



Revista Direito e Práxis

ISSN: 2179-8966

Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Prazeres, Gustavo Cunha
Autodeterminação informacional vs. Regulação do risco:
Uma abordagem sistêmica da regulamentação digital
Revista Direito e Práxis, vol. 13, núm. 2, 2022, pp. 808-829
Universidade do Estado do Rio de Janeiro

DOI: <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2020/50783>

Disponível em: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=350971504006>

- Como citar este artigo
- Número completo
- Mais informações do artigo
- Site da revista em [redalyc.org](https://www.redalyc.org)

UFRJ
[redalyc.org](https://www.redalyc.org)

Sistema de Informação Científica Redalyc
Rede de Revistas Científicas da América Latina e do Caribe, Espanha e Portugal
Sem fins lucrativos acadêmica projeto, desenvolvido no âmbito da iniciativa
acesso aberto



Autodeterminação informacional vs. Regulação do risco: Uma abordagem sistêmica da regulamentação digital

Notice and Consent vs. Risk Regulation: A systemic approach to digital regulation

Gustavo Cunha Prazeres¹

¹ Universidade Federal da Bahia, Salvador, Bahia, Brasil. E-mail: gustavo@rlp.adv.br.
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2389-5228>.

Artigo recebido em 6/05/2020 e aceito em 11/01/2021.



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.



Rev. Direito e Práx., Rio de Janeiro, Vol.13, N.02, 2022, p.808-829.

Gustavo Cunha Prazeres

DOI: [10.1590/2179-8966/2020/50783](https://doi.org/10.1590/2179-8966/2020/50783) | ISSN: 2179-8966

Resumo

A quarta revolução tecnológica criou ambiente envolto por grandes promessas e significativos riscos, em que despertam tensões socioestruturais. Vocacionado a converter novidades em lucro, o sistema econômico se adaptou e, a partir de um modelo de negócios em que o comportamento humano se torna a principal mercadoria, pôs-se a expandir desenfreadamente. Com lastro no referencial teórico da teoria dos sistemas sociais, o presente artigo almeja perseguir e compreender como e a partir de quais estratégias o sistema jurídico poderá cumprir com a sua função de estabilizar as expectativas normativas e cognitivas da sociedade.

Palavras-chave: Capitalismo da vigilância; Proteção de dados; Sistemas sociais.

Abstract

The fourth technological revolution created an environment of great promises and significant risks, in which socio-structural tensions arouse. Used to convert novelties into profit, the economic system adapted and, based on a business model in which human behavior became the main commodity, it began to expand unbridled. Based on the theoretical framework of the theory of social systems, this article aims to pursue and understand how and from which strategies the legal system can fulfill its function of stabilizing society's normative and cognitive expectations.

Keywords: Surveillance capitalism; Data protection; Social systems.



1. Introdução

As descobertas tecnológicas das últimas décadas permitiram a incorporação à vida cotidiana de ferramentas e técnicas até pouco tempo restritas às narrativas de ficção científica, entreabrindo espaço para o conformar da realidade social contemporânea, a chamada sociedade da informação. Este novo ambiente social é marcado, essencialmente, por uma ampla, profunda e crescente mediação das suas relações internas pelo aparato cibernético. Nenhum âmbito ou segmento permanece alheio: as distâncias – *geográficas e interacionais* – se encurtaram; o modelo econômico, antes amparado na produção de bens, tem o seu foco direcionado para o setor de serviços e de conhecimento; a vida privada, com todas suas particularidades e segredos, pulveriza-se em meio a redes sociais vocacionadas a reduzir todo e qualquer acontecimento a trivialidades compartilháveis; o mercado de trabalho se redefine não apenas pela incorporação das máquinas no sistema produtivo, mas também pela dispersão dos vínculos interpessoais em plataformas que se valem da anonimização como estratégia para potencializar a lei de mercado; o debate público tem o seu espaço quantitativa e qualitativamente modificado pela abertura do palanque a atores e pautas antes marginalizados – *quando não excluídos*.

O estado de coisas contemporâneo não é bom ou mau em si mesmo. É, porém, essencial e perigosamente disruptivo: suas potencialidades podem se traduzir em significativas benesses sociais, mas introduzem correlatos desafios e riscos. Assimetrias e tensões internas à sociedade são intensificadas em razão da maior ou menor aptidão dos diversos sistemas sociais em lidar com o instrumentário tecnológico. O sistema econômico, em particular, naturalmente atento às inovações do ambiente social – *e ao seu potencial aproveitamento financeiro* –, demonstra extrema habilidade no trato do mundo digital; aproveita-o para fazer valer o seu programa expansionista, apropriando-se de espaços e possibilidades antes pautados por outros discursos. Algo distinto, porém, ocorre com o direito, que, direcionado à estabilização do convívio social, assume postura muito mais passiva, pouco afeita à velocidade com que as demandas cibernéticas se apresentam.

No presente artigo, focar-se-á nas assimetrias entre os sistemas do direito e da economia, no intuito de observar as tensões ínsitas à regulamentação da atividade de coleta, armazenagem e tratamento de dados privados nas redes de conexão tecnológicas,



e, a partir disto, propor estratégias para estabilizar os reclames dos diversos âmbitos sociais em torno da matéria.

2. Pressupostos teóricos

2.1. Epistemologia e método Sistêmico

A proposta do presente artigo reclama a observação do sistema jurídico de um ambiente social hipercomplexo, marcado pela – *crescente* – pluralidade e fluidez de suas estruturas e relações internas, conhecido como sociedade da informação. Tal empreitada somente se afigura viável se superadas as premissas fundamentais da epistemologia moderna, que, ancorada na filosofia do sujeito, não apenas propunha o recurso à razão humana como estratégia de descobrimento / assenhoreamento do mundo, mas também a equiparação da sociedade à figura de um macro-sujeito, guiado por racionalidade assemelhada à dos seus indivíduos. Em tal modelo, a sociedade termina por se traduzir em um *continuum* dos seres humanos – *seu pilar fundamental*.

Foi a própria realidade histórica que se encarregou de evidenciar a ingenuidade do arcabouço conceitual da modernidade. Como prova de sua inaptidão para a autoimposta missão de orientar, predizer ou, até mesmo, compreender a sociedade e seu curso evolutivo, tem-se a emergência – *e prevalência* –, a partir da segunda metade do séc. XX, de concepções epistemológicas que, embora ancoradas em matizes diversos¹, adotam, como propósito comum, a superação das premissas da filosofia do sujeito.

Dentre as mais refinadas formulações, identifica-se o modelo dos sistemas autopoieticos, cujas bases sociológicas foram delineadas por Niklas Luhmann. Convencido de que “*la sociedad no pesa lo mismo que el total de los hombres, y no cambia su peso por cada uno que nazca o por cada uno que muera*” (LUHMANN, 2006, p.13), o sociólogo e jurista alemão se vale de diversificado referencial teórico para perseguir “(i) um conceito de cognição independente da pressuposição do indivíduo racional e (ii) um conceito de auto-referência para o objeto, que não siga o modelo da consciência subjetiva” (BACHUR,

¹ Gunther Teubner (TEUBNER, 1989, p.732) destaca três matizes teóricos que, com grande impacto na Europa Ocidental, contrapõem-se ao individualismo / humanismo metodológico: o pos-estruturalismo, de Michel Foucault, a teoria crítica, de Jürgen Habermas; e a teoria dos sistemas autopoieticos, de Niklas Luhmann. Destes, apenas Habermas mantém algum apego à razão humana como estratégia de compreensão social, mas migra o seu foco do indivíduo para o consenso / coletivo, ao elaborar sua teoria da ação / razão comunicativa.



