

A PRODUÇÃO NORMATIVA A RESPEITO DA PRIVACIDADE NA ECONOMIA DA INFORMAÇÃO E DO LIVRE FLUXO INFORMACIONAL TRANSFRONTEIRIÇO

Bruno Ricardo Bioni¹

RESUMO: A informação adjetiva o novo formato da sociedade - sociedade da informação -, revelando-se como um bem econômico que dita a chamada economia da informação. Tem-se, assim, um fluxo informacional que é vital para o progresso econômico, sobretudo em escala transfronteiriça. Numa sociedade de consumo e de massa o comportamento dos consumidores precifica e monetiza os seus dados pessoais. Há, assim, um embate entre o livre fluxo informacional e a privacidade dos consumidores que alterará, sobretudo, a própria perspectiva da tutela da privacidade. Nesse cenário, faz-se imprescindível verificar a nova agenda economizada, internacional e multilateral da privacidade, investigando a respeito da sua produção normativa para, por fim, constatar qual é o papel do estado e da ciência jurídica em meio a esse cenário regulatório complexo.

PALAVRAS-CHAVE: sociedade da informação - privacidade - livre fluxo informacional transfronteiriço - análise funcional do direito.

THE NORMATIVE PRODUCTION ON PRIVACY IN INFORMATION ECONOMY AND TRANSBORDER FREE FLOW INFORMATION

ABSTRACT: The information qualifies the new framework of society - information society -, and it turns out to be an economic asset that rules the so called economy of information. Therefore, there is an informational flow that is vital for economic progress. In a consumption and mass society the behavior of consumers monetize and fix prices to their personal data. Thus, there is a collision between free informational flow and consumers' privacy. It modifies the perspective of privacy. In this context, it is indispensable to verify the new, economic, international and multilateral features of privacy to investigate its normative production for, at last, certifying what is the role of the estate and the law in this complex regulatory scenery.

KEY-WORDS: information society - privacy - transborder free flow information - functional analyze of law

¹ Mestrando em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Pesquisador bolsista da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo/FAPESP.

A PRODUÇÃO NORMATIVA A RESPEITO DA PRIVACIDADE ECONOMIZADA E EM ESCALA TRANSFRONTEIRIÇA

1 Introdução

As revelações do ex-agente da NSA, Edward Snowden, a respeito da espionagem do governo americano em escala mundial, que alcançou entre os inúmeros chefes de estado, os do Brasil (Dilma Roussef) e da Alemanha (Angela Merkel), colocou as luzes dos holofotes sobre a questão da privacidade na *internet*. O programa *PRISM* da Agência de Segurança Nacional/NSA norte-americana valeu-se da vulnerabilidade da segurança das comunicações na rede para viabilizar tal espionagem em massa.

Mas, o mais importante, é que se colocou em pauta a projeção de um padrão internacional de proteção da privacidade na *internet*, uma vez que ambos os chefes de estado apresentaram uma resolução na Organização das Nações Unidas para prever regras a respeito da privacidade na era digital.²

Desta feita, mostra-se oportuno traçar o percurso da produção normativa sobre a privacidade na *internet*, em especial da proteção de dados pessoais, contextualizando-a frente a própria perspectiva do que venha ser privacidade em meio ao novo formato da sociedade - a sociedade da informação - para, por fim, tecer algumas considerações a respeito do próprio papel da ciência jurídica nesse intrincado contexto.

Assim, os primeiros capítulos traçaram uma abordagem mais analítica: a alteração da perspectiva da tutela da privacidade - de uma liberdade negativa para uma liberdade positiva; a agenda economizada, internacional e multilateral com base em documentos emitidos por organismos multilaterais, ou, de acordo bilaterais entre estados; a ênfase dada a autorregulação do mercado informacional e o crescente modelo multiparticipativo

² Nesse sentido, é a postagem do portal de notícia da globo. "Dilma diz que privacidade na internet deve ter tratamento prioritário na ONU (...). Na sexta (1º), os governos do Brasil e Alemanha apresentaram à Assembleia Geral da ONU uma proposta que prevê regras para garantir o "direito à privacidade" na era digital. O projeto de resolução elaborado por Brasil e Alemanha, informou o Itamaraty, será analisado pelo plenário da assembleia da ONU. A proposta costurada pelas chancelarias de Brasil e Alemanha recomenda que as Nações Unidas aprove a adoção de medidas que permitam o fim das violações ao direito à privacidade. Os diplomatas dos dois países também recomendam que todas as nações cumpram as obrigações previstas na legislação internacional de direitos humanos." Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2013/11/dilma-diz-que-privacidade-na-internet-deve-ter-tratamento-prioritario-na-onu.html>>. Acesso em 13 de dezembro de 2013. No mesmo sentido, é a reportagem do jornal o Estado de São Paulo intitulada: "Brasil e Alemanha levam à ONU projeto sobre privacidade". Disponível em: " <<http://www.estadao.com.br/noticias/nacional,brasil-e-alemanha-levam-a-onu-projeto-sobre-privacidade,1092206,0.htm>>. Acesso em 13 de dezembro de 2013.

(*multistakeholder*); para, por fim, tecer breves conclusões a respeito da produção normativa a fim de se alcançar um padrão regulatório eficiente sobre a chamada privacidade informacional.

2 Privacidade na sociedade da informação: algumas premissas

Historicamente, a construção do direito à privacidade assentou-se na perspectiva de uma *liberdade negativa*, mediante a concepção de que o titular de tal direito não deveria sofrer interferências³ de terceiros em seu espaço de intimidade.⁴ A confirmar, está a própria ideia de intimidade⁵ que é erigida, metaforicamente, à faculdade do indivíduo afastar-se da multidão (espaço público), recolhendo-se ao seu castelo⁶ (espaço privado) para se colocar à salvo de qualquer tipo de observação.

Mesmo em tempos de maior vulnerabilidade, com a chegada da tecnologia (em especial de câmeras fotográficas) que permitiu retratar pessoas, no mais das vezes figuras públicas, em momentos de absoluta intimidade, permaneceu viril a tutela da privacidade, fomentando uma criação jurisprudencial⁷ e até mesmo doutrinária⁸ que reforçou essa tutela da privacidade baseada numa liberdade negativa. Não seria a mera curiosidade do público que romperia as portas impenetráveis do castelo da privacidade,⁹ ponderando-a, assim, frente a liberdade de informação.

³ Artigo 12 de Declaração Universal dos Direitos Humanos: "Ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques."

⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012. p.282/283

⁵ Não se ignora a teoria dos círculos concêntricos que diferencia vida privada, intimidade e segredo que denotaria um certo equívoco quanto a equivalência de privacidade e intimidade. Contudo para o objetivo deste trabalho é despicienda tal análise estrutural do objeto em questão, pois, como será visto, focar-se-á mais numa perspectiva funcional do objeto em questão.

⁶ COSTA JÚNIOR, Paulo José. **O Direito de estar só: tutela penal da intimidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 11.

⁷ À título de exemplificação, aponta-se os célebres casos do príncipe Otto von Bismarck em que dois jornalistas conseguiram fotografa-lo em sua câmara funerária, sendo que, posteriormente, seus herdeiros conseguiram impedir a divulgação das imagens, bem como a apreensão dos negativos das imagens. E, ainda, da princesa Caroline de Mônaco que conseguiu impedir a publicação de cenas de sua vida diária. RODRIGUES JÚNIOR, Otávio. Do príncipe Bismarck à princesa de Caroline de Mônaco: Vida privada de pessoas célebres e as liberdades comunicativas no direito civil. *In 10 anos de vigência do Código Civil brasileiro de 2002: estudos em homenagem ao professor Carlos Alberto Maluf*. Coordenação Christiano Cassettari. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 114 e 118.

⁸ Como é sabido um dos autores do percussor artigo *right to privacy*, Samuel D. Warren, sofreu com o assédio da imprensa que, de maneira recorrente, publicava imagens dele e sua esposa, filha de um prestigiado senador da República, tendo sido esta a motivação de tal publicação.

⁹ BRANDELS, Louis. WARREN, Samuel. **The right to privacy**. Disponível em <http://civilistica.com/the-right-to-privacy/>. Acesso em 10 de dezembro de 2013.

Daí as terminologias do direito de estar só, *right to be alone*, *diritto alla riservatezza* que induzem a essa percepção, fiel à semântica de privacidade, que se priva algo do gozo da convivência e que é, por isso mesmo, próprio, exclusivo e íntimo.

