



CONSTITUIÇÃO EM REDE: OBSERVAÇÕES SOCIOLÓGICO- SISTÊMICAS SOBRE A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

Bernardo Leandro Carvalho Costa *

Ariel Augusto Lira de Moura **

Marcel Carlos Lopes Félix ***

Resumo: O presente artigo tem como objetivo evidenciar o modo como as regulamentações europeia e brasileira sobre proteção de dados possuem uma linguagem típica de eventos característicos de eventos jurídicos do século XXI. Assim, por meio da metodologia pragmático-sistêmica, demonstrar-se-á o modo como o Direito Constitucional passa por mudanças para oferecer respostas adequadas a esses eventos. Nesse sentido, buscar-se-á caracterizar uma perspectiva de Constituição que atua em rede, típica de uma sociedade complexa, tendo a internet como meio de diferenciação interna das organizações. Assim, em aportes, conclusivos, demonstrar-se-á o modo como, em casos envolvendo proteção de dados pessoais, a ideia de Constituição que não atua tão somente no plano vertical de aplicação nos tribunais, em razão de um texto único escrito, a exemplo da Constituição Federal de 1988; mas que também dissemina sua normatividade no plano horizontal das diferentes organizações, sendo aplicada e efetivada em processos de gestão, em regras de conduta e outras comunicações típicas dessas do contexto organizacional.

Palavras-chave: Constituição; Internet; Proteção de Dados Pessoais; Regulamento Geral de Proteção de Dados (GDPR); Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD)

* Doutorando em Direito Público pela Unisinos. Realizou doutorado sanduíche (2021-2022) e estágio doutoral na Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne. Bolsista CAPES Proex e PDSE. Membro do Grupo de Pesquisa Teoria do Direito (CNPq). e-mail: bernardo@digitalattractor.com.br

** Doutorando em Direito Público pela Unisinos. Bolsista CAPES Proex. Membro do Grupo de Pesquisa Teoria do Direito (CNPq). e-mail: ariel.moura@digitalattractor.com.br.

*** Doutorando pela UFMT. Mestre em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento pela PUC/GO. Professor efetivo do Curso de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso – Campus Araguaia. E-mail: marcel-felix@uol.com.br.





NETWORK CONSTITUTION: SOCIOLOGICAL-SYSTEMIC OBSERVATIONS ON THE PROTECTION OF PERSONAL DATA

Abstract: This article aims to highlight the way in which European and Brazilian regulations on data protection have a typical language of the 21st century legal events. Thus, through the pragmatic-systemic methodology, it will be demonstrated how Constitutional Law undergoes changes to offer adequate responses to these events. In this sense, we will seek to characterize a perspective of Constitution that operates in a network, typical of a complex society, with the internet as a means of internal differentiation of organizations. Thus, in conclusive contributions, it will be demonstrated how, in cases involving protection of personal data, the idea of a Constitution that does not act only in the vertical plane of application in the courts, due to a single written text, as the example of the Federal Constitution of 1988, but that also disseminates its normativity in the horizontal plane of the different organizations, being applied and effective in management processes, in rules of conduct and other communications typical of those of the organizational context.

Keywords: Constitution; Internet; Protection of Personal Data; General Data Protection Regulation (GDPR); General Data Protection Law (LGPD)

1 INTRODUÇÃO

A temática “proteção de dados” coloca lado a lado observações sobre o mesmo objeto a partir de pontos de vista de diferentes observadores.

Como destaca Graber (2022, p. 26), ao mesmo tempo em que juristas não estão treinados para a compreensão da tecnologia envolvida nos sistemas de comunicação mediados pela internet, os cientistas da área tecnológica também percebem o Direito a partir de um ponto de observação externo.

Nesse sentido, contrastam-se a leitura jurídica da regulação existente acerca de uma temática que envolva internet (Sistema do Direito) e as observações técnicas dos operadores





envolvidos em plataformas e sistemas que operam essa tecnologia (Sistema da Ciência), na perspectiva sociológico-sistêmica de Luhmann (2016).