2017, p.261)².

De partida, a teoria dos sistemas sociais incorpora os pressupostos da viragem linguística da primeira metade do século XX e garante que o lugar de destaque do fenômeno social migre dos indivíduos – *ou de suas ações* – para aquilo que efetivamente traduz interação: a comunicação – *alçada ao posto de unidade primordial da sociedade*. Sociedade é comunicação, nada mais do que comunicação³. Esta, contudo, não se confunde nem se delimita aos / pelos indivíduos envolvidos no processo dialógico. Comunicar não é um ato ou ação, mas um processo que sintetiza a seleção, a partilha e a compreensão de informação; nem o *alter*, o agente que deseja informar, nem o *ego*, aquele a quem a informação é dirigida, conduzem a operação ou suas consequências. Embora os agentes individuais sirvam de meio para o fluxo linguístico e ostentem expectativas de sentido, sua efetiva delimitação resulta de operação hermética e autológica – *que, de modo autorreferenciado e recursivo, decide por uma dentre inesgotáveis possibilidades interpretativas*. “Processos psíquicos e sociais coexistem; pareiam-se por sincronia e coevolução, mas sem sobreposição de suas operações. Nada há senão simetria nas construções da realidade: processos psíquicos produzem construções mentais da realidade, e processos sociais produzem construções comunicativas da psique” (TEUBNER, 1989, p.737)⁴.

Importante compreender, ainda, que, dentro do paradigma sociológico luhmaniano, a sociedade moderna, plural e hipercomplexa, resulta de uma construção contingencial e aleatória: nem houve guia para direcionar-lhe os rumos, nem se pode identificá-las como resultado inevitável. A sociedade, como comunicação que é, viabiliza-se / estrutura-se a partir da conformação – *espontânea ou organizada* – de sistemas sociais de sentido, funcionalmente diferenciados ante a necessidade de reduzir a

² Em leitura similar, Orlando Vilas Boas Filho: “Opondo-se a essas concepções fundadas no individualismo metodológico e no realismo epistemológico, essas novas perspectivas apresentariam a vantagem de, em primeiro lugar, substituir o indivíduo autônomo (e sua ação intencional), tomado como a unidade elementar dos sistemas sociais, pelo processo comunicativo, e, em segundo lugar, postular que a realidade social, ao contrário do que pensava a teoria de matiz realista, seria um construto da própria atividade epistemológica” (VILLAS BÔAS FILHO, 2009, p.XXIX)

³ Nas palavras do próprio autor, “*los sistemas sociales consisten en comunicaciones de sentido – solo en comunicaciones y en todas las comunicaciones. Forman sus unidades elementales de la síntesis de información, acto de comunicar y comprensión, es decir, de la síntesis de tres selecciones, que pueden ser parcialmente (pero solo parcialmente) controladas por el sistema. Como elemento, la formación siempre presupone sociedad y siempre continúa la sociedad, no existe comunicación fuera de la sociedad y, por lo tanto, comunicación de la sociedad con su entorno. Ningún hombre puede comunicar (en el sentido de lograr comunicación) sin, por lo tanto, constituir sociedad, pero el sistema social mismo (precisamente por esta razón) no es capaz de comunicar: no puede encontrar destinatarios fuera de sí mismo a la cual pudiera comunicar algo*” (LUHMANN, 2018, p.392-398).

⁴ No original: “*Psych and social process do coexist; they are ‘coupled’ by synchronization and coevolution, but there is no overlap in their operations. There is nothing but a symmetry of reality constructions: psych process produce mental constructs of society, and social process produce communicative constructs of the psyche.*” (TEUBNER, 1989, p.737)



complexidade do mundo / ambiente e que operam por meio da reconstrução fragmentada – *e orientada a um específico problema / tema* – da realidade.

“Na sociedade funcionalmente diferenciada [...] distinguimos se uma conversa é sobre o belo, uma prova teórica, o lícito, o crédito financeiro, titulação, governança e fé [...] e, por consequência, pautamos a conversa pela complexidade, respectivamente, dos sistemas sociais: arte, ciência, direito, econômica, educação, política ou religião.” (SILVA, 2016, p.59)

Os sistemas sociais não são meras representações analíticas ou simplificações da realidade; tratam-se, antes, de estruturas ou unidades comunicativas que se autoconstituem a partir da diferenciação com o ambiente⁵. Sua operação é circular e reflexiva, evidenciando-lhes a autopoiese. Em seu processo de atuação, os sistemas observam o ambiente e selecionam os *inputs* que lhes são relevantes e, a partir suas próprias referências – *experiências pretéritas, códigos e programas* –, reconstroem-lhes como comunicação / sentido. Se, em um olhar mais breve, esta operação indica um enclausuramento sistêmico, fechado em suas autorreferências, a análise mais acurada revela uma abertura cognitiva (heterorreferência), identificada na ambivalência do ato de seleção: ao filtrar os *inputs* ambientais, distingue-se não apenas o que é sistema, mas, por exclusão, também o que é ruído ambiental – *informações que, embora descartadas como irrelevantes, foram observadas e que, em futuras observações / seleções, podem vir a ser traduzidas em sentido*. Disto, deriva que os sistemas sociais não dialogam ou interagem; restringem-se, cada qual, à auto-observação e à observação do seu entorno.

A troca de informações entre sistemas ocorre apenas de forma mediada. Apesar de os diversos sistemas não se comunicarem, operam e integram um mesmo ambiente, de sorte a permitir que um mesmo evento assumia sentido em mais de uma esfera. Isto é o que autoriza pensar em alguma espécie de implicação correlata – *e, aqui, há de se advertir para a impropriedade de confundir correlação e causalidade*. O sentido, contudo, será, sempre e necessariamente, (auto)produzido por cada sistema, em consonância com seu código e programa de operação: a arte operará um código binário que distingue o

⁵ “Es importante comprender este proceso con la exactitud necesaria. La diferenciación no es descomposición de un “todo” en “partes”, ni en el sentido de descomposición conceptual (división) ni en el sentido de división real (partitio). El esquema todo/partes tiene su origen en la tradición vétero europea y si se aplicara aquí no se aprehendería el punto decisivo. Diferenciación sistémica no significa descomponer el todo en partes ni, en consecuencia —considerado en este nivel—, que éste consista sólo de partes y de sus “relaciones”. Más bien, cada sistema-parcial reconstruye al sistema total —al que pertenece y co-realiza— a través de una diferencia propia (específica del sistema-parcial) de sistema/entorno. A través de la diferenciación del sistemas-parciales de todas las operaciones efectuadas en el sistema total, de manera que el sistema total sólo pudiese operar por medio de dichos sistemas. También una sociedad altamente diferenciada conoce mucha interacción “libre”. Como consecuencia, entre el sistema de la sociedad y los sistemas de interacción se genera una diferenciación que varía con la forma de diferenciación de la sociedad.” (LUHMANN, 2006, p. 473-474)



belo do feio em uma realidade; a ciência anteporá este mesmo estado de fato ao par verdadeiro e falso; o direito, ao lícito e ao ilícito; a economia, ao ter e ao não ter; a política, a governo e a oposição; etc. É neste contexto que se formam espécies de zonas plurissistêmicas, chamadas de acoplamentos estruturais, que se encarregam de viabilizar o fluxo – *indireto, por meio de irritações* – de comunicações diferenciadas: é o caso da Constituição, que assume significância tanto para o sistema do direito quanto para o da política; do orçamento público, afeito à economia e à política; ou dos contratos privados, estruturais para o direito e para a economia.

