação conforme eficiência no setor de governança empresarial. Mas essa sugestão não deve ser preponderante ou se sobrepor à proteção de dados do titular, já que a obrigatoriedade de adequação está em vigor e não é escusa para qualquer pessoa jurídica o descumprimento da lei. Apenas as sanções administrativas que não poderão ser implicadas. Trata-se, portanto, de um intermédio ou um meio-termo entre aspecto regulamentar sancionatório e adequação cultural, entendendo ser indispensável para sua constituição e efetividade em momentos de danos à privacidade e intimidade de terceiros.

Entre as possíveis ações a serem tomadas em um ambiente regulatório estão as ações normativas e não normativas. Nessas identificam-se a autorregulação, corregulação, incentivos econômicos e informação e educação. Mesmo diante da necessidade de sua constante consideração, as alternativas não normativas não apresentam resultados eficazes ou efetivos. A discussão entre ações dissuasivas ou persuasivas⁴¹ é pertinente, mas neste caso as regulações responsivas aparentam ser mais adequadas para abarcar diferentes comportamentos e aplicar a restrição necessária e punitiva sobre os atores que se recusam a cooperar e efetivamente cumprir a legislação. Ressalta-se que as sanções já possuem sua respectiva previsão na LGPD. Portanto, o desafio neste caso não é a identificação e implementação de sanções eficazes, mas de mecanismos que façam a ponte entre a imposição de um dever legal e de seu sancionamento mediante descumprimento. Em outros termos, não se pretende criar ou elaborar ações prescritivas que desenvolvam ou criem barreiras ou custos desnecessários aos regulados, mas padrões racionais e objetivos de aplicação da própria norma.

Caso essa proposta seja analisada sob a ótica das quatro categorias de custos propostas por Ehrlich e Posner,⁴² verifica-se que ao menos três deles podem assumir uma postura ínfima. Primeiro, o custo para desenvolver e implementar padrões (*rule-making costs*) poderá ser considerável a partir do momento em que a LGPD demanda a consulta pública e a audiência pública como requisito formal de elaboração. Essa demanda não é apenas ilustrativa, pois se necessita compreender a realidade econômica e social para criar

⁴¹ B. Ballantine e B. Devonald, *Modern regulatory impact analysis, op. cit.*

⁴² EHRlich, Isaac; POSNER, Richard A. *An economic analysis of legal rulemaking. The Journal of Legal Studies*, v. 3, n. 1, p. 257-286, 1974.

normativos adequados a ela. No mais, os custos de execução (*enforcement costs*) serão quase nulos, vez que as sanções já estão previamente definidas em lei e podem chegar à ANPD mediante denúncia do titular dos dados ou fiscalização. Ocorre que, mesmo neste último caso, os custos do *enforcement* já estariam previstos quando da elaboração do normativo. Portanto, acredita-se que não há provisões adicionais pela simples regulamentação do caso. O mesmo acontece quando se analisam os custos dessa regulação para a indústria e para o mercado (*compliance costs*). Conforme já mencionado, a adoção e implementação da LGPD conforme seu âmbito de regulação não é uma opção, mas uma obrigatoriedade. Em tese, as sociedades empresariais e as atividades de empresa que estão sob sua custódia já deveriam ter implementado eficazmente e deduzido esses custos de *compliance* em seus negócios. O que pode eventualmente causar um aumento dos custos são o prazo e a forma de comunicação. Porém, acredita-se que o enunciativo da ANPD de dois dias úteis deve se manter ou ao menos aumentar para atender demandas de micro e pequenas empresas que não possuem o conhecimento adequado para atuar eficazmente na tutela dos dados coletados e tratados. Por fim, os custos sociais (*harm costs*) aparentemente não se verificam, pois não há uma efetiva ou aparente diminuição da riqueza social pelo ato regulamentador.