Acerca desse ponto, o desafio dos observadores do Direito é perceber o modo como ocorre um aprendizado recíproco na Sociedade em Rede (GRABER, 2022, p. 12), possibilitando que as novas regulamentações sobre problemas jurídicos típicos do século XXI congreguem uma linguagem adequada para o seu enfrentamento.

Ciente desse problema, o presente artigo tem como tema central a observância acerca das regulamentações de fatos ocorridos no contexto da internet, especialmente em matéria de proteção de dados.

Por meio dessa observação, tem-se como objetivos evidenciar se essas regulamentações possuem uma linguagem específica e adequada, típica de eventos a serem observáveis pela Teoria do Direito do Século XXI (VESTING, 2022), e pronta a oferecer respostas a esses problemas.

Justifica-se a presente pesquisa em razão da centralidade com que diversos temas típicos de fatos vinculados têm tomado no debate jurídico, especialmente a matéria “proteção de dados”.

Para cumprir os objetivos elencados na pesquisa, será feita uma apresentação teórica acerca do tema abordado, elencando as características que o diferenciam em relação aos movimentos anteriores no âmbito da Teoria do Direito.

Na sequência, será realizada uma análise de duas regulamentações típicas de problemas voltados a fenômenos contemporâneos: o Regulamento Geral de Proteção de Dados Europeu (GDPR) e a Lei Geral de Proteção de Dados Brasileira (LGPD).

Aliada a essa análise, apresentar-se-á uma perspectiva de Constituição em Rede, que vinculada a aplicabilidade dos direitos humanos a processos horizontais de adequação jurídica no âmbito das organizações.

Tal perspectiva une a concepção de Estado em Rede (VESTING, 2022) aos estudos existentes acerca do constitucionalismo social (ROCHA; COSTA, 2018).

Em aportes conclusivos, demonstrar-se-á o modo como as regulamentações analisadas representam um movimento de regulamentação de problemas típicos do século XXI,



possuindo uma comunicação específica, que as diferencia dos movimentos anteriores em Teoria do Direito.

Na mesma linha, será evidenciado o modo como referidas regulamentações definem possibilidades de aplicação de direitos fundamentais em uma perspectiva de eficácia horizontal, no âmbito interno das organizações.

Em razão dessa afirmação, sustentar-se-á que se trata de uma perspectiva de aplicação de uma “Constituição em Rede”, congregando elementos do Estado em Rede definido por Vesting (2022) com práticas voltadas ao constitucionalismo social (ROCHA; COSTA, 2018).

A metodologia a ser empregada é a pragmático-sistêmica, tendo como teoria de base a Teoria dos Sistemas Sociais de Luhmann (2016).

Como técnica de pesquisa, será utilizada a técnica de revisão de documentação indireta, com revisão de bibliografia nacional e estrangeira sobre o tema.

2 PROTEÇÃO DE DADOS EM REDE: UM PROBLEMA JURÍDICO TÍPICO DO SÉCULO XXI

Nos últimos anos, destaca-se o surgimento de regulamentações específicas sobre o tema “proteção de dados” na Europa e no Brasil.

Tanto em relação ao Regulamento Geral de proteção de Dados Europeu (GDPR, 2016), quanto a Lei Geral de Proteção de Dados Brasileira (LGPD, 2018), faz-se relevante observar um movimento existente não apenas de adaptação de legislação já existente para aplicação a problemas jurídicos típicos da internet, mas também um movimento de regulação cuja comunicação é especialmente direcionada a esses fenômenos.

Portanto, nas características já destacadas por Graber (2022, p, 16) evidencia-se um processo não apenas de adaptação de expectativas normativas para uma sociedade em rede, mas também da evidência da existência de particularidades da tecnologia nas observações tradicionais do Direito.

Há de se destacar que, em uma sociedade mundial, diversos são os problemas jurídicos típicos da era da globalização, que oferecem diferentes desafios aos operadores do Direito em sua resolução.





Sobre esse aspecto, destacam-se as propostas já existentes de observação (ROCHA; COSTA, 2020) e resolução desses problemas (ROCHA; COSTA, 2021). Todavia, os problemas ora destacados diferenciam-se em razão da existência de regulamentações específicas para a sua resolução.