2.2. O Direito de seu ambiente

A exposição epistemológica prévia se revela essencial à delimitação das bases essenciais à análise (*rectius*: observação) do direito de um ambiente sociocibernético, extremamente fluido e complexo. Os referenciais clássicos – *ainda hoje muito difundidos na doutrina jurídica pátria* –, adstritos a ideais iluministas, tendem a reduzir o direito a um objeto absolutamente segregado de seu meio⁶. O problema de pesquisa proposto, consistente em perscrutar a adequação, os limites e as possibilidades de modelos de regulamentação normativa, reclama a adoção de um ponto de vista diverso, apto a retratar o sistema jurídico (d)e sua complexidade ambiental. Não basta enxergar a árvore; precisa-se de um ponto de vista que permita contemplar a floresta. Exatamente por isto é que se parte das referências legadas pela teoria dos sistemas sociais (de sentido) autopoieticos para descrever o direito e seu *modus operandi*.

O direito, na perspectiva delineada por Niklas Luhmann, é um específico sistema da sociedade moderna, que, assim como os demais, existe apenas e tão somente enquanto comunicação⁷ – “e, como tal, reflete o social ao mesmo tempo em que cria o social” (SILVA, 2016, p.111). Trata-se, mais especificamente, de um âmbito que assumiu relevância – *ao ponto de se diferenciar do seu entorno* – com o escopo de generalizar e

⁶ A filosofia moderna “produziu numerosas teorias jurídicas, mas nenhuma teoria do direito. Ele conduziu à constituição de sua casuística em teorias específicas de problemas, mas não a um entendimento apropriado do direito como unidade que produz a si mesma. O resultado foi uma miríade de teorias, mas não uma autoconceitualização do direito como direito.” (LUHMANN, 2016, p.252-255).

⁷ “El derecho existe únicamente como comunicación (o, en términos psicológicos, como prospecto de comunicación), y comunicación aquí significa una síntesis de información, acto de comunicar y comprensión, y no simplemente el acto de comunicar como tal. Por lo tanto, la diferenciación del derecho yace, primero que todo, en el control temático del proceso comunicativo. Todo sentido, aun el sentido de eventos puramente fácticos, puede convertirse en jurídicamente relevante, es decir, puede entrar dentro de la autorreproducción del sistema del derecho.” (LUHMANN, 2018, p.360)



estabilizar expectativas normativas temporais, objetivas e sociais, de sorte a reduzir o grau de incertezas ínsitas à interação social e permitir atuações – *pretensamente* – coordenadas e complexas, pautadas em confiança⁸. “O direito torna possível saber quais expectativas encontrarão aprovação social e quais não. Havendo essa certeza de expectativas, podem-se encarar as decepções da vida cotidiana com maior serenidade, ou ao menos se tem a segurança de não cair em descrédito em relação a suas expectativas.” (LUHMANN, 2016, p. 2047-2050).

Apesar de funcionalmente orientado à estabilização de expectativas normativas, o sistema jurídico guarda íntima relação também com as chamadas expectativas cognitivas. Enquanto as primeiras se caracterizam por consubstanciar aspirações contrafáticas – *e, neste sentido, preservam-se mesmo quando episódica e casuisticamente frustradas* –, as últimas revelam o compromisso sistêmico de se manter atento e em contato com o entorno / ambiente do qual se diferencia⁹. Ambas as dimensões são significativas, prestando-se à ilustração do movimento de fechamento operacional (autorreferência) em meio a abertura cognitiva (heterorreferência) do direito. O sistema jurídico, ao operar, recorre às suas próprias experiências pretéritas e programas, (re)construindo a realidade em função de uma lógica estabilizadora (expectativas normativas). Ao fazê-lo, contudo, vale-se de um filtro ambiental extremamente sensível, capaz de lhe permitir certa convergência com os reclames ambientais (expectativas cognitivas). Sem isto, não seria possível garantir a continuidade do direito: “um sistema não adaptado ao seu entorno dedica tanta energia para funcionar que tende a desaparecer” (SILVA, 2016, p.113) ou, pelo menos, a perder funcionalidade,

⁸ “La función del derecho no es simplemente un fin o una idea regulativa. Si fuera un fin, debería ser realizable en el tiempo y el derecho, por lo tanto, debería finalizar. Si fuera una idea regulativa debería ser propuesta como irrealizable desde el principio, lo cual desacreditaría el derecho, o al menos tendría que resolver la pregunta por la función real del derecho real. Por el contrario, entendemos el derecho en términos de un principio de selección estructural. El derecho consiste en la explotación de las perspectivas de conflicto para la formación y reproducción de expectativas de comportamiento congruentemente generalizadas (temporal/objetiva/social). La perspectiva de la decepción de una expectativa y así, si uno adhiere a la expectativa de un conflicto, sirve como principio de selección por medio del cual pueden ser probadas las generalizaciones. Es decir, en la dimensión temporal –y esto indica una cierta predominancia de problemas temporales– la generalización normativa es dictada por la intención de mantener contrafáticamente las expectativas a pesar de su decepción y enfrentando los hechos. Pero no todo lo que así es proyectado es socialmente probable. La perspectiva de ganar en caso de conflicto adiciona posteriores restricciones. La interacción permanente de estos factores –una interacción que es coordinada no por medio de cualquier “principio” sino solo por medios evolutivos– crea un amplio número de expectativas de comportamiento congruentemente generalizadas que pueden entonces ser tematizadas por la experticia jurídica, mediante la comparación de casos, de conceptos y doctrina. El resultado se convierte en, y es experimentado como, derecho.” (LUHMANN, 2018, p.576)

⁹ “La diferenciación de un sistema del derecho está basada fundamentalmente sobre la posibilidad de distinguir entre expectativas normativas y expectativas cognitivas. La solución al problema reside en la utilización de esta diferencia con una orientación hacia la función del derecho. Las expectativas son fijadas como normativas cuando se decide que no se necesita cambiar las expectativas en el evento de ser decepcionadas. Lo opuesto es cierto de las expectativas cognitivas.” (LUHMANN, 2018, p.423)



pela expansão de programas operacionais de outros sistemas¹⁰.