Ressalta-se que o AIR deve ser elaborado mediante levantamento qualitativo e quantitativo em território brasileiro. Assim o é, pois respostas regulatórias idênticas ou semelhantes podem ser mais efetivas em um país do que em outro. Uma possível resposta estaria atrelada aos custos de transação de implementação dessa política regulatória. Porém, esse não é o problema a ser desenhado neste trabalho.⁴³

A análise aprofundada de todas as possíveis alternativas que se apresentam como causas, consequências e respostas deve ser mapeada e pode ser custosa. Porém, as breves considerações aqui desenvolvidas servem como

⁴³ Para mais, ver em: LEVY, Brian; SPILLER, Pablo T. The institutional foundations of regulatory commitment: a comparative analysis of telecommunications regulation. *The Journal of Law, Economics, and Organization*, v. 10, n. 2, p. 201-246, 1994. "Levy and Spiller see regulatory design as consisting of two components: regulatory governance and regulatory incentives. The governance structure of a regulatory system consists of the mechanisms that societies use to constrain regulatory discretion, and to resolve conflicts that arise in relation to these constraints. On the other hand, the regulatory incentive structure consists of the rules governing utility pricing, cross- or direct-subsidies, entry, access, interconnection, etc. While regulatory incentives may affect performance, Levy and Spiller argue that regulatory incentives (whether positive or negative) only become important if effective regulatory governance has been established" (VELJANOVSKI, C. Economic approaches to regulation. In: BALDWIN, R.; CAVE, M.; LODGE, M. *The Oxford handbook of regulation*. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 9).

indícios daquelas que aparentam ser viáveis e com potencial de efetividade a ponto de serem detalhadas e desenvolvidas na AIR.

Outro ponto de contribuição para a AIR são as ações *ex post*. O monitoramento das condutas adotadas⁴⁴ e a adoção de órgãos colegiados para tomada decisória⁴⁵ são parte do processo a ser desenvolvido e instrumentalizado em ferramentas para elaboração em vistas à qualidade do sistema regulatório.⁴⁶ Trata-se, portanto, da melhoria regulatória mediante adoção da racionalidade como fator indicativo de transparência e inclusão.^{47 48}

Por fim, outro ponto de partida útil para explorar as razões oferecidas para a regulamentação são as categorias oferecidas por Prosser, sendo (1) regulamentação para eficiência econômica e de mercado, (2) regulamentação

⁴⁴ DAL BÓ, E. Regulatory capture: a review. *Oxford Review of Economic Policy*, v. 22, n. 2, p. 203-225, 2006.

⁴⁵ LAFFONT, J.-J.; MARTIMORT, D. Separation of regulators against collusive behavior. *The Rand Journal of Economics*, v. 30, n. 2, p. 232-262, 1999; SNYDER, J. M. On Buying Legislatures. *Economics & Politics*, v. 3, n. 2, p. 93-109, 1991.

⁴⁶ BALLANTINE, B.; DEVONALD, B. Modern regulatory impact analysis: the experience of the European Union. *Regulatory Toxicology and Pharmacology*, v. 44, n. 1, p. 57-68, 2006.

⁴⁷ HUGÉ, J.; WAAS, T. Converging impact assessment discourses for sustainable development: the case of Flanders, Belgium. *Environment, Development and Sustainability*, v. 13, n. 3, p. 607-626, 2011; STARONOVA, K. Regulatory impact assessment in Slovakia: performance and procedural reform. *Impact Assessment and Project Appraisal*, v. 34, n. 3, p. 214-227, 2016.

⁴⁸ Dispõe o art. 6º do Decreto nº 10.411/2021 que: "A AIR será concluída por meio de relatório que contenha: I — sumário executivo objetivo e conciso, que deverá empregar linguagem simples e acessível ao público em geral; II — identificação do problema regulatório que se pretende solucionar, com a apresentação de suas causas e sua extensão; III — identificação dos agentes econômicos, dos usuários dos serviços prestados e dos demais afetados pelo problema regulatório identificado; IV — identificação da fundamentação legal que ampara a ação do órgão ou da entidade quanto ao problema regulatório identificado; V — definição dos objetivos a serem alcançados; VI — descrição das alternativas possíveis ao enfrentamento do problema regulatório identificado, consideradas as opções de não ação, de soluções normativas e de, sempre que possível, soluções não normativas; VII — exposição dos possíveis impactos das alternativas identificadas, inclusive quanto aos seus custos regulatórios; VIII — considerações referentes às informações e às manifestações recebidas para a AIR em eventuais processos de participação social ou de outros processos de recebimento de subsídios de interessados na matéria em análise; IX — mapeamento da experiência internacional quanto às medidas adotadas para a resolução do problema regulatório identificado; X — identificação e definição dos efeitos e riscos decorrentes da edição, da alteração ou da revogação do ato normativo; XI — comparação das alternativas consideradas para a resolução do problema regulatório identificado, acompanhada de análise fundamentada que contenha a metodologia específica escolhida para o caso concreto e a alternativa ou a combinação de alternativas sugerida, considerada mais adequada à resolução do problema regulatório e ao alcance dos objetivos pretendidos; e XII — descrição da estratégia para implementação da alternativa sugerida, acompanhada das formas de monitoramento e de avaliação a serem adotadas e, quando couber, avaliação quanto à necessidade de alteração ou de revogação de normas vigentes. Parágrafo único. O conteúdo do relatório de AIR deverá, sempre que possível, ser detalhado e complementado com elementos adicionais específicos do caso concreto, de acordo com o seu grau de complexidade, abrangência e repercussão da matéria em análise".