Esse fenômeno, típico de observação da Teoria do Direito do século XXI, é caracterizado pela elaboração de regulamentação específica para fenômenos da sociedade em rede, congregando uma linguagem específica para o tratamento desses problemas.

Como elementos diferenciadores, pode-se observar que, além de partirem de um movimento transnacional de regulamentação, impulsionado por atores de uma organização intergovernamental, é evidenciada a autonomia das organizações na aplicação horizontal de processos de adequação jurídica.

Nesse sentido, além da relevante distinção já levantada na teoria de Hart (2011) acerca das observações interna e externa do Direito, é importante evidenciar como o modelo vertical/piramidal de aplicação de direitos, muito influenciado pelo pensamento de Kelsen (2015), vai migrando para um modo horizontal de aplicação de disposições constitucionais em rede no âmbito das organizações.

Essa característica é presente nas novas regulamentações sobre a temática “proteção de dados”, que contêm uma linguagem que congrega, além de elementos jurídicos, definições típicas de aspectos internos das organizações, sobretudo boas práticas de gestão e a exigência da atuação adequada de profissionais de tecnologia e gestão da informação.

Ademais, é característico que o cumprimento dos regulamentos seja efetuado por práticas horizontais de aplicação dos direitos fundamentais e, além disso, esteja alinhado com processos de certificações e de acompanhamento contínuo de organizações especializadas no processo de tomada de decisão das organizações, consoante se demonstrará na análise do Regulamento Geral de Proteção de Dados Europeu (GDPR) e da Lei Geral de Proteção de Dados Brasileira (LGPD) a seguir.

3 O REGULAMENTO GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS EUROPEU (GDPR) E A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS BRASILEIRA (LGPD): DADOS EM REDE COMO PROBLEMA TÍPICO DO SÉCULO XXI





Um exemplo típico de regulamentação contemporânea é a política de proteção de dados adotada pela União Europeia, cuja influência foi direta na elaboração da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) no Brasil (BRASIL, 2018).

O primeiro fator a ser notado nessa regulamentação é a transnacionalidade. O movimento transnacional de proteção jurídica de dados foi impulsionado por uma organização intergovernamental, a OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico).

Criada em 1961, contando com 38 (trinta e oito) países integrantes, centrou sua preocupação com as políticas de transferência de dados dos seus países integrantes por meio da Convenção nº 108, datada de 28 de janeiro de 1981. Trata-se do primeiro instrumento internacional acerca do tema “proteção de dados”.

Em linhas gerais, a Convenção requereu aos Estados integrantes a adoção de legislação e princípios atinentes ao processamento de dados pessoais em seus territórios, em observância aos direitos fundamentais e individuais acerca da matéria. (COUNCIL OF EUROPE, 1981).

Observa-se, nesse sentido, que a preocupação com a proteção jurídica do processamento de dados parte de um movimento transnacional, impulsionado por processos de governança no âmbito de uma organização intergovernamental.

Todavia, em que pese a longínqua e relevante preocupação dos Estados integrantes da OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico) acerca do tema, há de se destacar que o momento histórico posterior à Convenção nº 108 (ORGANIZAÇÃO, 1981) alterou de sobremaneira o contexto de tratamento de dados ao redor do mundo.

Com a utilização da internet como meio de diferenciação interna das organizações (MASCAREÑO, 2022), bem como condição de continuidade das operações de referidas organizações, além de possibilitar a estabilização de expectativas por ela mesma criadas, é imensurável a diferença entre o tratamento de proteção de dados imaginado no contexto da Convenção 108 da OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico) em 1981 e a realidade do processamento de dados da sociedade atual.

Nesse sentido, mesmo sendo de relevante destaque as primeiras discussões sobre acesso à informação nos Estados Unidos na década de 1960 (ESTADOS UNIDOS DA



AMERICA, 1960), bem como sobre proteção de dados na Alemanha nos anos 1970(ALEMANHA, 1970), com o paradigmático julgamento do Tribunal Constitucional Federal em 1983 (ALEMANHA, 1983), a internet é o meio que coloca tanto o processamento de dados quanto à sua proteção como objetos centrais do debate no século XXI.