Os acoplamentos estruturais, compreendidos como organizações ambientais com significância em mais de um sistema social, são essenciais à operação do direito. É a partir deles que o sistema jurídico consegue “interagir” – *ainda que indiretamente* – com o ambiente social – *e, por via ainda mais reflexa, também com outros sistemas* –, seja para se fazer notado na realidade (generalizando expectativas normativas), seja para atualizar os seus próprios sentidos, mantendo a essencial convergência com os reclames vigentes (expectativas cognitivas). Ou seja, a “interação” intersistêmica – *reclamada pelo sistema jurídico* – se produz de forma mediada e incipiente, a partir de irritações internas às zonas de acoplamentos estruturais, cuja eventual repercussão em um sistema somente se dará em conformidade com seu próprio código e programas¹¹. A título de ilustração, pode-se tomar o Estado Constitucional, que serve de acoplamento estrutural entre política e direito. Se, de um lado, a política integra o entorno do direito, irritando-o com mudanças legislativas, o direito compõe, também, o ambiente político, irritando-o com regras para processos eleitorais, procedimentos e limites para a atividade legiferante, etc.

A teoria dos sistemas autopoieticos de Niklas Luhmann se presta, dentre outras coisas, para jogar luzes sobre a forma paradoxal como se dá o fluxo de informações entre o direito e seu entorno. Gunther Teubner enfatiza bem o ponto, ao identificá-lo como uma armadilha epistêmica do direito moderno, evidenciada, sobretudo, no momento em que se reclama a decisão de conflitos – *sejam estes litigiosos, legislativos ou doutrinários*. A tensão provocada pela exigência de que a realidade jurídica seja produzida de forma autônoma (por autorreferência), mas sem se fechar para os conflitos (irritações) produzidos por outros discursos da sociedade (heterorreferência) (TEUBNER, 1989, p.745), não pode se resolver com a opção por um dos extremos: nem se pode outorgar ao direito plena autoridade epistêmica para a construção da(s) realidade(s) sistêmica(s) envolvida(s), tampouco se há de confiar integralmente tal responsabilidade para qualquer

¹⁰ “Un derecho adaptativo, responsivo y capaz de aprender, debe evitar el descrédito de su propia normatividad o también se reducirá él mismo a ser un instrumento de implementación burocrática del poder político.” (LUHMANN, 2018, p.700-701)

¹¹ “Although the legal discourse is closed in its self-reproduction and produces its own constructions of reality, it remains always social communication and uses the general social constructions of reality and influences general social communication by its specific world constructions. Any legal act is at the same time - *uno actu* – an event if general social communication. One and the same communicative event, then, is linked with two social discourses, the specialized institutionalized discourse of law and the diffuse and general social communication. Interference of law and other social discourses does not mean that they merge into a multidimensional super-discourse, nor does it imply that information is ‘exchanged’ among them. Rather, information is constituted anew in each discourse and interference adds nothing but the simultaneity of two communicative events [...]. Thus juridical constructs are exposed to the constructs of other discourses in society, particularly to the constructs of science. They are exposed to a test of ‘social coherence’ that replaces the old fiction of a test correspondence with outside reality.” (TEUBNER, 1989, p.745)



outra esfera. O caminho a ser trilhado remete à identificação das linhas fundamentais do procedimento e método de cognição que viabiliza o fluxo de informação entre o direito e outras esferas sociais (TEUBNER, 1989, p.751)¹².

A missão de distinguir os dilemas e padrões inerentes à reciprocidade de implicações das diversas realidades sistêmicas (heterorreflexividade), contudo, afigura-se árdua e revolve explorações outras, que se propõem a ultrapassar a teoria luhmanianna.

Nesta linha é que Marcelo Neves, trabalhando o conceito de racionalidade transversal, cunhado por Wolfgang Welsch, aponta uma maior intensidade / sensibilidade do modelo de intercâmbio de informações entre os sistemas sociais de sentido. Para além das irritações recíprocas em meio às zonas de acoplamento estrutural, o próprio *medium* linguístico se presta a difundir especificidades de cada aparato sistêmico-operacional e de sua racionalidade para outras esferas (NEVES, 2012, p.34-51). Trata-se de diretriz apta a “potencializar a abertura cognitiva e a heterorreferência do sistema. A presença de razões transversais nos acoplamentos seria, portanto, capaz de amplificar a abertura cognitiva do sistema e provocar ressonâncias nas variações e seleções a serem adotadas em seu interior” (CARNEIRO, 2019, p.20-21)¹³.

Em convergência com esta trajetória, colocam-se, também, os esforços feitos para a formulação de uma teoria ecológica do direito, a enfatizar as preocupações que o sistema há de desenvolver com o seu entorno¹⁴. O “diálogo” entre um sistema e seu ambiente haverá de ser pautado por uma racionalidade específica, orientada pela lógica da preservação. Esta razão intersistêmica pode ser reconduzida à uma noção ampliada de sustentabilidade, típica do Direito Ambiental, a reclamar planejamento. Assim como se revela essencial preservar os recursos bióticos e abióticos para a sobrevivência e desenvolvimento das gerações futuras, também o direito há de se preocupar com a preservação do seu ambiente, a sociedade – *e com os demais sistemas que engloba*. É essencial, que, ao promover a regulamentação de condutas, o raciocínio jurídico se abra

¹² “Law cannot take over full epistemic authority and responsibility for the reality constructions involved, but at the same time it does not totally delegate epistemic authority to other social discourses. Rather, as a precondition for the incorporation of social knowledge, the legal system defines certain fundamental requirements relating to procedure and methods of cognition.” (TEUBNER, 1989, p.751)

¹³ “Na mesma linha, a Hermenêutica Heterorreflexiva propõe um “primeiro tempo dialógico” que “suspende” as pretensões de juridicidade com o intuito de explorar a racionalidade presente no ambiente, ao mesmo tempo em que comunica os ganhos consensuais com o interior do sistema.” (CARNEIRO, 2019, p.21)

¹⁴ É este o propósito teórico abraçado por Wálber Araujo Carneiro ao pontuar que “a distinção entre sociedade e seu ambiente formado por indivíduos nos traz um alerta que só pode ser corretamente observado se considerarmos, justamente, essa distinção: a sociedade, ao operar a comunicação de sistemas, ignora os impactos ambientais de sua autorreferenciação. Esse *modus operandi* pode ser extremamente opressor ou omissivo quanto a determinados indivíduos, grupos ou outros sistemas funcionais.” (CARNEIRO, 2019, p.18)



– *cognitivamente* – aos outros sistemas, adotando estratégia de comunicação que permita ao âmbito alvejado assimilar as diretrizes¹⁵. É exatamente o que Gunther Teubner explica, ao vincular o princípio da justiça de uma sociedade globalizada / fragmentada: o princípio da justiça, sobre o qual se encontram tais normas constitucionais descentralizadamente geradas, deveria ser uma espécie de princípio de sustentabilidade, que originalmente foi desenvolvido como uma limitação do crescimento econômico para a proteção do ambiente natural, tendo em vista as condições futuras de vida. O desafio atual é, no entanto, que o princípio da sustentabilidade deva ser generalizado de duas maneiras. Sustentabilidade não pode mais se limitar à relação da economia com a natureza, ou seja, à relação apenas de um sistema social com um de seus ambientes. O princípio da sustentabilidade deve ser repensado para além da economia, levando-se em conta todos os regimes funcionais. Ao mesmo tempo, deve incorporar, para além de apenas o ambiente natural, todos os ambientes relevantes dos regimes. Ambiente deve ser pensado aqui no sentido mais amplo possível, como ambiente natural, social e humano dos regimes transnacionais (TEUBNER, 2016, p.292)