Nesse sentido, conformando o próprio sentido de uma liberdade negativa, o legislador brasileiro, por mais de uma vez, afirmou, seja no plano constitucional¹⁰ ou infraconstitucional,¹¹ que a vida privada é inviolável. Tem-se, assim, sobretudo uma *sanção negativa*, seja ela penal ou civil, que responsabiliza a *posteriori* quem a viola. E, mais do que isso, o aparato estatal é nacional, a produção normativa limita-se às fronteiras do estado.

Tal perspectiva sofrerá alterações, como se demonstrará no presente trabalho, devido a uma nova *textura social* decorrente das recentes evoluções tecnológicas, advinda, notadamente, da *internet*,¹² que propiciou uma capacidade e velocidade (antes jamais imagináveis) de se processar e armazenar informações.

Trata-se da denominada *sociedade da informação*, na qual a informação assume papel de bem econômico¹³ e elemento estruturante para o desenvolvimento das relações sociais, sendo, pois, o *signo* maior desta anunciada e consolidada revolução socioeconômica.

No pertinente ao primeiro aspecto - *bem econômico* -, fala-se em "mercado de informação",¹⁴ "economia da informação",¹⁵ economia informacional ou "capital-informação",¹⁶ pois o novo paradigma tecno-econômico¹⁷ da tecnologia da informação rompe com o *modelo fordista*, cujos fatores de produção eram máquinas e materiais. Inaugura-se um

¹⁰ Nesse sentido, as redações dos seguintes incisos do art. 5º da CF: inciso X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial; XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual pena

¹¹ Art. 21 do Código Civil: "A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma."

¹² CASTELLS, Manuel. **A galáxia da internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade**. Rio de Janeiro: Zahar, 2003. p. 7.

¹³ MURRAY, Andrew. **Information technology law**. Oxford: Oxford University Press, 2010. p.4.

¹⁴ GONÇALVES, Maria Eduarda. **Direito da Informação**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 129.

¹⁵ BRAMAN, Sandra. A economia representacional e o regime global da política da informação. In **Informação, conhecimento e poder: mudança e inovação social**. Org. MACIEL, Maria Lucia; ALBAGAJI, Sarita. Rio de Janeiro: Garamound, 2011. p. 47

¹⁶ DANTAS, Marcos. **A lógica do capital-informação: a fragmentação dos monopólios e a monopolização dos fragmentos num mundo de comunicações globais**. p. 144.

¹⁷ LASTRES, Helena Maria Martins; FERRAZ, João Carlos. In **Informação e globalização na era do conhecimento**. Org. LASTRES, Helena M. M.; ALBAGAJI, Sarita. Rio de Janeiro: Garamound, 2011. p. 47

novo padrão econômico, sobretudo um novo fator de produção, que é, justamente, a famigerada informação que passa a ser o *meio dominante* para o *tráfego econômico*.

Com efeito, numa sociedade globalizada, de massa e voltada para o consumo, o manejo de *informações estratégicas* é o que determina o modelo organizacional dos atores no cenário econômico, estabelecendo-se uma *comunicação produtiva* que *precifica* e *monetiza* a informação, circundando quiçá o próprio comportamento dos consumidores em esfera *global*.¹⁸

Mais do que isso, a rede global de conexões permite que consumidores disseminem suas opiniões sobre determinados produtos ou serviços, de tal modo que são os próprios destinatários finais que definem o bem de consumo, confirmando, destarte, a caracterização da informação como um bem econômico.

Atenta-se, outrossim, que a informação, como um bem econômico, perpassa não só o valor social da informação analisada sob o ponto vista *comportamental do consumo*, como, também, a própria transformação das pessoas (consumidores) em mercadorias, utilizando-se aqui da expressão de Zygmunt Bauman,¹⁹ haja vista a prática da comercialização de dados dos consumidores.²⁰

Quando os dados estão atrelados a um sujeito titular de direitos, eles representam uma parcela da individualidade daquele, passando, portanto, a compor a sua própria privacidade, e, por conseguinte, um atributo dos direitos da personalidade.²¹

Por isso, que a privacidade sob o ponto de vista de ser deixado sozinho (*right to be alone*) - *liberdade negativa* -, salvo de interferências alheias não satisfaz mais a proteção dos direitos da personalidade em meio à denominada sociedade da informação, o que reclama

¹⁸ MATTOS, Karla Cristina da Costa e Silva. **O valor econômico da informação nas relações de consumo**. São Paulo: Almedina, 2012. p. 147.

¹⁹ BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo**: a transformação das pessoas em mercadoria. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

²⁰ Veja a capa da revista Veja, edição 2321 - ano 46 - nº 20: "Entenda o que é Big Data: o megafenômeno digital que transforma em riqueza dados pessoais, posts, tuítes, e-mails e até cliques". p. 71-81.

²¹ CATALA, Pierre, "Ebauche d'une théorie juridique de l'information", p. 20, *apud* DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção dos dados pessoais**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2006. p. 157: " Mesmo que a pessoa em questão não seja a 'autora' da informação, no sentido de sua concepção, ele é titular legítima dos seus elementos. Seu vínculo com o indivíduo é por demais estreito para que pudesse ser de outra forma. Quando o objeto dos dados é um sujeito de direito, a informação é um direito da personalidade".

uma tutela dinâmica²² ou plural²³ atinente ao "controle da coleta e da utilização dos próprios dados pessoais"²⁴ - *liberdade positiva*.

Como bem definiu Stefano Rodatà,²⁵ a privacidade antes estabelecida pelo eixo "pessoa-informação-segredo" passa, agora, a outro: "pessoa-informação-circulação-controle".

Assim, a privacidade está, em meio a esse mercado informacional, atrelada a uma *liberdade positiva*,²⁶ qual seja, de controle dos dados,²⁷ reclamando uma regulação *ex ante* para que o sujeito tenha autonomia quanto à circulação de suas informações (autodeterminação informacional). Afasta-se, assim, de uma regulação *a posteriori* a ser dirimida numa responsabilização (sanção negativa) com claros contornos repressivos.

Essa não é, contudo, a única alteração propiciada pela sociedade da informação, pois se a rede de comunicação é *global*, por certo o fluxo informacional é *transfronteiriço*, não se limitando aos limites territoriais de um único estado. As fibras óticas e os cabos submarinos de comunicação - infraestrutura da *internet* - abriram as portas do castelo da privacidade, esfacelando as paredes do refúgio de um mundo público.²⁸

²² RODATÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância**. tradução: Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 17: "Contrariamente, a proteção de dados estabelece regras sobre os mecanismos de processamento de dados e estabelece regras sobre os mecanismos de processamento de dados e estabelece a legitimidade para a tomada de medidas - i.e. é um tipo de proteção dinâmica, que segue o dado em todos os seus movimentos."

²³ LEONARDI, Marcel. **Tutela e Privacidade na Internet**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 78/90.

²⁴ SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 131.

²⁵ DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção dos dados pessoais**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2006. p. 23: "A privacidade nas últimas décadas passou a relacionar-se com uma série de interesses, o que modificou substancialmente o seu perfil. Chegamos assim ao ponto de verificar, de acordo com a lição de Stefano Rodotà, que o direito à privacidade não se estrutura mais em torno do eixo "pessoa-informação-segredo", no paradigma da zero-relationship, mas sim em um eixo "pessoa-informação-circulação-controle"

²⁶ ANTONIALLI, Dennys. **Privacy and International Compliance: When Differences Become an Issue**. p. 14: "The aforementioned issues demonstrate that privacy in the cyberspace cannot be taken as a negative liberty. The mere right of resisting violations (freedom from unreasonable search) does not protect the users against isolated data collections. Therefore, privacy should be conceived as a sort of positive liberty, in the sense that users should be entitled to an actual power of control over their data. This concept is much more useful since it allows users to control the collection of any piece of their personal data, regardless of its private or public character." Disponível em: <https://www.aai.org/ocs/index.php/SSS/SSS10/paper/viewFile/1165/1470>. Acesso em 13 de dezembro de 2013.

²⁷ Nesse sentido, é a seguinte reflexão: MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Privacidade, mercado e informação. *In Coleção doutrinas essenciais de responsabilidade civil: direito à informação*; v. 8 / Nelson Nery Júnior. Rosa Maria de Andrade Nery (organizadores). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 34: "A venda de informações pessoais contidas num cadastro fornecido a uma empresa para outra empresa configuraria uma violação do direito à privacidade e demandaria uma reparação com base no princípio da privacidade (liberdade negativa) constitucionalmente assegurada, ou antes reclamaria uma participação e controle do consumidor (direito ou indireto) na utilização de seus dados com finalidades autorizadas?"