O Brasil, no contexto de aproximação das relações entre Mercosul e União Europeia, faz parte de um movimento de governança global sobre proteção de dados, que coloca o regramento de boas práticas sobre transferência de dados como condição de integração dos países membros da Organização.

Um elemento extremamente característico desse processo de integração transnacional é observado na chamada “Decisão de Adequação”. Trata-se do mecanismo por meio do qual a Comissão Europeia verifica se um país terceiro possui um nível de proteção adequado, em virtude da sua legislação interna ou dos seus compromissos internacionais, sobre a temática proteção de dados. (UNIÃO EUROPEIA, 1995).

Por essa razão, mais como um movimento de atrator econômico do que uma política de iniciativa própria, o Estado brasileiro passou a discutir o tema proteção de dados no território nacional.

O intuito específico da deliberação foi o de criar uma política nacional de proteção de dados que fosse o mais próximo possível do já existente regulamento europeu sobre o tema, o GDPR (*General Data Protection Regulation*). (GDPR, 2016).

Há de se destacar que não se trata da única lei sobre a temática internet no Brasil. Assim, podem ser elencadas como legislações antecedentes as já conhecidas Marco Civil da Internet (BRASIL, 2014), Lei do Acesso à Informação (LAI) (BRASIL, 2011) e Lei do Governo Digital (BRASIL, 2021), além de outras leis federais que dispõem sobre temáticas vinculadas aos dados pessoais, a exemplo da Lei do Cadastro Positivo (BRASIL, 2011) e do próprio Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990).

O diferencial da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) em relação à legislação anterior envolvendo internet, além da integração do Brasil com as políticas da OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico) destacadas anteriormente, foi a criação de uma autarquia em regime especial para gerir a aplicação da Lei no território nacional: a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD). (ANPD, 2022).





Caracterizada como autarquia em regime especial, possuindo patrimônio próprio, a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) tem competência na condução de processos administrativos sancionadores e de fiscalização, além de poder regulamentar por meio do seu regulamento interno.

De fato, portanto, nas relações jurídicas envolvendo proteção de dados, o Estado “em Rede” assume o papel de mediador na aplicação de políticas por ele mesmo institucionalizadas, tanto por meio de legislação quanto pela instituição de uma autoridade própria para tal. (VESTING, 2022, p. 191).

Nesse sentido, percebe-se a função relevante das tradicionais instituições estatais em processos de readaptação jurídica. Em termos de Direito Constitucional, pode-se mencionar, no Brasil, o advento da Emenda Constitucional nº 115/2022 (BRASIL, 2022), alçando a proteção de dados ao patamar de Direito Fundamental na Constituição Federal Brasileira de 1988, nos termos do artigo 5º, inciso LXXIX: “- é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais.” (BRASIL, 1988).

Ao lado do relevante papel que o “Estado em Rede” assume enquanto mediador da aplicação horizontal de políticas de proteção de dados, observa-se o modo como o cumprimento dessas políticas no âmbito interno das organizações passa a prescindir de outras organizações especializadas da sociedade mundial.

No momento do processo de tomada de decisões nas organizações, portanto, é visível a caracterização de um hibridismo comunicacional.

Sobre esse ponto, na temática de proteção de dados, é relevante observar, no Brasil, o modo como *standards* de organizações especializada são imprescindíveis para o cumprimento da legislação estatal.

Em célebre acórdão do Tribunal de Contas da União (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, 2020), resultante de auditorias realizadas em órgãos do Governo Brasileiro, é possível vislumbrar a menção recorrente aos padrões ISO ou *safe by design* à aplicação efetiva da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) no Brasil.

Ademais, no contexto europeu, são comuns os parâmetros de controle efetuados por tribunais com base nas chamadas cláusulas contratuais padrão (*SCC – Standard Contractual Clauses*), representadas como bases legais padronizadas a serem aplicadas por organizações



que venham a realizar transferência de dados a países terceiros que não possuem um grau de proteção de dados assegurado pelos órgãos da União Europeia.