para proteger direitos, (3) regulamentação para solidariedade social, e (4) regulamentação como deliberação.⁴⁹ Essa não é a única forma de categorizar as razões,⁵⁰ mas as diferentes categorias geralmente são transversais umas às outras.⁵¹

Assim, verifica-se que a tecnologia em si é um local para falhas de mercado. Não se relacionam essas especificamente à tecnologia ou às indústrias tecnológicas, mas particularmente neste setor é desejável às regulações a formulação de padrões técnicos para possibilitar a interoperabilidade entre os agentes atuantes.

Ocorre que durante toda a construção deste artigo assumiu-se uma postura de inaplicabilidade das sanções administrativas em virtude do descumprimento, mas sem seu respectivo aprofundamento. O detalhamento normativo e as justificativas que fundamentam esse posicionamento serão apresentados neste momento.

3. A nulidade do Ato Administrativo Sancionador diante da ausência da AIR: notas ao art. 21 do Decreto nº 10.411/2020

Até então, verificou-se que a liberdade conferida aos agentes econômicos pelo ordenamento jurídico para a respectiva atuação no mercado encontra-se limitada por um conjunto de normas. Essa relação ainda se acentua quando posta em análise sob a ótica da economia digital e compartilhada, onde a concepção de consumo passa a ser substituída pela ideia de uso de um bem e para o qual não é necessária sua posse ou propriedade.⁵² Ocorre que essa limitação não pode se dar de forma ampla e irrestrita, pois subsidiariamente pode causar impactos negativos na inovação, criação de empregos, produtividade, competitividade, desenvolvimento do país, entre outros. Portanto, preza-se *prima facie* pelo bem-estar social aliado ao crescimento econômico, à eficiência e à eficácia.

⁴⁹ PROSSER, Tony. *The regulatory enterprise: government, regulation, and legitimacy*. Oxford University Press, 2010. p. 18.

⁵⁰ SUNSTEIN C. *After the rights revolution: reconceiving the regulatory State*. Cambridge: Harvard University Press, 1990. p. 47-73

⁵¹ MOSES, L. B. Regulating in the face of sociotechnical change. In: BROWNSWORD, R.; SCOTFORD, E.; YEUNG, K. *The Oxford handbook of law, regulation and technology*. Oxford: Oxford University Press, 2016. p. 604-627.

⁵² RAGAZZO, Carlos. *O direito e a economia do compartilhamento*. In: PINHEIRO, A. C.; PORTO, A. J. M.; SAMPAIO, P. R. P. *Direito e economia: diálogos*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2019. p. 573.

Uma das formas encontradas para atingir essas pretensões foi mediante a criação da AIR. Sua constituição pressupõe a unidade organizacional do agente público responsável pela elaboração da regulação a ser inserida no âmbito econômico, jurídico e social. A função desse corpo unitário, conforme demonstrado, é aproximar-se dos problemas para iniciar abordagens e tomar decisões em um sentido cooperativo e que leve em consideração todas as partes envolvidas no processo. Frisa-se que, neste caso, as partes não se restringem apenas aos componentes da administração pública, mas, conforme visto, àqueles que também serão afetados pela regulamentação.