Em meio a esta preocupação sistêmica com a sustentabilidade, Wálber Araujo Carneiro (2018) destaca o papel a ser desempenhado pelos direitos fundamentais, de grande serventia para administrar a tensão entre as expectativas normativas e as expectativas cognitivas antepostas ao sistema jurídico. Tal qual eclusas – *comportas que servem ao represamento e liberação do fluxo de água de um sistema hidroviário, tornando-o navegável* –, os direitos fundamentais apresentam-se como mecanismos (de acoplamento estrutural) imbuídos da missão de estabilizar a assimetria entre as expectativas (normativas e cognitivas) e o possível, identificado a partir de uma referência à (in)sustentabilidade ambiental. Com isto, supera-se tanto o risco de se aderir a fórmulas teóricas que superestimem as possibilidades dos direitos fundamentais ante o seu entorno, quanto a propostas que os reduzam ao papel de assimilar as pretensões expansivas de outros sistemas parciais da sociedade – *e que comprometem a integridade*

¹⁵ “Um planejamento é uma estratégia de redução da complexidade do ambiente para produzir uma complexidade própria, estruturalmente organizada, nas decisões planejadas. Assim, uma decisão econômica planejada com foco no lucro da diferença lucro/prejuízo, por exemplo, reduz uma grande quantidade de possibilidades de realizações, selecionando apenas aquelas possibilidades capazes de levar a decisão à consecução de seus objetivos, isto é, o lucro. [...] Uma decisão jurídica planejada também pode vencer a indeterminação da orientação às suas próprias consequências, desde que observe a relação entre as suas consequências e a função do sistema que ela atualiza no momento em que é executada.” (SIMIONI, 2006, p. 203).



*sistêmica do direito*¹⁶.

Não se tem a pretensão, no presente artigo, de definir os contornos de uma teoria do direito (ou dos direitos fundamentais), mas tão somente o de firmar e esclarecer as bases teóricas a serem utilizadas para enfrentar a questão relacionada com a definição dos modelos de regulamentação propostos para a tutela da privacidade em um ambiente sociocibernético. As referências epistemológicas expostas servirão de guia, na medida em que “a regulação da sociedade [...] não pode ignorar a lógica de reprodução presente no seu ambiente, até porque ali não estão, apenas, as pretensões expansivas motivadas pela cegueira estratégica dos âmbitos organizados dos sistemas sociais” (CARNEIRO, 2018, p.160).

3. O Direito de uma realidade sócio-cibernética

3.1. Ambiente sociocibernético: entre a fluidez e a perenidade

A sociedade da informação é uma comunidade interconectada. Sua própria existência seria impensável sem as redes tecnológicas expansíveis – *dentre as quais a Internet assume o papel de grande destaque* –, a viabilizar o fluxo imediato e irrestrito de informação por todo o globo terrestre. Isto é que entreabriu caminho para que as mais variadas relações sociais pudessem ser mediadas – *quando não integralmente apropriadas* – por máquinas com capacidade computacional, proporcionando inúmeras inovações.

As benesses e expectativas criadas fizeram da expansão digital uma diretriz. A tecnologia passa a abarcar, integrar e automatizar, tanto quanto possível e de forma cada

¹⁶ Neste sentido é que se põe a advertência de Wálber Araujo Carneiro: “teorias clássicas, ao identificarem a fundamentalidade na primazia sintático-semântica da Constituição, falham no tratamento dado à complexidade ambiental e sobrecarregam a função hermenêutica responsável por “fechar” as possibilidades de sentido que refletem parcialmente o ambiente complexo, estimulando as sendas estratégicas do “pamprincipiologismo” (STRECK, 2013) ou “principalismo” (NEVES, 2013) e, conseqüentemente, a banalização dos direitos fundamentais. Já as teorias institucionais falham quando tendem a reduzir as demandas ambientais às pretensões expansivas de outros sistemas parciais da sociedade, ignorando que o ambiente busca no direito proteção para os efeitos destrutivos das energias expansivas do âmbito organizado de outros sistemas sociais. Destruição que também causa a desdiferenciação e provoca tendências centralizadoras.” (CARNEIRO, 2018, p.140)



vez mais enfática, a realidade, agregando-se-lhe como novo ambiente. Concebido à luz da lógica da programação computacional, na qual catalogar eventos, associando-os ao máximo de informações afins, afigura-se essencial – *tanto para supervisionar o funcionamento das rotinas internas quanto para viabilizar o progressivo e constante incremento técnico* –, o universo sociocibernético estrutura-se tal qual um banco de dados perene e universal¹⁷. Todo e qualquer evento deve ser traduzido para um formato binário, passível de armazenamento e posterior análise: uma transação financeira efetivada por meio eletrônico dá azo a registro digital que eterniza a ocorrência e seus correlatos aspectos, como data, horário, local, valores e sujeitos envolvidos; uma catraca biométrica instalada em determinado prédio, além de controlar o acesso de pessoas, armazena os momentos de entrada e saída de todos por tanto tempo quanto funcione; a dúvida lançada em uma ferramenta de buscas na *internet* gera não apenas uma resposta, mas eterniza, na forma de dados, o interesse manifestado naquele determinado conteúdo a partir de específica origem.

As novas ferramentas e técnicas conferem, ainda, um ritmo diferenciado aos acontecimentos, impondo perigoso – e *constante* – flerte com a incerteza e a instabilidade. A ocorrência de eventos aptos a repercutir de forma profunda e derradeira nos mais diversos âmbitos sociais e até mesmo na condição humana não apenas se viabilizam, como se tornam operacionalizáveis em um lapso temporal muito mais curto (SCHWAB, 2017, p.2-3).

O ritmo frenético, conjugado à possibilidade de devassa dos dados digitais, introduzem consideráveis desafios, com exponencial agravamento de riscos, tanto para a sociedade quanto para os indivíduos. Respostas e soluções, neste particular, reclamam preocupações inéditas, ainda pouco desenvolvidas ou articuladas.

3.2. Ambiente digital como estratégia de mercantilização da vida privada

Problemático aspecto, especificamente introduzido a partir da consolidação do ambiente sociocibernético, remete ao fato de seus dados não serem utilizados apenas e tão somente para retroalimentar as suas tecnologias constitutivas: servem, também, ao

¹⁷ Nas palavras de Shoshana Zuboff (2018, p. 23-24): “Como resultante da penetrante mediação por computador, quase todos os aspectos do mundo são traduzidos em uma nova dimensão simbólica. À medida que eventos, objetos, processos e pessoas se tornam visíveis, cognoscíveis e compartilháveis de uma nova maneira. O mundo renasce como dados e o texto eletrônico é universal em escala e escopo.”



desbravamento da realidade concreta e dos sujeitos nela envolvidos. Os registros digitais fornecem manancial suficiente para investigar eventos e pessoas em graus antes inconcebíveis. Causas, correlações e aspectos que, muitas vezes, passam despercebidos até mesmo pelos sujeitos diretamente envolvidos tornam-se cognoscíveis. Não é difícil imaginar hipóteses em que isto possa servir a propósitos eticamente questionáveis.