Esses padrões são utilizados, ao lado das chamadas *Binding Corporate Rules (BCRs)*, que representam códigos de conduta e regramentos vinculantes internos no contexto das organizações, como meios de certificar a aplicação de medidas adequadas ao cumprimento da política de proteção de dados nas organizações. (MOURA; ROCHA, 2022, p. 26).

Nesse sentido, é perceptível o modo como o processo de decisão nas organizações não é tão somente verticalizado em relação aos padrões hierárquicos do Direito tradicional. Atualmente, os próprios mecanismos de fiscalização em relação à aplicação jurídica exigem o cumprimento de padrões vinculados a outras organizações especializadas da sociedade complexa.

Tratando-se da temática “proteção de dados”, portanto, percebe-se um movimento não hierárquico na tomada de decisões das organizações.

Essa observação está diretamente ligada ao movimento de descentralização que caracteriza a própria internet como meio de diferenciação interna das organizações. (MASCARENO, 2022, p. 121).

Além disso, trata-se de regulamentações que evidenciam a aplicação de uma perspectiva de Constituição em Rede, fomentando a aplicabilidade dos direitos humanos em uma perspectiva horizontal, no âmbito das organizações, consoante se demonstrará no tópico a seguir.

4: A CONSTITUIÇÃO EM REDE NA PERSPECTIVA DAS REGULAMENTAÇÕES SOBRE PROTEÇÃO DE DADOS

A concepção de Constituição em Rede congrega diferentes pontos de observação, destacando-se, sobretudo, a horizontalidade em que a matéria constitucional encontra em relação à sua aplicação no âmbito das organizações.

Essa horizontalidade, também denominada de eficácia horizontal dos direitos humanos, não afasta a verticalidade da atuação do Estado no enfrentamento de problemas típicos da internet.



Além disso, na normatização contemporânea a esse fenômeno, especialmente as recentes regulações acerca da temática “Proteção de Dados”, é perceptível o modo como os processos de tomada de medidas técnicas efetivas para evitar a ocorrência de um incidente passam a ser o ponto central de atuação das autoridades controladoras e dos tribunais.

Tais elementos retomam as distinções já destacadas acerca das categorias risco e perigo, típicas de uma sociedade globalizada. (LUHMANN, 2006, p. 74).

Exemplos dessa centralidade podem ser observados tanto no *General Data Protection Regulation* (GDPR, 2016) no contexto europeu, quanto na Lei Geral de Proteção da Dados (LGPD) no Brasil (BRASIL, 2018), consoante demonstrado nos exemplos acima.

Nesse conjunto normativo, típico de eventos impulsionados pela disseminação da internet ao longo do século XXI, faz-se relevante observar a adoção de uma linguagem notoriamente intersistêmica como condição à observância dos preceitos legais.

Tratando-se de proteção de dados, tanto o regulamento europeu quanto a legislação brasileira congregam conceitos jurídicos aliados a práticas adequadas de Gestão e de Tecnologia e Gestão da Informação. Sendo assim, é nítido o modo como o mesmo objeto “Proteção de Dados” depende de observações e atuações simultâneas de operadores dos diferentes sistemas sociais.

O conhecimento básico acerca dessas diferentes áreas é um requisito à formação do Encarregado pelo Tratamento de Dados (DPO), figura típica definida na legislação, cuja função é orquestrar o processo de adequação das organizações, o lado de especialistas sobre cada uma das áreas mencionadas. (BRASIL, 2018).

A lógica empregada nesse tipo de regulamento aproxima-se da dinâmica dos atratores, na medida em que cria pontos de atuação conjunta de diferentes setores da sociedade como condição para a efetividade do Direito.

Sobre esse aspecto, é característico de estudos, tais como o da Análise Econômica do Direito, evidenciar o conflito entre a racionalidade específica do observador econômico, cuja observação é baseada na binaridade lucro/não lucro, quando este observa determinada regulação jurídica. Tradicionalmente, o Direito aprece nas “telas da economia” como um prejuízo a ser custeado. (TEUNER, 2005, p. 34-37).