²⁸ ARENDT, Hannah, **A condição humana**. Tradução Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010. p. 87: "A segunda saliente característica não privativa da privacidade é que as quatro paredes da propriedade privada de uma pessoa oferecem o único refúgio seguro contra o mundo público - não só contra o que nele tudo ocorre, mas também contra a sua própria publicidade, contra o fato de ser visto e ouvido."

3 A agenda economizada, internacional e multilateral da privacidade informacional (OECD e APEC)

O mercado informacional é uma realidade. Os dados pessoais alavancam, de fato, a economia, sendo uma das suas mais valiosas engrenagens. Não por acaso, companhias, no segmento do *Big Data*, como a *Palantir*, está avaliada em 9 (nove) bilhões de dólares,²⁹ e, recentemente, a vice-presidente da União Europeia, Viviane Reding, afirmou que, em 2011, os dados dos cidadãos europeus valiam a quantia de 315 bilhões de euros.³⁰

A agenda da privacidade está, portanto, economizada como nunca antes visto na história. Os *paparazzi*, *tabloids* ingleses e a imprensa que buscavam retratar momentos íntimos das pessoas públicas para alavancar a sua tiragem, não poderiam ser sequer comparados ao atual momento, em que pese o interesse econômico também ali estar presente.

Por isso, pioneiramente em 1980, a Organização para o Desenvolvimento e Cooperação Econômica - *Organization for Economic Co-operation and Development* (OECD) - emitiu diretrizes (*guidelines*), a fim de se estabelecer padrões mínimos³¹ de proteção à privacidade, sem que fosse obstaculizado o livre fluxo informacional³², tão caro, repita-se, ao desenvolvimento econômico e social.

Já havia uma percepção clara, há 33 (trinta e três) anos, que a problemática da privacidade era *global*, demandando, assim, uma *cooperação internacional* para que não restasse obstaculizado o fluxo informacional transfronteiriço, e, por tabela, o desenvolvimento econômico e social dele dependente.³³

Tal posição foi reforçada mais ainda com a revisão de tais *guidelines* em 2013, quando, então, na edição *Privacy Framework 2013* afirmou-se, categoricamente, que deveria haver uma cooperação bilateral e até multilateral dos países.³⁴

Nessa mesma direção, a Cooperação Econômica da Ásia e do Pacífico - *Asia-Pacific Economic Cooperation* (APEC) emitiu, também, um documento referenciando a importância do fluxo informacional como vital para a economia, e, por conseguinte, a necessidade de

²⁹ É uma sociedade empresária que tem como clientes a NSA, FBI e a CIA. Disponível em: <http://techcrunch.com/2013/12/05/big-data-company-palantir-is-raising-58m-at-a-hefty-9b-valuation/?utm_source=feedburner&utm_medium=feed&utm_campaign=fb&utm_content=FaceBook&%3Fncid=fb>. Acesso em 12 de dezembro de 2013.

³⁰ REDING, Viviane. **Speech - Data protection reform: restoring trust and building the digital single market**. Disponível em < http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-13-720_en.htm>. Acesso em 12 de dezembro de 2013.

³¹ **OECD Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data**. elaboração: André-Pascal . França: OECD Publications Service, 2011. p. 32.

³² Ibidem. p. 11.

³³ Ibidem. p. 25: " For a number of reasons the problems of developing safeguards for the individual in respect of the handling of personal data cannot be solved exclusively at the national level. "

³⁴ **The OECD Privacy Framework 2013**. p. 148.

estabelecer uma implementação internacional *colaborativa* da proteção da privacidade: i) na elaboração de legislação; ii) na investigação de violação à privacidade em escala transfronteiriça e, iii) até compartilhando informações, estatísticas e experiências nesse sentido.³⁵

Percebe-se, portanto, uma clara erosão³⁶ do poder do estado para tratar de problemas globais que rompem com as suas fronteiras, reclamando, pois, uma abordagem transnacional. Por isso, o movimento multilateral traçado por tais documentos que, em síntese, constata a *desnacionalização*³⁷ e *desterritorialização*³⁸ de uma abordagem regulatória para uma (abordagem) mais integrada/internacionalizada.³⁹

Não poderia ser diferente, pois ao se buscar uma regulação eficiente, uma provável heterogeneidade de regulações entre diferentes estados destoaria para níveis diferentes de proteção,⁴⁰ prejudicando, assim, a sua própria efetividade, dada a existência de áreas com pouca ou débil regulação.⁴¹

Trata-se, na verdade, da constatada crise do estado-nação ocasionada pelos fluxos *globais* da economia,⁴² que se mostra tão rápido em suas viagens pelo mundo afora, deixando para trás o Estado, territorial como sempre⁴³ (daí porque fluxo informacional tranfronteiriço).

³⁵ **APEC Privacy Framework**. p. 37-39.

³⁶ JESSOP, Bob. **Narrating the future of the national economy and the national state? Remarks on remapping regulation and reinventing governance.** p. 11. Disponível em: <<http://www.lancaster.ac.uk/sociology/research/publications/papers/jessop-narrating-the-future.pdf>>. Acesso em 18 nov 2103.

³⁷ JESSOP, Bob. **Narrating...Op. Cit.** p. 7

³⁸ A integração em escala global da economia propiciada pelo avanço da tecnologia altera o tempo e o espaço em que são travadas as relações econômicas. Com isso, a teoria política-jurídica clássica mostra-se insuficiente para normatizar tais fatos sociais que são, especialmente, desterritorializados, de modo que o Estado Nacional mostra-se impotente para regulá-los, e, por conseguinte, para desenhar qualquer tipo de quadro normativo. Em sentido análogo, mas mais contextualizado com a crise financeiro de 2008. FARIA, José Eduardo. **O estado e o direito depois da crise**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 33-34.

³⁹ JESSOP, Bob. **The European Union and Recent Transformations in Statehood**. p.3 Disponível em: <<http://www.lancaster.ac.uk/sociology/research/publications/papers/jessop-eu-transformations-statehood.pdf>>. Acesso em 18 nov 2103.

⁴⁰ **The OECD Privacy Framework** 2013. p. 24: ""The disparities in legislation may create obstacles to the free flow of information between countries. Such flows have greatly increased in recent years and are bound to continue to grow as a result of the introduction of new computer and communication technology." E, mais a frente, p. 31. " recommends that Member countries develop national privacy strategies that reflect a co-ordinated approach across governmental bodies. Elevating the importance of privacy protection to the highest levels within government helps improve the effectiveness of privacy protection. A further element of national privacy strategies concerns intra-governmental."

⁴¹ Em sentido análogo, mas mais contextualizado, novamente, com a crise financeiro de 2008. FARIA, José Eduardo. **Op. Cit.** p. 22 e 36.

⁴² CASTELLS, Manuel. **O poder da identidade: A era da informação: economia, sociedade e cultura; v.2.** Tradução Klaus Brandini Gerhardt. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 287.

⁴³ Bauman, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas.** Tradução Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999. p. "A economia" - o capital, que significa dinheiro e outros, recursos necessários para fazer as coisas, para fazer mais dinheiro e mais coisas - move-se rápido; rápido o bastante para se manter permanentemente um passo adiante de qualquer Estado (territorial como sempre) que possa tentar conter e

Com efeito, como se constata pelo referencial teórico do sociólogo Bob Jessop, falida é a atuação do estado e da ciência jurídica que se articularia na premissa de uma economia nacional fechada,⁴⁴ de um mundo não globalizado cujas fronteiras do estado-nação ainda subsistiria em frente a uma rede global de conexão.

Há uma verdadeira rearticulação do estado e do direito para se adequar a esse mundo sem fronteiras, sendo que uma dessas consequências é uma maior atuação regulatória e, por conseguinte, um empoderamento de organismos internacionais, plurinacionais e regionais (como a experiência da OECD e APEC) que procuram estabelecer uma rede social - para usar o termo em destaque nas plataformas de negócios da *internet* - que conecta as localidades, regiões e estados⁴⁵ até então isolados. E assim sucede com a agenda economizada transfronteiriça da privacidade.

A tutela da privacidade que outrora era, metaforicamente, atrelada aos alicerces de um castelo, perpassa para além das suas portas impenetráveis, aflorando um modelo normativo que é transnacional e que reclama, sobretudo, um convite para múltiplos atores atuarem de forma coordenada, e, por isso mesmo, multilateral.