A coleta e análise sistemática de dados praticada pelas empresas não apenas melhora experiências, mas pode também criar exclusões e custos socialmente inaceitáveis. Quando um plano de saúde rejeita uma pessoa ou cobra o dobro da mensalidade por saber que ela tem uma propensão genética a determinadas doenças, começamos a nos preocupar com o que os dados coletados sobre nós podem gerar. Quando as empresas podem saber bem mais do que o currículo dos candidatos a uma vaga de emprego e podem fazer escolhas ideológicas a partir da análise da navegação na internet de todos os pretendentes a um posto de trabalho, começamos a ver que talvez nem toda coleção e análise de dados seja realizada em benefício de todos, mas apenas de alguns. (SILVEIRA, 2017, l.96-101)

Estas tensões são intensificadas por assimetrias estruturais, firmadas em razão da maior ou menor aptidão de determinados segmentos e sistemas para lidar com o aparato cibernético. Exemplo que deixa bem evidente da concorrência entre setores pode ser identificado nas chamadas *fake news* – *notícias sabidamente falsas, estratégica e deliberadamente difundidas com o escopo de fazer prevalecer pautas ou interesses específicos* –, capazes de corromper não apenas a dimensão política da sociedade, mas também os sistemas parciais da ciência e do direito.

Diversas são as ilustrações possíveis, mas, neste trabalho, focar-se-á na específica relação intersistêmica entre economia e direito. De um lado, o sistema econômico revela extrema habilidade no trato do ambiente digital, fazendo valer o seu programa expansionista: apropria-se dos espaços e possibilidades sócio-cibernéticas para consolidar uma nova lógica de acumulação, firmada em torno da apropriação massiva dos dados disponíveis nas estruturas digitais. Trata-se da construção de um novo e peculiar modelo econômico, a que Shoshana Zuboff alcunhou capitalismo da vigilância.

De outra banda, a implementação – *ainda em curso* – deste modelo exploratório conta com a dificuldade de articulação do direito em torno das expectativas – *normativas e cognitivas* – que lhe são direcionadas. Pouco afeito à velocidade com que os reclames se põem, o sistema jurídico se reconduz – *e, não raro, parece condenado* – a um cenário de déficit de regulamentação, seja pelo não preenchimento oportuno de espaços, seja



pelo preenchimento inadequado ou insuficiente destes¹⁸. “Os capitalistas de vigilância exploram de forma hábil um lapso na evolução social, uma vez que o rápido desenvolvimento de suas habilidades de vigiar para o lucro em muito suplantou a compreensão pública e o eventual desenvolvimento de leis e regulamentações legais” (ZUBOFF, 2018, p.48).

A difusão desta lógica de aproveitamento econômico de dados ampara-se na ampli(fic)ação das técnicas de mediação tecnológica, com o propósito de garantir ubiquidade ao ambiente digital. Recorre-se a estratégias diversas para consolidar um estado de vigilância constante e perene, em que a captura dos eventos concretos, para serem traduzidos em dados digitais, ocorre de forma cada vez mais ampla e plena. É inevitável comparar tal realidade com a imagem do *Big Brother*, elucubrada por George Orwell. A verdade, porém, é que, na vigente sociedade digital, a fiscalização estrutura-se a partir de um *modus operandi* bem mais refinado e sutil, em que, ao invés de uma dominação forçada e centralizada, fragmentam-se os centros de captura¹⁹ e busca-se a submissão autoimposta²⁰. Shoshna Zuboff sugere que, para compreender a sociedade de vigilância assente, substitua-se a figura do fiscal central de *Orwell* pela do *Big Other*:

Essa nova arquitetura configura-se como um ubíquo regime institucional em rede que registra, modifica e mercantiliza a experiência cotidiana, desde o uso de um eletrodoméstico até seus próprios corpos, da comunicação ao pensamento, tudo com vista a estabelecer novos caminhos para a monetização e o lucro. O *Big Other* é o poder soberano de um futuro próximo que aniquila a liberdade alcançada pelo Estado de direito. E um novo regime de fatos independentes e independentemente controlados que suplanta a necessidade de contratos, de governança e o dinamismo de uma democracia de mercado. O *Big Other* é a encarnação, no século XXI, do texto eletrônico que aspira abranger e revelar os amplos fatos iminentes de comportamentos econômicos, sociais, físicos e biológicos.

¹⁸ “A economia, com efeito, pega os juristas cochilando. Enquanto o direito busca afirmar sua normatividade, a economia trabalha constantemente com expectativas cognitivas. Assim, enquanto a decisão jurídica gerencia expectativas normativas, as expectativas econômicas estão sempre prontas para mudar conforme mudam as relações de oferta e demanda dos bens, à margem, portanto, das expectativas normativas estabilizadas pelo direito. Ou seja, o direito não pega os economistas cochilando. Não é essa sua função. O direito só é direito enquanto se mantiver previsível, isto é, enquanto permitir o planejamento econômico e dos demais sistemas.” (SIMIONI, 2006, p. 233).

¹⁹ Neste sentido é que David Lyon desenvolve o seu conceito de cultura da vigilância, a enfatizar que este estado de exposição / transparência “não é mais apenas algo externo que se impõe em nossa vida. É algo que os cidadãos comuns aceitam – deliberada e conscientemente ou não –, com que negociam, a que resistem, com que se envolvem e, de maneiras novas, até iniciam e desejam. O que antes era um aspecto institucional da modernidade ou um modo tecnologicamente aperfeiçoado de disciplina ou controle social hoje está internalizado e constitui parte de reflexões diárias sobre como são as coisas e do repertório de práticas cotidianas.” (LYON, 2018, p.153)

²⁰ É o que bem denuncia o filósofo sul-coreano Byung-Chul Han: “Esse Estado de vigilância orwelliana, com suas teletelas e as suas câmaras de tortura, diferencia-se fundamentalmente do pan-óptico digital (com a internet, os smartphones e o Google glass), que é dominado pela aparência de liberdade e comunicação ilimitadas. Nesse pan-óptico não se é torturado, se é tuitado ou postado. Não há nenhum Ministério da Verdade. A transparência e a informação substituem a verdade. [...] Em vez de confissões extorquidas, há exposição voluntária. O smartphone substitui a câmara de tortura. O Grande Irmão tem agora um rosto amável. A eficiência da sua vigilância está em sua amabilidade.” (HAN, 2018, p.56-57)



A complementação da lógica exploratória complementa-se a partir da estratégia utilizada para extrair valor econômico dos dados digitais, convertendo-os em mercadoria. Em um primeiro instante, buscou-se utilizar o manancial de informações disponibilizadas para formular perfis de consumo, para o específico fim de ampliar as potencialidades publicitárias por meio de marketing direcionado: ao invés de pagar para expor o produto para vasto público, em parte absolutamente desinteressado, foca-se em segmentos predispostos à aquisição. Isto, contudo, logo evoluiu para uma dimensão muito mais problemática, em que, com lastro em estudos da neurociência e do *behaviorismo*, os dados passam a ser explorados como alternativa para a indução de comportamentos²¹.