Levando-se em conta que a eficácia social do Direito depende de sua capacidade de reproduzir determinados acontecimentos como eventos jurídicos, esse tipo de observação





acaba por imunizar o discurso econômico face à observação jurídica, reduzindo consideravelmente o grau de eficácia social do Direito.

Assim, em uma sociedade policontextural, caracterizada pela existência de diferentes pontos de observação sobre o mesmo objeto, a eficácia social de determinado sistema depende de elementos recursivos que tornem a observação ao mesmo tempo relevante para os diferentes sistemas sociais.

Faz-se necessário, portanto, desenvolver a ideia de “atratores”, que atuem como ponto de soluções recíprocas para os problemas sociais. (TEUNER, 2005, p. 34-37)

Os atratores são caracterizados pela capacidade de produção de irritações externas no Sistema, ao ponto em que ele passe a realizar valores próprios, mas de modo orientado, simultaneamente, pela comunicação de outros sistemas sociais. (ROCHA; COSTA, 2020, p. 15).

Nesse ponto, imagine-se que o Sistema da Economia guia sua conduta, com base em um comportamento eficiente da organização, que deve obter lucro. Ao mesmo tempo, o Sistema do Direito preocupa-se com o grau de juridicidade das condutas praticadas pelo Sistema da Economia.

Trata-se de encontrar um ponto de atração, para demonstrar aos operadores do Sistema da Economia o modo como o cumprimento de determinados pressupostos jurídicos (Sistema do Direito) é condição e estímulo à obtenção de lucratividade. A questão é identificar o “ponto fraco” de um sistema. (TEUBNER, 2005, p. 40).

Ao longo da história, esse ponto de conexão (acoplamento estrutural) restou vinculado entre os sistemas sociais da Política e do Direito, por meio da Constituição. (TEUBNER, 2016, p. 30) -Seria possível atualmente, encontrar um ponto de conexão entre diferentes organizações cuja internet é um meio comum de diferenciação interna?

É interessante, nesse ponto, perceber como a Teoria do Direito do século XXI, já vinculada à preocupação com problemas globais e tendo a internet como meio de diferenciação interna, busca aproximar pontos de comunicação partindo de observações de diferentes sistemas sociais.



Observa-se, assim, o modo como a legislação existente sobre a temática “Proteção de Dados” parte de uma linguagem que congrega elementos típicos de gestão e de tecnologia da informação, em conjunto com disposições tipicamente jurídicas.

Esses elementos levam a sustentar a existência de uma que abrange diferentes âmbitos de aplicação: de um lado, tem-se a aplicação tradicional e vertical da Constituição pelos tribunais, em estrita observância das disposições constitucionais, a exemplo da consideração da Proteção de Dados como direito fundamental na Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988); de outro lado, há disposição de códigos de conduta e regras de gestão, a serem implementadas de modo autônomo e horizontal pelas diferentes organizações, sejam estatais ou não.

Trata-se, portanto, de uma ideia de Constituição que não se define tão somente no plano vertical de aplicação (tribunais) em razão de um texto único escrito (Constituição Federal de 1988), mas que também dissemina sua normatividade no plano horizontal das diferentes organizações, sendo aplicada e efetivada também em processos de gestão, em regras de conduta e outras comunicações típicas dessas do contexto organizacional.

Essa concepção vincula elementos apontados por Teubner (2016, p. 40) no âmbito do constitucionalismo social, demonstrando elementos de uma aplicação horizontal dos direitos humanos, com a perspectiva de Estado em Rede sustentada por Vesting (2022).

Nesse sentido, chega-se à consolidação de uma “Constituição em Rede”, típica de uma sociedade caracterizada pela internet como meio de diferenciação interna das organizações, estando adequada ao contexto de globalização das relações jurídicas.

Sobre esse aspecto, cabe destacar a afirmação de Febbrajo (2016, p. 18) no âmbito da sociologia do constitucionalismo, no sentido de que:

A imagem tranquilizadora, fornecida pelo positivismo jurídico, de uma constituição posta no vértice das normas do direito é assim corrigida por uma representação policêntrica em que os fatores sociais de diversa natureza desempenham um papel importante ao lado dos fatores jurídicos, e o direito é explicado com e na sociedade, ao invés de somente com o direito.