3.1 A erosão normativa do "estado nacional": o livre fluxo de informação na sociedade da informação à luz do embate entre União Europeia e EUA (Safe Harbor).

Um bom exemplo para ilustrar a abordagem acima delineada, qual seja, de uma abordagem regulatória da privacidade informacional coordenada entre diferentes estados-nação foi o embate travado entre a União Europeia e os Estados Unidos da América.

A União Europeia possui um dos sistemas regulatório mais rígido sobre a proteção de dados pessoais. A Diretiva 95/46 determina em seu artigo 25⁴⁶ que a transferência de dados

redirecionar as suas viagens. Neste caso, pelo menos, a redução do tempo de viagem a zero produz uma nova qualidade: uma total aniquilação das restrições espaciais, ou melhor, a total "superação da gravidade" O que quer que se mova a uma velocidade aproximada à do sinal eletrônico é praticamente livre de restrições ao território de onde partiu, ao qual se dirige ou que atravessa."

⁴⁴ JESSOP, Bob. Narrating...Op. Cit. p. 3

⁴⁵ JESSOP, Bob. Narrating...Op. Cit. p. 7: "This process involves the active rearticulation of the various functions of the national state (...) Instead the loss autonomy engenders both the need for supra-national coordination and the space for subnational resurgence and extends thereby the scope for the national state itself to mediate between the supra-and subnational. Thus some state capacities are transferred to a growing number of panregional, plurinational or international bodies with a widening range of powers; others are devolved to restructures local or regional levels of governance in the national state; and yet others are being usurped by emerging horizontal networks of power - local and regional - that by-pass central states and connects localities or regions in several nations."

⁴⁶ Artigo 25º Princípios. 1. Os Estados-membros estabelecerão que a transferência para um país terceiro de dados pessoais objecto de tratamento, ou que se destinem a ser objecto de tratamento após a sua transferência, só pode realizar-se se, sob reserva da observância das disposições nacionais adoptadas nos termos das outras disposições da presente directiva, o país terceiro em questão assegurar um nível de protecção adequado."

para outros países (não membros da UE) está condicionada à comprovação de que o país destinatário tenha um nível de proteção adequada.

Há quem, inclusive, reflita sobre a proposição de tal norma, se não seria uma aplicação extraterritorial do direito europeu comunitário,⁴⁷ até porque um dos critérios seriam as regras de direito e legislação interna sobre tal temática⁴⁸ a serem contrastadas com o nível de proteção assegurado pela diretiva.

Percebe-se que o legislador europeu teve clara consciência do fluxo informacional em escala transfronteiriça, de modo que para assegurar a privacidade dos cidadãos europeus nesse trânsito global dos dados, optou por exigir um paralelismo normativo (padrão de proteção) daquele país de destino, sob pena de não ser efetuada a transferência.

E, assim, ocorreu com os Estados Unidos da América que por possuir um sistema regulatório, cujo nível de proteção não seria adequado à luz do artigo 25 da Diretiva 95/46, acarretou a paralisação do fluxo de dados com a União Europeia. Em outros termos, para as autoridades da União Europeia o sistema de proteção de dados pessoais norte-americano teria uma defasagem com relação ao padrão assegurado pelo sistema comum europeu, o que impediria a sua transferência, como de fato ocorreu.

A solução foi a formulação do acordo "Safe Harbor" que, aprovado em julho de 2000, estabeleceu uma série de princípios sobre a proteção de dados a serem seguidos pelas companhias americanas que pretendessem processar dados de cidadãos europeus.⁴⁹ Além de algumas outras medidas adotadas pelo governo americano, como a afirmação da competência

⁴⁷ SOLOVE, Daniel J. SCHWARTZ, Paul M. **Information privacy law**. New York: Wolters Kluwer Law, 2011. p. 1.146: "Article 25 enables the Europe Union to block the transfers of personal information on European citizens processed in third-party countries that fails to meet the requirements of adequacy. What do you think the reason is behind this requirement? In this an example of an "extraterritorial" application of Europe Law? To what extent do the United States and other countries regulate the practices of companies based elsewhere, but providing goods and services in domestic markets?"

⁴⁸ Artigo 25º Princípios. 2. A adequação do nível de protecção oferecido por um país terceiro será apreciada em função de todas as circunstâncias que rodeiem a transferência ou o conjunto de transferências de dados; em especial, serão tidas em consideração a natureza dos dados, a finalidade e a duração do tratamento ou tratamentos projectados, os países de origem e de destino final, as regras de direito, gerais ou sectoriais, em vigor no país terceiro em causa, bem como as regras profissionais e as medidas de segurança que são respeitadas nesse país.

(...)

6. A Comissão pode constatar, nos termos do procedimento previsto no nº 2 do artigo 31º, que um país terceiro assegura um nível de protecção adequado na acepção do nº 2 do presente artigo em virtude da sua legislação interna ou dos seus compromissos internacionais, subscritos nomeadamente na sequência das negociações referidas no nº 5, com vista à protecção do direito à vida privada e das liberdades e direitos fundamentais das pessoas."

⁴⁹ WEBER, Rolf. H. **Transborder data transfers: concepts, regulatory approaches and new legislative**. **Oxford Journal International Data Privacy Law**, 2013, vol. 3, n. 2. p. 126: The Safe Harbour Principles are listed in Annex I to the Agreement. Organizations and institutions have three ways to formally comply with the Principles: (i) an organization may join a self-regulatory privacy programme which adheres to the Principles; (ii) an organization may develop its own self-regulatory privacy policies; (iii) a specific organization is subject to other rules which effectively protect personal privacy."

de uma autoridade (a *Federal Trade Commission/FTC*)⁵⁰ para fiscalizar e responsabilizar companhias americanas que viessem a não observar tais princípios estabelecidos, à semelhança de uma autoridade garante de proteção de dados do sistema europeu.⁵¹

O *Safe Harbor* atesta, portanto, a *insuficiência de uma regulação nacional* no modelo *centralizado e unilateral* pelo estado-nação (o chamado estado nacional), dado a inerência do fluxo informacional global da sociedade da informação que reclama a cooperação internacional, típico do chamado estado pós-nacional que não ignora a necessidade de um arranjo intragovernamental para além das fronteiras do estado-nação,⁵² afim de se estabelecer não só uma adequada e eficiente tutela da privacidade, mas, igualmente, o desenvolvimento econômico dependente do livre circulação da informação.⁵³

4 Autorregulação, modelo multistakeholder (decisão compartilhada e herterarquia) e os limites do direito.

Outro aspecto a ser destacado é a ênfase dada à autorregulação. A OECD,⁵⁴ APEC⁵⁵ e o *Safe Harbor* fazem alusão expressa à necessidade dos próprios atores do mercado informacional traçarem normas de acordo com as diretrizes de tais documentos. Nesse mesmo sentido, a Lei Canadense⁵⁶ e a diretiva da União Europeia⁵⁷ incentivam, também, a prática de elaboração de códigos de conduta.

⁵⁰ BRUSCH, Andreas. From Safe Harbour to the Rough Sea? Privacy Disputes across the Atlantic. **Script-ed**, volume 3, issue 4, June 2006. p. 309.

⁵¹ Artigo 28º da Diretiva 95/46: "Autoridade de controlo. 1. Cada Estado-membro estabelecerá que uma ou mais autoridades públicas serão responsáveis pela fiscalização da aplicação no seu território das disposições adoptadas pelos Estados-membros nos termos da presente directiva. Essas autoridades exercerão com total independência as funções que lhes forem atribuídas."

⁵² JESSOP, Bob. Narrating...Op. Cit. p. 15: "We now return to the restructuring and reorientation of the Keynesian welfare national state (...). This view ignores the complex global-regional-local dialectic and its implications for securing structural competitiveness and neglects various forms of subnational state or cross-border restructuring of the state. Neoconstitucionalism offers another misleading perspective in the erroneous claim that the proliferation of functionality specific and nongovernmental "international regimes" is producing a post-national state system and the expense of territorially organized national states and intergovernmental arrangements."

⁵³ BRUSCH, Andreas. Op. Cit. p. 304: "it. Since nation states are still the dominant force here, the regulation of transborder data flows requires the cooperation of nation states which encounters many difficulties." E, arremata mais a frente. p. 311: "The "safe harbor" agreement was thus neither recognition of the previous US system by the European Union, nor was it an extension of the EU system of formal legislation combined with state privacy commissioners. Rather it is qualitatively different from both and a new system that was hailed by many observers as particularly adequate for the conditions of incongruity between economic and political space and the problem of regulatory spill-over across jurisdictions."