Durante a breve análise na seção anterior, conseguiu-se demonstrar que a AIR é um procedimento burocrático e oneroso, porém valiosa ferramenta destinada à implementação de políticas regulatórias. Sua inobservância, contudo, deve ser verificada com maior cautela para identificar quais suas premissas ou resultados consequenciais. Conforme já mencionado, existem pelo menos três regulamentos que demandam a elaboração da AIR: o 55-J, § 2º da LGPD,⁵³ o art. 6º da Lei nº 13.848, de 25 de junho (Lei das Agências),⁵⁴ e o 5º da Lei da Liberdade Econômica,⁵⁵ bem como conforme as prescrições do Decreto nº 10.411, de 30 de junho de 2020.

Porém, o art. 21 do Decreto nº 10.411/2020 dispõe que: “A inobservância ao disposto neste Decreto não constitui escusa válida para o descumprimento da norma editada e nem acarreta a invalidade da norma editada”.

Duas são as observações. A primeira é que, conforme já mencionado anteriormente, o fato de as sanções não serem aplicadas de forma imediata diante do silêncio legislativo acerca do prazo para notificar a autoridade competente de fato não é escusa para implementação da própria lei no âmbito empresarial e econômico. Dessa forma, como imperativo e norma cogente, todas as empresas devem se estruturar para atender as finalidades

⁵³ “§ 2º Os regulamentos e as normas editados pela ANPD devem ser precedidos de consulta e audiência públicas, bem como de análises de impacto regulatório”. Brasil, *Lei Geral de Proteção de Dados*, *op. cit.*

⁵⁴ “Art. 6º A adoção e as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados serão, nos termos de regulamento, precedidas da realização de Análise de Impacto Regulatório (AIR), que conterá informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo.” Brasil, *Lei das Agências*, *op. cit.*

⁵⁵ “Art. 5º As propostas de edição e de alteração de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados, editadas por órgão ou entidade da administração pública federal, incluídas as autarquias e as fundações públicas, serão precedidas da realização de análise de impacto regulatório, que conterá informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo para verificar a razoabilidade do seu impacto econômico.” (Regulamento)

gerenciais de dados previstas na própria legislação. Trata-se do instituto legitimador para tutela dos dados do titular que transcende apenas a questão do seu consentimento para coleta e tratamento, mas adentra na opção sobre o controle exercido sobre essa titularidade.

A segunda observação é que a norma afasta a possibilidade de invalidade da norma editada mesmo diante da ausência da AIR. Assim, mesmo que legislações esparsas determinem sua elaboração prévia como condição normativa de validade, não haveria que se cogitar nulidade do ato regulatório. Neste ponto o legislador apresenta considerável inovação em matéria legislativa. A hermenêutica neste ponto é essencial para indagar sobre a constitucionalidade do dispositivo.

Primeiramente, há uma diferenciação entre lei e regulamento que não se limita ou se restringe à origem de um ou de outro. A distinção substancial, conforme Mendes e Branco,⁵⁶ “reside no fato de que a lei pode inovar originariamente no ordenamento jurídico”. Lado outro, o regulamento, conforme Bandeira de Mello,⁵⁷ somente fixa as “regras orgânicas e processuais destinadas a pôr em execução os princípios institucionais estabelecidos por lei, ou para desenvolver os preceitos constantes da lei, expressos ou implícitos, dentro da órbita por ele circunscrita”. Assim, o comando do art. 84, IV, da CRFB,⁵⁸ conforme entendimento exarado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) na ADI nº 1.075-MC/DF,⁵⁹ o poder regulamentar deferido aos ministros de Estado, embora de extração constitucional, não legitima a edição de atos normativos de caráter primário, estando seu exercício, conteúdo e limites necessariamente subordinados ao que prescrevem as leis e a Constituição da república. Dessa forma, mesmo sendo de segundo grau, o ato jurídico somente tem a finalidade de dar fiel execução normativa a ponto que compõe parte complementar e descritiva do sistema normativo *ope constitutionis*, vez que auxiliares do chefe do Poder Executivo da União.

Com essa premissa, extrai-se o defendido anteriormente de que é defeso ao ato regulamentar criar obrigações ou restringir direitos sob pena de violação da autonomia privada e do domínio constitucional material. O Decreto

⁵⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva Educação SA, 2016. p. 973. (Série IDP-2020).