Com a nova lógica de acumulação do capitalismo de vigilância, uma quarta mercadoria fictícia emerge como característica dominante da dinâmica do mercado no século XXI. A própria realidade está passando pelo mesmo tipo de metamorfose fictícia por que passaram as pessoas, a natureza e a troca. A “realidade” é agora subjugada à mercantilização e à monetização e renasce como “comportamento”. Os dados sobre os comportamentos dos corpos, das mentes e das coisas ocupam importante lugar em uma dinâmica compilação universal em tempo real de objetos inteligentes no interior de um domínio global infinito de coisas conectadas. Esse novo fenômeno cria a possibilidade de modificar os comportamentos das pessoas e das coisas tendo por objetivo o lucro e o controle. Na lógica do capitalismo de vigilância, não há indivíduos, apenas o organismo mundial e todos os elementos mais ínfimos em seu interior. (ZUBOFF, 2018, p.56)

Não é difícil perceber o risco. Na perspectiva dos indivíduos, tem-se não apenas a potencial devassa das suas vidas privadas, mas a possível perda de liberdade, na medida em que a partir da análise e cruzamento de vestígios digitais pode-se, além de identificar eventos específicos em que se envolveu, catalogar hábitos, gostos e opiniões, revelando-lhe aspectos existências que talvez até mesmo o sujeito objeto desconheça. No plano dos sistemas sociais, os perigos se identificam em torno das tensões e assimetrias despertadas. Não apenas se vislumbra, internamente ao sistema econômico, a ascensão de uma nova lógica de acumulação, em que o domínio e acesso às estruturas cibernéticas – *e, por consequência, aos dados nelas armazenados* – importa, como se enfrenta uma possível crise de expectativas do direito.

²¹ A traduzir um potencial flagelo à condição humana, denunciado há décadas por Hannah Arendt: “O problema com as teorias modernas do behaviorismo não é que elas estejam erradas, mas sim que podem vir a tornar-se verdadeiras, que realmente constituem as melhores conceituações possíveis de certas tendências óbvias da sociedade moderna. É perfeitamente concebível que a era moderna – que teve início com um surto tão promissor e tão sem precedentes de atividade humana – venha a terminar na passividade mais mortal e estéril que a história jamais conheceu.” (ARENDT, 2007, p.336-336)



O sistema jurídico, ante a dificuldade de conviver com o entorno sociocibernético, tem se revelado inapto ao exercício de sua função de generalizar expectativas congruentes no ambiente, ao ponto de pôr em risco a própria sustentabilidade sistêmica. A falha no contingenciamento do movimento expansionista do mercado se torna bem flagrante quando se atenta para o *modus operandi* das grandes empresas de tecnologia, consistente em fazer incursão em âmbitos privados e não protegidos até que alguma resistência seja encontrada. Não se pergunta se é possível fotografar pessoas, casas, veículos ou objetos pessoais para a composição de bancos de dados digitais, simplesmente se pega o que quer, contando com a complacência individual ou com a possibilidade de esgotar eventuais adversários no tribunal ou, ainda, de pagar multas que representem investimento negligenciável para retorno significativo (ZUBOFF, 2018, p.30). Identifica-se a insuficiência do aparato jurídico, ainda, quando se constata que, hoje, as dúvidas que circundam a privacidade têm menos a ver com a possibilidade concreta de manter em segredo alguma dimensão da vida privada e mais com o domínio (no sentido de propriedade, a englobar as prerrogativas de usar, fruir e dispor) dos dados digitais. Pertenceriam estes àqueles indivíduos concretos, cuja atuação os originou, ou à empresa, que investiu em tecnologia e que controla a estrutura que os constituiu e os armazena? Mais do que respostas concretas para estes problemas, busca-se, por meio deste artigo, evidenciar a relevância do arcabouço epistemológico de uma teoria sistêmica / ecológica para a análise do direito – e, especialmente, do direito de um ambiente sociocibernético, hipercomplexo e fluido.

3.3. Tensões em torno dos modelos de regulação de dados privados

Debate que traduz de forma bastante clara o momento de dificuldade do direito de lidar com o ambiente sociocibernético é aquele travado entre os modelos de regulamentação para proteção de dados pessoais. Em termos de realidade ocidental, existem duas principais propostas de enfrentamento da questão: a primeira, mais tradicional, gestada nos Estados Unidos da América, e que parte de uma lógica de empoderamento individual, a que se chamará de modelo do autodeterminação informacional (*notice and consent*); e a segunda, deflagrada mais recentemente, com o advento do marco legal europeu – a *General Protection Data Regulation (GPDR)* –, em



que a matéria aflora como questão social, submetendo-se ao que se chamará de modelo de regulação de risco.

De largada, importa registrar que o modelo da autodeterminação informacional, construído na tradição do *common law* norte-americano, serviu como primeira referência histórica, apresentando-se, hoje, como modelo dominante. Responsabiliza-se, igualmente, por contribuições significativas para o debate como um todo: é, aqui, por exemplo, que se reconstrói a noção de proteção da privacidade, que deixa de ser um imperativo de ordem individualista, identificada com o direito de ser deixado sozinho, e assume a feição de direito fundamental, representativo de uma dimensão existencial e significativa para o exercício das liberdades individuais²².

As características principais deste modelo podem ser sintetizadas em torno de quatro estratégias principais: (i) positivação de direitos individuais relacionados aos processos de coleta e tratamento de dados pessoais; (ii) crença no empoderamento individual viabiliza a implementação de pautas políticas; (iii) contratualização do consentimento, em torno da qual se resguarda o direito à informação clara acerca da amplitude, riscos, segurança e finalidade da coleta / dados; (iv) hipossuficiência do cidadão (ZANATTA, 2017, p.180).

O modelo de regulação de riscos, por seu turno, toma por referência a experiência normativa com questões coletivas, como aquelas que ameaçam a saúde com relação a medicamentos, alimentos industrializados e poluição, de sorte a estruturar três pautas principais: “(i) reunião de informação e cognição de riscos, (ii) criação de regras e padrões de conduta e (iii) *enforcement* e monitoramento da modificação do comportamento social.” (ZANATTA, 2017, p.181).

Ao contrapor os modelos, é comum se partir da premissa de que, enquanto a autodeterminação informacional confia no instituto da responsabilidade civil como mecanismo (de acoplamento estrutural com o entorno) para garantir a preservação dos direitos individuais, em uma regulação *ex post*, a matriz da risquificação almeja afastar a adversidade mediante a fixação prévia de procedimentos e mecanismos de fiscalização e controle, em uma regulação *ex ante*.

Embora as diferenças entre os marcos regulatórios sejam evidentes, a análise, a partir de uma perspectiva de sustentabilidade sistêmica, aponta para a incongruência de

²² A referência teórica geralmente trabalhada como inaugural desta temática é o artigo publicado em 1890 por Samuel D. Warren e Louis D. Brandeis, no v. 4, n. 5, da Harvard Law Review (WARREN, et al., 2010).



tratá-los como modelos autoexcludentes. Tratam-se, antes, de propostas complementares, na medida em que, combinadas, afiguram-se hábeis para melhor atender às expectativas normativas e cognitivas firmadas ante as tensões e assimetrias do ambiente sociocibernético.