⁵⁴ **The OECD Privacy Framework 2013**. p. 79.

⁵⁵ **APEC Privacy Framework**. p. 35.

⁵⁶ "Art. 24. The Commissioner shall: (c) encourage organizations to develop detailed policies and practices, including organizational codes of practice, to comply with sections 5 to 10;"

⁵⁷ "Artigo 27º.1. Os Estados-membros e a Comissão promoverão a elaboração de códigos de conduta destinados a contribuir, em função das características dos diferentes sectores, para a boa execução das disposições nacionais tomadas pelos Estados-membros nos termos da presente directiva."

Com efeito, códigos de conduta (autorregulação) a ser implementados, possivelmente, por organismos com alcance internacional poderiam consolidar o tão esperado padrão regulatório para a proteção da privacidade,⁵⁸ o que, até o presente momento, está muito longe de ocorrer no cenário global, não obstante os esforços de organismos multilaterais (OCDE e APEC) e até de acordos bilaterais (*Safe Harbor*).

Mais do que isso, a autorregulação permitiria encampar um ambiente regulatório mais técnico,⁵⁹ verticalizando e tornando mais concreta as normas e princípios gerais traçados pela legislação interna do estado-nação, ou ainda, de acordo com as diretrizes traçadas por organismos multilaterais.

Há, assim, uma tendência de *deslegalização*,⁶⁰ ao menos parcial, da regulação de temas globais, dentre os quais a privacidade informacional, isto porque reconhece-se uma *autonomia decisória* dos próprios atores do mercado informacional para se autorregular, servindo as diretrizes como um ponto de partida para tanto.

Com isso a normatização da proteção da privacidade informacional não seria, por exemplo, suplantada pelo avanço tecnológico que, a cada dia, surgem novas técnicas de coleta de dados, processamento, armazenamento e transferência de dados. Temas complexos, como o *cloud computing*,⁶¹ seriam regulados de maneiras mais detalhada e por quem detêm a expertise necessária para tanto.⁶²

O *Safe Harbor* determina nesse sentido, aliás, a possibilidade de que atores privados certifiquem que as companhias americanas estão cumprindo os princípios ali estabelecidos para o trânsito de dados. Tratam-se de empresas certificadoras,⁶³ cuja única expertise é

⁵⁸ WEBER, Rolf. H. Op. Cit. p. 12: "special difficulties arise in the context of the transborder flow of data: voluntary standards would have to be created and implemented by organizations of different countries acting on the basis of different legal regimes which makes the establishment of self-regulatory principles rather cumbersome."

⁵⁹ FARIA, José Eduardo. Op. Cit. p. 31.

⁶⁰ FARIA, José Eduardo. Sociologia jurídica: direito e conjuntura. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 89.

⁶¹ "O conceito de computação em nuvem (em inglês, *cloud computing*) refere-se à utilização da memória e das capacidades de armazenamento e cálculo de computadores e servidores compartilhados e interligados por meio da Internet, seguindo o princípio da computação em grade. O armazenamento de dados é feito em serviços que poderão ser acessados de qualquer lugar do mundo, a qualquer hora, não havendo necessidade de instalação de programas ou de armazenar dados. O acesso a programas, serviços e arquivos é remoto, através da Internet - daí a alusão à nuvem.2 O uso desse modelo (ambiente) é mais viável do que o uso de unidades físicas." Definição do wikipedia. Disponível em

<http://pt.wikipedia.org/wiki/Computa%C3%A7%C3%A3o_em_nuvem>. Acesso em 13 de dezembro de 2103.

⁶² WEBER, Rolf. H. Op. Cit. p. 122: " Due to the complexity of the technology, for example in the context of cloud computing, regulations are becoming more and more detailed, which makes understanding them more difficult and their enforcement more cumbersome. Therefore, regulations should enable individuals and businesses to reach a high level of compliance at reasonable cost and regulators are called on to design a norm-setting that is more efficient."

⁶³ SOLOVE, Daniel J. SCHWARTZ, Paul M. Op. Cit. p. 1154: List of participating Organizations. According to the Commission, organizations adhering to the Safe Harbor principles and FAQs must be able to be know to

garantir a eficiência do nível de proteção adequada da privacidade estabelecido por tal acordo bilateral.

A *TRUSTEe* é, por exemplo, uma dessas empresas certificadoras, anunciando que o seu selo de certificação seria sinônimo de melhores práticas de coleta e utilização dos dados pessoais do consumidor com relação a privacidade.⁶⁴ Não só o próprio mercado informacional se autorregula, como, também, dispõe de *players* para garantir a eficácia da normatização por eles mesmo propostas.

Confirma-se, assim, uma outra tendência do referencial teórico do sociólogo Bob Jessop a respeito da erosão do estado nacional: a *desestatização*⁶⁵ das funções do estado, uma vez que ele as franqueia a organizações não oficiais, isto é, a entidades privadas, relativizando, assim, o monopólio de suas atribuições tipicamente do estado-nação.⁶⁶ Ora, o cumprimento da legislação (no caso do acordo bilateral citado) a respeito da privacidade informacional fora, como visto, franqueado a entidades privadas que possuem uma expertise nesse sentido, e, talvez por isso, sejam mais capacitadas, tecnicamente, a garantir a eficiência do padrão de proteção de privacidade projetado.

Um outro ponto de análise que merece enfoque é o modelo de decisões multiparticipativa, ou, usando a terminologia tão difundida mesmo em países de língua portuguesa, *multistakeholder*.

E, aqui, cabe lembrar, antes de adentrar na perspectiva internacional de tal modelo multiparticipativo, que tal experiência já é muito bem sucedida no Brasil, com o Comitê de Gestor da Internet/CGI. O CGI é composto por membros indicados pelo governo e pela sociedade civil (membros da academia, do setor empresarial e do terceiro setor) que mediante

data subjects, data exporters, and data protection authorities. The U.S. Department of Commerce must issue a "public list of organizations self-certifying their adherence to the principles implemented in accordance with the FAQs."

⁶⁴ "TRUSTE powers trust by ensuring businesses adhere to privacy best practices regarding the collection and use of personal information on their websites and apps. If you see the TRUSTE Certified Privacy Seal on a website or app, the company operating that property has met the comprehensive privacy certification requirements established by TRUSTE. The certification process helps ensure the business is transparent about what information they collect and how they use the information; the business provides you with control over what information they collect and how they use that information; and the business is accountable to the practices they outline in their privacy policy statement." Disponível em: < <http://www.truste.com/consumer-privacy/>>. Acesso em 14 de dezembro de 2013.

⁶⁵ JESSOP, Bob. Narrating...Op. Cit. p. 8-9.

⁶⁶ JESSOP, Bob. Ibidem. p. 8: "This trend concerns not so much the territorial dispersion of the national state's activities as a reorganization of functions in broader political system on whatever territorial scale the state operates. It involves movement from taken-for-granted primacy official (typically national) state apparatuses towards the taken-for-granted necessity of varied forms and levels of partnership between official, parastatal, and nongovernmental organizations in managing economic and social relations. Hence it also involves a shift from the top-down hierarchical political organization typical of sovereign states to emphasis on promoting and/or steering the self-organization of interorganizational relations."

consenso definem as diretrizes estratégicas relacionadas ao uso de *internet* no Brasil e a coleta, organização e disseminação de informações sobre os serviços de *internet*, incluindo até indicadores e estatísticas.⁶⁷

Tal modelo de decisão compartilhada⁶⁸, que é próprio da desestatização acima citada, permite que a autorregulação não atenda interesses apenas de um determinado setor da sociedade ou mesmo do governo, permitindo instaurar um diálogo participativo necessário para tratar de questões complexas que são próprias da sociedade contemporânea.⁶⁹

No objeto sob análise estão em voga, por exemplo, interesses econômicos (economia da informação que é dependente do livre fluxo de informação), da sociedade civil (a privacidade dos cidadãos) e da própria tecnologia, de como esse conhecimento técnico poderia ajudar a solucionar o paradigma em questão.

Por isso, qualquer perspectiva regulatória deveria ser construída por todos esses atores deste intrincado arranjo, tentando estabelecer um ponto de equilíbrio entre o livre fluxo de informações e a privacidade das pessoas que têm seus dados em trânsito.