⁵⁷ BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo. *Princípios gerais de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1969. v. 1, p. 314.

⁵⁸ “Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: [...] IV — sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução.”

⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 1.075*, relator ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 24 nov. 2006.

regulamentar deve ser fiel ao teor da lei regulada. Não se deve ampliar determinações legais ou restringir o alcance legislativo. O instrumento responsável por essa ação é justamente a lei. O decreto apenas deve dispor a forma e os modos como os direitos consagrados serão exercidos.⁶⁰ Em outros termos, observa-se a reserva legal enquanto mecanismo de garantia da imposição estatal e suas respectivas restrições mediante o indisponível devido processo legal garantido pela CRFB (art. 5º, LIV) para evitar a supressão de direitos ou o exercício arbitrário e abusivo do poder público.⁶¹

Portanto, como a Lei da Liberdade Econômica e a Lei das Agências não delegaram um poder ao Executivo para dispor expressamente quanto à sua obrigatoriedade, constata-se vício no ato legislativo que invade a competência material legislativa e o torna inconstitucional por infringência ao art. 84, IV da CRFB. O Poder Executivo não tem força criadora autônoma e nem dota condições para inovação decisiva na ordem jurídica sem que as atividades legislativas não a tenham concedido previamente.

O uso e abuso da regulação pelas agências, inobservada a elaboração da AIR fundamentando tal conduta no art. 21 do Decreto nº 10.411, de 30 de junho de 2020, além de conduta inconstitucional, tem como consequência a nulidade do ato normativo pela inobservância formal do processo regulatório, conforme disposição do art. 2º da Lei nº 9.784/1999.⁶² Trata-se do formalismo moderado ou mitigado, o qual indica que no processo administrativo deve existir uma medida razoável e proporcional ao atendimento dos interesses públicos ou da garantia dos direitos dos administrados.⁶³ E para além de sua disposição, trata-se de processo administrativo que possui forma adequada e regulada pelo Decreto nº 10.411/2020, enquadrando-se na exceção prevista do art. 22 da Lei nº 9.784/1999.⁶⁴ Por essas razões a ilicitude do ato é mera consequência da inobservância da forma e do procedimento.

⁶⁰ SCATOLINO, Gustavo; TRINDADE, João. *Manual de direito administrativo*. 4 ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 354.

⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AC 1.033 AgR-QO, relator ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 16 jun. 2006.

⁶² "Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: [...] VIII — observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados."

⁶³ NOHARA, Irene Patrícia. *Direito administrativo*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2022. p. 203.

⁶⁴ "Art. 22. Os atos do processo administrativo não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir."

Ressalta-se que a AIR não se trata de mera formalidade, mas ferramenta indispensável à disciplina organizacional regulatória para impedir um assaz restritivo infundamentado fruto de um forte idealismo ou mesmo condutas totalitárias e arbitrárias que marcam a prática jurídica de ordenamentos reacionários negativos. Por esse mesmo motivo, o Decreto nº 10.411/2020 reconheceu em seu art. 4^o⁶⁵ restritas situações de dispensa da AIR. Nas demais é componente indispensável do processo administrativo regulatório. A regulação econômica é exceção e deve ser tratada com responsabilidade integral, assumindo-se uma possível dilação ou não decisão quando da ausência dos instrumentos adequados.

Por fim, durante a análise do art. 48 da LGPD, demonstrou-se uma omissão da enunciação do prazo e de sua adequação às situações nas quais se pretende proceder à aplicação de sanções. Diante dessa situação não se controla o exercício material legislativo em razão de o ato não estar ajustado às hipóteses a que ele incide. Em outros termos, não há manutenção da legalidade pela inconformidade do ato e das exigências normativas para sua correta formalização. Dessa forma, para além das questões envolvendo os aspectos formais do processo administrativo, tem-se vício de motivação capaz de implicar a nulidade do ato praticado.