De um lado, não há como negar a relevância da responsabilidade civil como alternativa para orientar o comportamento do mercado: o impacto jurídico de uma condenação desta natureza é facilmente assimilado pelo código específico da economia, que o identifica como prejuízo. Apesar de geralmente associado com o modelo da autodeterminação informacional, o instituto da responsabilidade civil, exatamente porque se constitui em veículo privilegiado de intercâmbio de informações entre o direito e a economia, não deve ser abandonado para que se adira a uma fórmula de distribuição *ex ante* de riscos. Ao revés, haver-se-á de manter válida a possibilidade de imputar o dever de os agentes de coleta e tratamento de dados repararem os danos, ainda quando tenham respeitado integralmente seus deveres instrumentais – *e, ainda mais, quando os tenham negligenciados*.

De toda sorte, a responsabilidade civil, adotada isoladamente como estratégia, não se apresenta como resposta adequada, sobretudo por conta das assimetrias concretas a que não consegue superar. Revolve-se aqui, essencialmente, a problemas estruturais da matéria, que variam desde a dificuldade de identificar a origem de eventuais danos até o problema de quantificar o prejuízo – evidenciado nas indenizações constrangedoramente módicas fixadas ante situações capazes de repercutirem negativamente por prolongado tempo²³.

De outra banda, se o modelo da regulação do risco entreabre grandes perspectivas, até por enquadrar a questão como um problema social, aderindo a uma lógica naturalmente mais afeita à da epistemologia sistêmica, desperta também suas próprias dificuldades. Há efetiva possibilidade – *incrementada em realidades sociais periféricas, como a do Brasil* – de que, ao confiar em estruturas intermediárias da sociedade para veicular, de forma organizada, interesses comuns, termine-se por alijar o cidadão comum de impasses que são caros, “fazendo com que as tensões e ‘negociações coletivas’ ocorram somente entre empresas de tecnologia, autoridade reguladora e

²³ Em estudo focado nas assimetrias informacionais entre empresas e consumidores, a economista Ginger Zhe Jin, professora da *University of Maryland*, aponta a tendência, empiricamente comprovada, de o mercado negligenciar as melhores práticas, assumindo os riscos por eventuais falhas de fiscalização dos dados privados que lhes são confiados (JIN, 2019).



entidades civis altamente especializadas” (ZANATTA, 2017, p.190). Contempla-se, nesta mesma linha, também a contraproducente possibilidade de se promover excessiva judicialização, impondo regras e procedimentos complexos e custosos ao ponto de inviabilizar em absoluto os necessários investimentos econômicos.

4. Conclusão

À guisa de conclusão, reitera-se que, mais do que a busca por soluções concretas e específicas, buscou-se, no presente artigo, destacar a importância de se encarar os problemas jurídicos – *e, especialmente, aqueles desdobrados de um ambiente sociocibernético* – a partir de uma perspectiva que permita enxergar a sua plena complexidade, ante a qual se revela essencial reconhecer uma dimensão de planejamento.

Nesta perspectiva, o efetivo problema proposto, consistente na identificação do melhor modelo de regulação dos dados privados, quando analisado a partir de uma epistemologia sistêmica e ecológica do direito, aponta para a necessidade de promover o aproveitamento das variadas técnicas disponibilizadas de forma pontual e estratégica, mantendo-se, sempre, aberta a possibilidade de reavaliação, tanto para manter a conexão com os reclames sociais (expectativas cognitivas), quanto para assegurar e potencializar a repercussão pretendida nos demais sistemas sociais – *por meio da constante adequação à lógica ínsita aos códigos e programas que lhes são específicos*.

5. Referências Bibliográficas

ARENDT, Hannah. A condição humana. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

BACHUR, João Paulo. A teoria de sistemas sociais de Niklas Luhmann. In: SELL, Carlos Eduardo; MARTINS, Carlos Benedito (orgs.). Teoria sociológica contemporânea: autores e perspectivas. São Paulo: Annablume, 2017.

CARNEIRO, Wálber Araújo. Os direitos fundamentais da Constituição e os fundamentos da Constituição de direitos. Revista Direito Mackenzie. 1, 2018, Vol. 12, pp. 129-165.

_____. Teorias ecológicas do Direito: por uma reconstrução crítica das teorias do direito.



Original disponibilizado pelo autor. Submetido a publicação, 2019.

HAN, Byung-Chul. *Psicopolítica: o neoliberalismo e as novas técnicas de poder*. 1 ed. São Paulo: Ayine, 2018.

JIN, Ginger Zhe. Artificial intelligence and consumer privacy. In: AGRAWAL, Ajay; GANS, Joshua; GOLDFARB Avi. *The Economics of Artificial Intelligence: An Agenda*. Chicago: University of Chicago Press, 2019.

LEVY, Pierre. 1999. *Cibercultura*. São Paulo: Ed. 34, 1999.

LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Cidade do México: Herder, 2006.

_____. *La unidad del sistema del derecho. Escritos preparatorios para "El Derecho de la Sociedad"*. Edição do Kindle. Bogotá: Universidad Externado, 2018.

_____. *O direito da sociedade*. [trad.] Saulo Krieger. Edição do Kindle. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

LYON, David. *Cultura da vigilância: envolvimento, exposição e ética na modernidade digital*. In: BRUNO, Fernanda, et al. *Tecnopolíticas da vigilância: perspectivas da margem*. São Paulo: Boitempo, 2018.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

SCHWAB, Klaus. *The fourth industrial revolution*. Edição do Kindle. New York: Crown Business, 2017.

SILVA, Artur Stamford da. *10 lições sobre Luhmann*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2016.

SILVEIRA, Sergio Amadeu da. *Tudo sobre tod@s: redes digitais, privacidade e venda de dados pessoais*. Edição do Kindle. São Paulo: Edições Sesc São Paulo, 2017.

SIMIONI, R. L. *Direito Ambiental e Sustentabilidade*. Curitiba: Juruá Editora, 2006.

TEUBNER, Gunther. *Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização*. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. 1989. How the Law thinks: toward a constructivist epistemology of Law. *Law & Society Review*. 5, 1989, Vol. 23.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *Teoria dos sistemas e o direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009.

WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. *The right to privacy (annotated)*. Edição do Kindle. Nova Orleans: Quid Pro Books, 2010.

ZANATTA, Rafael A. F. *Proteção de dados pessoais como regulação de risco: uma nova moldura teórica*. I Encontro da Rede de Pesquisa em Governança da Internet. Rio de Janeiro, 2017.



ZUBOFF, Shoshana. Big other. Capitalismo de vigilância e perspectivas para uma civilização de informação. In: BRUNO, Fernanda; et al. Tecnopolíticas da vigilância: perspectivas da margem. São Paulo: Boitempo, 2018.

_____. 2018. The age of surveillance capitalism: the fight for a human future at the new frontier of power. Edição do Kindle. Nova Iorque: PublicAffairs, 2018.

Sobre o autor

Gustavo Cunha Prazeres

Doutorando em Direito pela Universidade Federal da Bahia; professor da Faculdade Baiana de Direito; membro do grupo de pesquisa "Autonomia e Direito Civil contemporâneo"; advogado. E-mail: gustavo@rlp.adv.br

O autor é o único responsável pela redação do artigo.