Nesse sentido, o *privacy framework* de 2013 da OCDE, que revisou as *guidelines* de 1980, decorreu deste modelo multiparticipativo.⁷⁰ E, ainda, um dos mais importantes documentos sobre o assunto emitidos nos Estados Unidos - *Consumer Data Privacy In a Networked World: A Framework for Protecting Privacy and Promoting Innovation in The global Digital Economy* - salientou que este modelo multiparticipativo poderia implementar o tão esperado padrão regulatório sobre privacidade informacional, mediante códigos de conduta (autorregulação) com alcance internacional.⁷¹

⁶⁷ Disponível em: < <http://www.cgi.br/sobre-cg/index.htm>>. Acesso em 14 de dezembro de 2013.

⁶⁸ INNERARITY, Daniel, INNERARITY, Carmen. La Transformación de la Política para gobernar una sociedad compleja. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*. N. 106. Out/nov. 1999. p.245.

⁶⁹ Idem. p. 231.

⁷⁰ **The OECD Privacy Framework 2013**. p. 4: " In accordance with the Terms of Reference, the WPISP convened a multistakeholder group of experts from governments, privacy enforcement authorities, academia, business, civil society and the Internet technical community ("Expert Group"). This Expert Group was chaired by Jennifer Stoddart, Privacy Commissioner of Canada. Omer Tene, consultant to the OECD, served as rapporteur. On the basis of the work by the Expert Group, proposed revisions were developed by the WPISP, approved by the Committee for Information, Computer and Communications Policy (ICCP), before final adoption by the OECD Council."

⁷¹ **Consumer Data Privacy In a Networked World: A Framework for Protecting Privacy and Promoting Innovation in The global Digital Economy**. February, 2012. p. 31: "Though governments may take different approaches to meeting these challenges, it is critical to the continued growth of the digital economy that they strive to create interoperability between privacy regimes. The Administration believes flexible multistakeholder processes that address novel uses and transfers of data facilitate interoperable privacy regimes. The United States is committed to engaging with its international partners to increase interoperability in privacy laws by pursuing mutual recognition, the development of codes of conduct through multistakeholder processes, and enforcement cooperation. It is also committed to including international counterparts in these multistakeholder processes, to enable global consensus on emerging privacy issues."

Nessa mesma seara, aliás, cumpre dizer que está previsto para os dias 23 e 24 de abril de 2014, a primeira reunião multissetorial para o futuro da governança da internet global.⁷² Iniciativa similar ocorrerá nos dias 02 à 05 de setembro de 2014, quando da realização Fórum da Governança da Internet.⁷³ Os dois eventos foram objeto de elogios por parte da União Europeia⁷⁴ em contraposição a um modelo regulatório centralizado na ONU que, como dito acima (vide: item 1 supra), passou a ser cogitado por iniciativa dos chefes de estado do Brasil e da Alemanha, após os escândalos de espionagem.

O modelo multiparticipativo não viria a ser coerente apenas com a complexidade do objeto em questão, mas, ainda, fomentaria uma autorregulação capaz de estabelecer o tão almejado padrão regulatório em escala transfronteiriça, instaurando, ainda, uma cooperação com o próprio sistema social a ser afetado pela regulação (no caso em específico o mercado informacional global).

A palavra cooperação indica a transição, aliás, de um estado e de uma ciência jurídica que centralizavam a regulação, e, portanto, *hierarquizavam* o poder, para uma tomada decisões que agora consulta os sistemas sociais envolvidos, mediante decisões refletidas/multiparticipativa e, por tabela, uma gestão *heterárquica*, reflexiva e de cooperação.⁷⁵

Os próprios atores devem, assim, obter acordos ou padrões de regulação, sob pena de não o fazendo causar uma espécie de paralisia normativa prejudicial a todos. A vantagem é além do alcance global da normativa, a sua organização de forma, extremamente, técnica, uma vez que arquitetada por aqueles com conhecimento técnico da área regulada, o que pode agregar, por fim, na própria legitimidade do padrão normativo em si.⁷⁶

Em conclusão, a autorregulação seguida de um modelo multiparticipativo (*multistakeholder*) corrobora com a anunciada erosão do estado-nação, e, por tabela, da produção jurídica nacional para tratar de temas técnicos, complexos e globais, tais como a privacidade informacional. Daí surge o questionamento, de como deve ser encarado o direito como sistema, estrutura e função nesse complicado cenário em questão.

⁷² **Reunião multissetorial global sobre o futuro da governança da internet, São Paulo.** Disponível em: <<http://www.cgi.br/brmeeting/anuncio2.html>>. Acesso em 17 de fevereiro de 2014.

⁷³ **The internet governance forum.** Disponível em: <<http://www.intgovforum.org/>>. Acesso em 17 de fevereiro de 2014.

⁷⁴ KROES, Nely. **Commission to pursue role as honest broker in future global negotiations on Internet Governance.** Disponível em: <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-142_en.htm?locale=pt>. Acesso em 17 de dezembro de 2014.

⁷⁵ INNERARITY, Daniel, INNERARITY, Carmen. *Op. Cit.* p. 245-247.

⁷⁶ FARIA, José Eduardo. *O Direito depois...Op. Cit.* p. 51.

5 À guisa de conclusão para uma nova produção normativa da privacidade informacional de acordo com a perspectiva funcional do direito: promoção de comportamentos dos próprios players do mercado informacional

Ao longo do presente artigo, procurou-se demonstrar, analiticamente, a ocorrência de fatos que transformaram o objeto em pauta, qual seja, a tutela da privacidade. Desta feita, esse último plano de abordagem procurará empregar coerência a toda a narrativa analítica acima desenvolvida, identificando qual deve ser o papel da ciência jurídica para a regulação da privacidade informacional.

Pois bem. Primeiramente, verificou-se que a perspectiva da proteção à privacidade fora alterada. De uma liberdade negativa que punha o sujeito a salvo de interferências alheias, e tinha, portanto, a inviolabilidade da vida privada sob pena de responsabilização (*sanção negativa*), passou-se, a uma concepção de liberdade positiva de privacidade atinente à perspectiva de que se deve conferir ao sujeito o controle de suas informações, antecipando, assim, a violação da privacidade para que *ex ante*, e, não *a posteriori* (responsabilização), ela seja assegurada.

Não se está, portanto, mais a tratar, *exclusivamente*, a tutela da privacidade com a pena da responsabilização civil ou penal (*sanção negativa*) dada a sua inviolabilidade. Está, pois, a promovê-la para que não ocorra, justamente, a sua violação, diante do passo que lhe é precedente, qual seja, garantir ao sujeito a autonomia da circulação das suas informações pessoais (autodeterminação informacional).

Em outros termos, não se quer, apenas, *desencorajar* comportamentos contrários à privacidade (violação), mas *encorajar* comportamentos que garantam a sua preservação por meio da autodeterminação informacional. Há, assim, um claro enlace do que Norberto Bobbio identificou como uma concepção funcional do direito em contraposição a uma percepção estrutural.⁷⁷

⁷⁷ BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos da teoria do direito. Tradução Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007. p. 15: "A introdução da técnica do encorajamento reflete uma verdadeira transformação na função do sistema normativo em seu todo e no modo de realizar o controle social. Além disso, assinala a passagem de um controle passivo - mais preocupado em desfavorecer ações nocivas do que em favorecer as vantajosas - para um controle ativo - preocupado em favorecer ações vantajosas mais do que em desfavorecer as ações nocivas. Em poucas palavras, é possível distinguir, de modo útil, um ordenamento protetivo-repressivo de um promocional com a afirmação de que, ao primeiro, interessam, sobretudo, os comportamentos socialmente não desejados, sendo seu fim precípuo impedir o máximo possível em sua prática; ao segundo, interessam precipuamente, os comportamentos socialmente desejáveis, sendo seu fim levar a realização destes até mesmo os recalcitrantes."

Nesse sentido, a disposição do sistema jurídico deve se cercar de normas que *incentivam* os próprios atores do sistema social em questão a ter tal tipo de comportamento desejável.

Falou-se, anteriormente, em autorregulação, em empresas certificadoras de boas práticas quanto ao uso das informações pessoais com relação à privacidade, e, fala-se, ainda, sobre se realizar auditorias⁷⁸, periodicamente, para se assegurar padrões adequados de proteção da privacidade no mercado informacional. Deve-se, assim, *premiar (sanção positiva)*⁷⁹ tais comportamentos socialmente desejáveis, promovendo-os, sendo esta a função da ciência jurídica como um sistema.