Como todo o processo deve ser pautado pelas garantias constitucionais, não há como estabelecer padrões objetivamente aferíveis, especialmente no que se referem a prazos, em razão do silêncio normativo. A ampla defesa e o contraditório possivelmente serão afetados e poderão acarretar a nulidade do ato. Por mais que no ambiente regulatório presume-se a discricionariedade, mas não se assume a arbitrariedade como padrão referencial. Deve existir a restrição, pois as decisões regulatórias em matéria econômica devem ser

⁶⁵ “Art. 4º A AIR poderá ser dispensada, desde que haja decisão fundamentada do órgão ou da entidade competente, nas hipóteses de: I – urgência; II – ato normativo destinado a disciplinar direitos ou obrigações definidos em norma hierarquicamente superior que não permita, técnica ou juridicamente, diferentes alternativas regulatórias; III – ato normativo considerado de baixo impacto; IV – ato normativo que vise à atualização ou à revogação de normas consideradas obsoletas, sem alteração de mérito; V – ato normativo que vise a preservar liquidez, solvência ou hígidez: a) dos mercados de seguro, de resseguro, de capitalização e de previdência complementar; b) dos mercados financeiros, de capitais e de câmbio; ou c) dos sistemas de pagamentos; VI – ato normativo que vise a manter a convergência a padrões internacionais; VII – ato normativo que reduza exigências, obrigações, restrições, requerimentos ou especificações com o objetivo de diminuir os custos regulatórios; e VIII – ato normativo que revise normas desatualizadas para adequá-las ao desenvolvimento tecnológico consolidado internacionalmente, nos termos do disposto no Decreto nº 10.229, de 5 de fevereiro de 2020.”

informadas e possibilitar discussões no processo decisório com dados concretos que clareiam o leque de opções disponíveis.⁶⁶ Portanto,

com a AIR, a discricionariedade regulatória passa a ser vista como competência administrativa (não mera faculdade) de avaliar e escolher, no plano concreto, soluções embasadas em razões robustas (fáticas e jurídicas), as quais devem atender com estimativas seguras os requisitos formais e substanciais do direito fundamental à boa administração.⁶⁷

Dessa forma, caso a ANPD regule o prazo do art. 48 da LGPD sem a respectiva elaboração da AIR, o ato praticado pelo órgão regulador estará eivado de vício de forma ante a ausência de motivação qualificada.⁶⁸ Trata-se de mecanismo destinado à limitação de atuações infundadas a ponto de causar impacto no mercado e na economia.

Conclusão

O esforço empreendido durante a construção deste artigo foi para responder ao seguinte problema de pesquisa: como e qual a forma mais adequada de a ANPD regulamentar o prazo e as sanções pelo descumprimento da comunicação de incidentes de segurança? Como observado, a forma mais adequada para regulamentação do prazo é mediante elaboração normativa pelo próprio órgão. Contudo, a resposta, apesar de simples, localiza-se à frente de um complexo procedimento regulatório exigido pelos arts. 55-J, § 2º da LGPD, o art. 6º da Lei nº 13.848, de 25 de junho (Lei das Agências), e o 5º da Lei da Liberdade Econômica, bem como conforme as prescrições do Decreto nº 10.411, de 30 de junho de 2020. Todo processo deve ocorrer mediante prévia elaboração da AIR para determinar os impactos a serem causados no setor econômico.

As possíveis e breves indicações foram as contribuições trazidas na segunda seção, na qual se utiliza o método de Kepner e Tregoe como fator de

⁶⁶ ALBUQUERQUE, Kélvia Frota de. *A retomada da reforma/melhora regulatória no Brasil: um passo fundamental para o crescimento econômico sustentado*. Brasília: Seae/MF, 2013.

⁶⁷ FREITAS, Juarez. Políticas públicas, avaliação de impactos e o direito fundamental à boa administração. *Sequência*, Florianópolis, n 70, p. 115-133, 2015.

⁶⁸ TEIXEIRA, R. S. *Ausência da análise de impacto regulatório (AIR) exigível como causa de nulidade do ato regulatório normativo*. Monografia de conclusão de curso. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2021.

identificação da problemática e forma de gestão eficaz de solucionar o vício normativo. E, neste sentido, ficou demonstrado que a natureza jurídica do problema regulamentar é tida como falha de regulatória e incidentalmente como objetivo social.

Reconhece-se que uma das limitações deste estudo está justamente na segunda seção, vez que as considerações apresentadas foram consideravelmente breves. Assim o é, pois todo o estudo de impacto regulatório possui extrema complexidade e não seria possível esgotá-lo dentro dos limites metodológicos de um artigo. No mais, há a limitação de conhecimento do pesquisador acerca dos critérios econômicos e sociais envolvidos. Por essas razões que as contribuições apresentadas foram breves no sentido de apenas orientar futuros estudos e futuras regulamentações na ANPD.