Defende-se, assim, uma guinda da *produção normativa* para que não se tutela a privacidade negativamente, mas, positivamente, premiando, sobretudo, práticas que assegurem o tão desejado controle de informações por parte dos usuários da *internet*.

Um bom exemplo disso é o *Privacy Act* da Nova Zelândia que dedica um capítulo inteiro à autorregulação, prevendo que os códigos de conduta são fontes suplementares à lei, podendo, inclusive, modificar a aplicação de um princípio de privacidade informacional contido na legislação, no caso, por exemplo, de prescrever um padrão mais rígido de proteção, ou, ainda, detalhar como um princípio abstrato contido na lei deva ser aplicado.⁸⁰ Estabelece-se, assim, um verdadeiro diálogo entre a lei e a autorregulação, premiando esta última na medida em que lhe empresta efeitos de lei.

⁷⁸ WEBER, Rolf. H. *Op. Cit.* p. 122: "Compliance measures could be delegated to private organizations, for example by requesting them to implement a supervision scheme that allows the observance of applicable codes of conduct to be checked through targeted audits. Incentives to observance could be linked to quality seals, thereby increasing the reputation of the concerned entities.³⁸ As a consequence, regulatory oversight (in the case of transborder data flows by more than one state) may be limited to the proper execution of the delegated powers."

⁷⁹ BOBBIO, Noberto. *Op. Cit.* p. 24: "Contudo, a partir do momento que, devido às exigências do Estado assistencial contemporâneo, o direito não mais se limita a tutelar atos conformes às próprias normas, mas tende a estimular atos inovadores - e, portanto, a sua função não é mais protetora, mas também promocional -, surge, paralelamente ao emprego quase exclusivo das sanções negativas, as quais constituem a técnica específica de repressão, um emprego, não importa ainda ilimitado, de sanções positivas, que dão vida a uma técnica legislativa de estímulo e propulsão a atos considerados socialmente úteis, em lugar da repressão de atos considerados socialmente nocivos. (...) A noção de sanção positiva deduz-se, a *contrarium sensu*, daquela mais bem elaborada de sanção negativa. Enquanto o castigo à uma reação a uma ação má, o prêmio é uma reação a uma ação boa."

⁸⁰ "Codes of practice (1)The Commissioner may from time to time issue a code of practice.(2)A code of practice may—(a)modify the application of any 1 or more of the information privacy principles by; (i)prescribing standards that *are more stringent* or less stringent than the standards that are prescribed by any such principle; (ii)exempting any action from any such principle, either unconditionally or subject to such conditions as are prescribed in the code: (aa)apply any 1 or more of the information privacy principles (but not all of those principles) without modification; (b)prescribe how any 1 or more of the information privacy principles are to be applied, or are to be complied with." (grifos). Disponível em: <<http://www.legislation.govt.nz/act/public/1993/0028/latest/DLM297408.html>>. Acesso em 15 de dezembro de 2013.

Outro exemplo, nesse mesmo sentido, seriam os próprios códigos de conduta servirem, independentemente de um acordo bilateral, como um meio para aferir um nível adequado de proteção da privacidade - ampliação da normativa contida no artigo 25 da Diretiva 96/46 da UE -, permitindo, assim, um livre fluxo informacional a ser estabelecido com os próprios atores do mercado informacional,⁸¹ sendo dispensável a figura de outro estado para tanto, como no caso do *Safe Harbor* (vide: item 3.1).

Estes são alguns exemplos de *normas promocionais* que *premiam* comportamentos socialmente desejáveis dos próprios *players* do sistema social, a que se cogita regulação, e, mais do que isso, que conformam a perspectiva de uma liberdade positiva da tutela da privacidade.

Poder-se-ia, inclusive, determinar que tais prêmios estariam condicionados a um código de conduta que fosse estabelecido no modelo multiparticipativo, fomentando, assim, mais do que a autorregulação, uma regulação de maneira cooperada e heterárquica com todos os afetados por tal normatização. Parece ser o que pretende o *Consumer Data Privacy In a Networked World: A Framework for Protecting Privacy and Promoting Innovation in The global Digital Economy* ao pontuar que o sucesso do *policymaking* da *internet* estaria associado a tal perspectiva regulatória,⁸² sobretudo na perspectiva internacional.

Há, assim, um movimento de desjuridificação das políticas regulatórias, deslegalizando, ao menos parte, a produção normativa dos direitos diante da autorregulação noticiada.⁸³

Nesse sentido, verifica-se uma procedimentalização dos conflitos consistente na exclusão de uma regulação *substantiva* e *excludente* por parte do estado-nação, o qual se limita a "estabelecer marcos ou procedimentos para que os diferentes setores sociais possam discutir e negociar as alternativas normativas mais adequadas" - *guidelines*, diretivas e normas

⁸¹ WEBER, Rolf. H. *Op. Cit.* p. 122: " This approach has been adopted by Article 25 of the EU Directive 95/46 and, at least partly, by the newly proposed Regulation. In addition to EU member states, which are obliged to follow this scheme, other countries such as Switzerland, Russia, Hong Kong (even if the respective Article 33 of the Personal Data Protection Ordinance has not yet been put into force), Morocco, and Argentina have also based their laws on the geographical concept, that is on the criterion of an equal level of protection. The geographical approach is based on a relatively static comparative assessment (evaluation of adequacy or comparability); changes occur in cases of revisions and amendments to laws. This approach also fails to take into account any special efforts undertaken by the concerned parties since private actions do not have a direct influence the status of the law."

⁸² **Consumer Data Privacy In a Networked World: A Framework for Protecting Privacy and Promoting Innovation in The global Digital Economy.** February, 2012. p. 25

⁸³ FARIA, José Eduardo. O Direito depois...*Op. Cit.* p. 63-64.

principiológicas -, instigando os próprios atores sociais e econômicos a "discutir entre si e tentar definir, de modo consensual, o conteúdo das normas"⁸⁴

A finalidade do direito não desaparece - (assegurar a pacificação social e progresso socioeconômico), como no caso do embate entre o livre fluxo informacional vital para a economia da informação e a privacidade⁸⁵ -, sendo substituídos apenas os seus meios, procurando-se induzi-los por meio de uma *criação negociada do Direito* (exemplo: modelo *multistakeholder*), o que é, em última análise, o resultado derradeiro de todo o cenário descrito.

Trata-se, pois, de uma metamorfose do Estado e da ciência jurídica que muito embora deixem de ter exclusividade na produção normativa, permanecem tendo influência regulatória. Não se trata, assim, de menos direito, mas, tão somente, de menos direito positivo, aperfeiçoando, assim, o verdadeiro alcance semântico de normatização.⁸⁶

Dáí falar-se em re-regulamentação e re-legalização dada a explosão normativa advinda destes novos centros normativos que, ao final, sedimentam, talvez, a mais clara tendência deste cenário de globalização: uma regulação global que fornece um padrão, ou, ao menos, uma convergência normativa para estruturar o fluxo das relações sociais e econômicas numa sociedade conectada.⁸⁷

Em complemento, poder-se-ia apontar a transição de governo para governança, na medida em que as diretrizes políticas não são imediatas e substantivas do próprio estado, mas, ao contrário, são mediatas e fruto de um procedimento dialogado com os atores da sociedade em torno de problemas particulares de um determinado setor que têm uma variação e expansão geográfica, própria da sociedade da informação e da globalização, não se limitando ao território de uma nação.⁸⁸ Procura-se alcançar um equilíbrio ótimo entre as forças dos atores envolvidos, mediante um aprendizado coletivo que é compartilhado para maximizar os arranjos de governança e da própria coesão social.⁸⁹

Essa nova articulação da produção normativa focada em normas promocionais de comportamentos desejáveis é o que desencadeará um padrão internacional de proteção da

⁸⁴ *Ibidem.* p. 63

⁸⁵ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Op. Cit.* p. 33: "Como saber se a liberdade do tubarão (mercado) não vai até a morte da sardinha (privacidade), e vice-versa? Essa questão nos tra o já mencionado tema do *paradoxo da liberdade*. Este tema está na raiz da compatibilização dos princípios da liberdade de mercado, controle de informação e da proteção da privacidade."

⁸⁶ FARIA, José Eduardo. *O Direito depois...Op. Cit.* p. 67

⁸⁷ *Ibidem.* p. 68

⁸⁸ JESSOP, Bob. **The European Union and Recent Transformations in Statehood**. Disponível em: <<http://www.lancaster.ac.uk/sociology/research/publications/papers/jessop-eu-transformations-statehood.pdf>>. Acesso em 18 nov 2103. p. 7.