Porém, constata-se que a elaboração da AIR é elemento formal indispensável à correta regulação e sua ausência poderá causar nulidade do normativo elaborado, bem como das sanções aplicadas com fundamento nesta regulamentação. Em outros termos, verifica-se que a imposição de um prazo pela ANPD prescindindo-se da AIR pode conter vício de motivação e vício de forma nos termos do art. 2º da Lei nº 9.784/1999, ensejando sua inadequada aplicação.

Assim recomenda-se, pois, a garantia de funcionamento independente do mercado, e a observância da autonomia privada é forma de concretizar os preceitos fundamentais constitucionais e democrático de não intervenção sem a reserva legal necessária. Com essa assunção, pretende-se evitar uma distorção do funcionamento do mercado e ações que são visivelmente ilegais por evitar o trâmite legal e burocrático existente.

Por fim, constata-se que o art. 21 do Decreto nº 10.411, de 30 de junho de 2020, possui vício de inconstitucionalidade ante o art. 84, IV, da CRFB, pois estabelece inovação legislativa em matéria regulamentar, conduta essa vedada pela Constituição e já decidida em matéria de ADI pelo STF (ADI nº 1.075).

Dessa forma, apesar das limitações reconhecidas durante o estudo, acredita-se que as contribuições possam demonstrar possibilidades discursivas para uma temática de interesse social em âmbito constitucional, administrativo e regulamentar-econômico.

Referências

ALBUQUERQUE, Kélvia Frota de. *A retomada da reforma/melhora regulatória no Brasil: um passo fundamental para o crescimento econômico sustentado*. Brasília: Seae/MF, 2013. (Documento de trabalho, nº 35). Disponível em: http://www.seae.fazenda.gov.br/central-de-documentos/documentos-de-trabalho/documentos-de-trabalho-2006/Dt_35.pdf. Acesso em: 16 fev. 2023.

ARAGÃO, A. S. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BALLANTINE, B.; DEVONALD, B. Modern regulatory impact analysis: the experience of the European Union. *Regulatory Toxicology and Pharmacology*, v. 44, n. 1, p. 57-68, 2006.

BALDWIN, R.; CAVE, M.; LODGE, M. Introduction: Regulation—the field and the developing agenda. In: BALDWIN, R.; CAVE, M.; LODGE, M. (Org.) *The Oxford handbook of regulation*. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 1-10.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo. *Princípios gerais de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1969. v. 1.

BRASIL. *Comunicação de incidentes de segurança*. ANPD. 2022. Disponível em: https://www.gov.br/anpd/pt-br/canais_atendimento/agente-de-tratamento/comunicado-de-incidente-de-seguranca-cis. Acesso em: 16 fev. 2023.

BRASIL. *Diretrizes gerais e guia orientativo para elaboração de Análise de Impacto Regulatório — AIR / Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais [et al.]*. Brasília: Presidência da República, 2018a.

BRASIL. Formulário de comunicação de incidente de segurança com dados pessoais à Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD). ANPD. 2021. Disponível em: https://www.gov.br/anpd/pt-br/assuntos/atual-formulario-de-comunicacao-de-incidentes-de-seguranca-com-dados-pessoais_01-03-2021-4.docx. Acesso em: 27 fev. 2022.

BRASIL. *Guia de resposta a incidentes de segurança: Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)*. Brasília: ANPD, 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/anpd/pt-br/assuntos/incidente-de-seguranca>. Acesso em: 23 jul. 2022.

BRASIL. Lei da Liberdade Econômica. Lei n. 13.874 de 20 de setembro de 2019. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 20 set. 2019.

BRASIL. Lei das Agências. Lei n. 13.848 de 25 de junho de 2019. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 25 jun. 2019.

BRASIL. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Lei n. 13.709 de 14 de agosto de 2018. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 14 ago. 2018b.

BRASIL. *Manual de Análise de Impacto Regulatório (AIR) e de Avaliação de Resultado Regulatório (ARR)*. 3. ed. Brasília: Agência Nacional de Transportes Terrestres, 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AC 1.033 AgR-QO*, relator ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 16 jun. 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 1.075*, relator ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 24 nov. 2006.