⁸⁹ *Ibidem.* p. 5

privacidade. Ao se premiar (*sanção positiva*) tais modelos regulatórios, sobretudo, iniciativas de modelos multiparticipativos de organismos internacionais construídos pelos próprios *players* do mercado informacional, cria-se, por via oblíqua, um *enforcement* voluntário entre eles, propiciando um ambiente favorável para construção de um padrão de proteção da privacidade.

Constata-se, ainda que incipiente, um padrão de privacidade que começa a ser elemento de competitividade entre os atores deste sistema social. As citadas auditorias voluntárias e empresas certificadoras - que devem ser premiadas por normas de sanções positivas - para assegurar que as boas práticas prometidas estão sendo cumpridas é uma clara amostra de um *compliance* internacional⁹⁰ para assegurar padrões mínimos de proteção à privacidade.

Com isso, há a perspectiva, inclusive, da própria tecnologia dos serviços e o desenho da rede serem arquitetados para desempenharem a função de confirmar o tão almejado padrão de proteção da privacidade. Ao final, como um conjunto socialmente integrado⁹¹, o próprio mercado, o direito, as normas sociais (códigos de conduta) e a arquitetura da internet estarão imbricados para que seja aperfeiçoado o controle das informações pessoais, conformando a concepção de liberdade positiva da privacidade.

O Direito como ciência e sistema deve-se estruturar para tal fim, funcionalizando o supracitado arranjo em direção ao fim por ele já previamente colimado, qual seja, assegurar a privacidade que teve a sua feição alterada pela sociedade da informação, e, por tabela, a própria produção normativa a seu respeito.

6 Bibliografia

ANTONIALLI, Dennys. **Privacy and International Compliance: When Differences Become an Issue.** Disponível em: <https://www.aaai.org/ocs/index.php/SSS/SSS10/paper/viewFile/1165/1470>. Acesso em 13 de dezembro de 2013.

⁹⁰ ANTONIALLI, Dennys. Op. Cit. p. 15-16.

⁹¹ JESSOP, Bob. Narrating...Op. Cit. p. 2: "Second, neo-Gramscian political analysis treats the state as an ensemble of socially embedded, socially regularized, and strategically selective institutions, organizations, social forces, and activities organized around (or at least involved) in making collectively binding decisions for an imagined political community. One way to interpret Gramsci's famous definition of the state as "political society + civil society" is to see it as highlighting the complex and variable articulation of government and governance in underwriting state power."

APEC Privacy Framework, 2005. Disponível em: <http://www.apec.org/Groups/Committee-on-Trade-and-Investment/~media/Files/Groups/ECSG/05_ecsg_privacyframewk.ashx>. Acesso em 10 de dezembro de 2013.

ARENDDT, Hannah. **A condição humana.** Tradução Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas.** Tradução Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

_____, Zygmunt. **Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria.** Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

Big data company palantir is raising \$58m at a hefty \$9B valuation. <http://techcrunch.com/2013/12/05/big-data-company-palantir-is-raising-58m-at-a-hefty-9b-valuation/?utm_source=feedburner&utm_medium=feed&utm_campaign=fb&utm_content=Facebook&%3Fncid=fb>. Acesso em 12 de dezembro de 2013.

BOBBIO, Noberto. **Da estrutura à função: novos estudos da teoria do direito.** Tradução Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007.

BRAMAN, Sandra. A economia representacional e o regime global da política da informação. *In* **Informação, conhecimento e poder: mudança e inovação social.** Org. MACIEL, Maria Lucia; ALBAGAJI, Sarita. Rio de Janeiro: Garamound, 2011.

BRANDELS, Louis. WARREN, Samuel. **The right to privacy.** Disponível em <http://civilistica.com/the-right-to-privacy/>. Acesso em 10 de dezembro de 2013.

Brasil e Alemanha levam à ONU projeto sobre privacidade. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/nacional,brasil-e-alemanha-levam-a-onu-projeto-sobre-privacidade,1092206,0.htm>>. Acesso em 13 de dezembro de 2013.

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

_____, Manuel. **O poder da identidade**. A era da informação: economia, sociedade e cultura; v.2. Tradução Klauss Brandini Gerhardt. São Paulo: Paz e Terra, 1999

Consumer Data Privacy In a Networked World: A Framework for Protecting Privacy and Promoting Innovation in The global Digital Economy. February, 2012. Disponível em: <<http://www.whitehouse.gov/sites/default/files/privacy-final.pdf>>. Acesso em 13 de dezembro de 2013.

COSTA JÚNIOR, Paulo José. **O Direito de estar só: tutela penal da intimidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DANTAS, Marcos. **A lógica do capital-informação: a fragmentação dos monopólios e a monopolização dos fragmentos num mundo de comunicações globais**. p. 144.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção dos dados pessoais**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2006.

Entenda o que é Big Data: o megafenômeno digital que transforma em riqueza dados pessoais, posts, tuítes, e-mails e até cliques". edição 2321 - ano 46 - n° 20: p. 71-81.

FARIA, José Eduardo. **O estado e o direito depois da crise**. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____, José Eduardo. **Sociologia jurídica: direito e conjuntura**. São Paulo: Saraiva, 2010

GONÇALVES, Maria Eduarda. **Direito da Informação**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 129.

INNERARITY, Daniel, INNERARITY, Carmen. La Transformación de la Política para gobernar una sociedad compleja. **Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)**. N. 106. Out/nov. 1999. p. 231-255. Disponível em: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=27579>. Acesso em 30 de outubro de 2013.

JESSOP, Bob. **Narrating the future of the national economy and the national state?** Remarks on remapping regulation and reinventing governance. p. 11. Disponível em:

<<http://www.lancaster.ac.uk/sociology/research/publications/papers/jessop-narrating-the-future.pdf>>. Acesso em 18 de novembro de 2013.

_____, Bob. **The European Union and Recent Transformations in Statehood**. Disponível em: <<http://www.lancaster.ac.uk/sociology/research/publications/papers/jessop-eu-transformations-statehood.pdf>>. Acesso em 18 novembro de 2103.

KROES, Nely. **Speech - Commission to pursue role as honest broker in future global negotiations on Internet Governance**. Disponível em: <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-142_en.htm?locale=pt>. Acesso em 17 de dezembro de 2014.

LASTRES, Helena Maria Martins; FERRAZ, João Carlos. In **Informação e globalização na era do conhecimento**. Org. LASTRES, Helena M. M.; ALBAGAJI, Sarita. Rio de Janeiro: Garamound, 2011.

LEONARDI, Marcel. **Tutela e Privacidade na Internet**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Privacidade, mercado e informação. In **Coleção doutrinas essenciais de responsabilidade civil: direito à informação**; v. 8 / Nelson Nery Júnior. Rosa Maria de Andrade Nery (organizadores). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. 27-40

MATTOS, Karla Cristina da Costa e Silva. **O valor econômico da informação nas relações de consumo**. São Paulo: Almedina, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MURRAY, Andrew. **Information technology law**. Oxford: Oxford University Press, 2010.

OECD Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data. Elaboração: André-Pascal . França: OECD Publications Service, 2011.

REDING, Viviane. Speech - **Data protection reform: restoring trust and building the digital single market**. Disponível em <http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-13-720_en.htm>. Acesso em 12 de dezembro de 2013.

RODATÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância**. tradução: Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

Reunião multissetorial global sobre o futuro da governança da internet, São Paulo. Disponível em: <<http://www.cgi.br/brmeeting/anuncio2.html>>. Acesso em 17 de fevereiro de 2014.

RODRIGUES JÚNIOR, Otávio. Do príncipe bismark à princesa de Caroline de Mônaco: Vida privada de pessoas célere e as liberdades comunicativas no direito civil. *In* **10 anos de vigência do Código Civil brasileiro de 2002: estudos em homenagem ao professor Carlos Alberto Maluf**. Coordenação Christiano Cassettari. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 111-125.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. São Paulo: Atlas, 2011.

SOLOVE, Daniel J. SCHWARTZ, Paul M. **Information privacy law**. New York: Wolters Kluwer Law, 2011.

The internet governance forum. Disponível em: <<http://www.intgovforum.org/>>. Acesso em 17 de fevereiro de 2014.

The OECD Privacy Framework 2013. Disponível em <http://www.oecd.org/sti/ieconomy/oecd_privacy_framework.pdf>. Acesso em 10 de dezembro de 2013.