CASTELLS, Manuel. *A galáxia da internet: reflexões sobre os negócios, a internet e a sociedade*. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

CASTRO, R. J.; RENDA, A. *Guía al Estudio de Impacto Regulatorio en la República de Ecuador*. Documento preparado para la Secretaría Nacional de Planificación y el Desarrollo (Senplades) del Gobierno de Ecuador. 2015.

DAL BÓ, E. Regulatory capture: a review. *Oxford Review of Economic Policy*, v. 22, n. 2, p. 203-225, 2006.

EEKELAAR, J. M. *Regulating divorce*. Clarendon Press: Oxford, 1991.

EHRlich, Isaac; POSNER, Richard A. An economic analysis of legal rulemaking. *The Journal of Legal Studies*, v. 3, n. 1, p. 257-286, 1974.

FREITAS, Juarez. Políticas públicas, avaliação de impactos e o direito fundamental à boa administração. *Sequência*, Florianópolis, n. 70, p. 115-133, 2015.

GIAMBIAGI, F.; ALÉM, A. C. D. *Finanças públicas: teoria e prática no Brasil*. Rio de Janeiro: Campus, 1999.

HANDLER, T. *Regulating the European environment*. Nova York: Chancery Law Publishing, 1997.

HUGÉ, J.; WAAS, T. Converging impact assessment discourses for sustainable development: the case of Flanders, Belgium. *Environment, Development and Sustainability*, v. 13, n. 3, p. 607-626, 2011.

KEPNER, Charles H.; TREGOE, B. J. *The new rational manager*. Princeton, New Jersey: Princeton Research Press, 1981.

LAFFONT, J.-J.; MARTIMORT, D. Separation of regulators against collusive behavior. *The Rand Journal of Economics*, v. 30, n. 2, p. 232-262, 1999.

LEVY, Brian; SPILLER, Pablo T. The institutional foundations of regulatory commitment: a comparative analysis of telecommunications regulation. *The Journal of Law, Economics, and Organization*, v. 10, n. 2, p. 201-246, 1994.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva Educação SA, 2016. (Série IDP-2020).

MOSES, L. B. Regulating in the face of sociotechnical change. In: BROWNSWORD, R.; SCOTFORD, E.; YEUNG, K. *The Oxford handbook of law, regulation and technology*. Oxford: Oxford University Press, 2016. p. 604-627.

NOHARA, Irene Patrícia. *Direito administrativo*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2022.

OECD. *OECD regulatory policy outlook 2021*. Paris: OECD Publishing, 2021.

PROSSER, Tony. *The regulatory enterprise: government, regulation, and legitimacy*. Oxford University Press, 2010.

RAGAZZO, Carlos. O direito e a economia do compartilhamento. In: PINHEIRO, A. C.; PORTO, A. J. M.; SAMPAIO, P. R. P. *Direito e economia: diálogos*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2019. p. 571-598.

RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*. São Paulo: Renovar, 2008.

SCATOLINO, Gustavo; TRINDADE, João. *Manual de direito administrativo*. 4 ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

SELZNICK, Philip. Focusing organizational research on regulation. *Regulatory Policy and the Social Sciences*, v. 1, n. 1, 1985. p. 363-367.

SNYDER, J. M. On buying legislatures. *Economics & Politics*, v. 3, n. 2, p. 93-109, 1991.

STARONOVA, K. Regulatory impact assessment in Slovakia: performance and procedural reform. *Impact Assessment and Project Appraisal*, v. 34, n. 3, p. 214-227, 2016.

STOLOFF, N. *Regulating the environment*. Dobbs Ferry, NY: Oceana Publications, 1991.

SUNSTEIN C. *After the rights revolution: reconceiving the regulatory State*. Cambridge: Harvard University Press, 1990.

TEIXEIRA, R. S. *Ausência da análise de impacto regulatório (AIR) exigível como causa de nulidade do ato regulatório normativo*. Monografia de conclusão de curso. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2021.

VELJANOVSKI, C. Economic approaches to regulation. In: BALDWIN, R.; CAVE, M.; LODGE, M. *The Oxford handbook of regulation*. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 1-15.