Trata-se de uma perspectiva que destaca a necessidade de formação de uma “Constituição em Rede” para o enfrentamento dos problemas jurídicos típicos do século XXI.





Assim, a ideia tradicional de norma jurídica, antes verticalizada e vinculada ao Estado, passa a ter um duplo sentido: são produzidas no horizonte de sentido do Sistema do Direito (comunicação jurídica), mas também são reconstruídas no interior de outros sistemas sociais, como estímulo ao seu próprio desenvolvimento.

No exemplo típico do Sistema da Economia, as novas regulamentações acerca de situações jurídicas típicas do século XXI, a exemplo da “Proteção de Dados” aqui elencada, são traduzidas como uma série de preferências organizadas a serem implementadas com motivos dirigidos ao lucro, baseadas em interesses organizacionais e cálculos racionais de ação.

Com base nesses aportes teóricos, é possível perceber como a regulamentação transnacional de fenômenos típicos do século XXI, congrega uma linguagem não somente vinculada a institutos tradicionais do Direito, mas também abarcar uma comunicação voltada a atos específicos de outros sistemas sociais.

Na Europa, observando-se o GDPR (General Data Protection Regulation) , o Regulamento Geral Sobre Proteção de Dados europeu, vislumbra-se a definição de situações voltadas à realidade da internet, tais como a previsão do tratamento de dados por “[...] por meios total ou parcialmente automatizados [...]” (art. 2º, caput), assim como o direcionamento da atuação técnico em informática à realização de procedimentos específicos tais como a “[...] a cifragem ou a pseudonimização.” (art.6º, alínea e), a serem levados em conta no momento da fiscalização. (UNIÃO EUROPEIA, 2016).

Consoante observado acima, a regulamentação da proteção de dados não apenas prevê situações típicas de uma sociedade em que a atuação das organizações é mediada pela internet, nos chamados “processos automatizados”, mas também prevê condutas típicas de domínio da área de tecnologia da informação, tais como “cifragem e pseudonimização”, que não são de conhecimento específico dos juristas, dependendo também da atuação de profissionais de outra área do conhecimento, voltada às práticas da internet. (UNIÃO EUROPEIA, 2016).

No mesmo sentido, o Regulamento Geral Sobre Proteção de Dados europeu elenca um rol de boas práticas a serem tomadas, cuja linguagem aproxima-se da comunicação interna das organizações. Em tal sentido, as já mencionadas “[...] cifragem ou a pseudonimização.”



estão contidas em um rol de “salvaguardas necessárias” (art.6) , a serem verificadas em uma série de “medidas adequadas” a serem tomadas pelo responsável pelo tratamento de dados ao titular das informações (art. 12) , ou ainda, na tomada de “medidas que forem razoáveis, incluindo de caráter técnico, tendo em consideração a tecnologia disponível e os custos da sua aplicação” (art. 17) no cumprimento do dever de informar a exclusão de dados pessoais solicitada pelo titular. (BRASIL, 2018).

A linguagem utilizada na Regulamentação, como se viu, passa a congrega atos internos das organizações com meios técnicos atuais como condição para o cumprimento das disposições legais.

Sendo assim, tanto a regulamentação interna das organizações quanto a realização de procedimentos burocráticos internos passam a estarem mediados pela legislação em comento.

É corrente, portanto, que o responsável pelo tratamento de dados na organização tenha que comprovar a aplicação de “[...] medidas técnicas e organizativas que forem adequadas para assegurar e poder comprovar que o tratamento é realizado em conformidade [...]” com o regulamento europeu. Referida comprovação envolve tanto a aplicação de políticas na organização, quanto a aprovação de “códigos de conduta” e “procedimentos de certificação” (art. 24). (UNIÃO EUROPEIA, 2016).

Tal tipo de linguagem, típico de disposições internas das organizações, passa a condicionar uma série de procedimentos do Regulamento.

No Brasil, a exemplo do Regulamento Geral de Proteção de Dados europeu, a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) brasileira possui elementos típicos da comunicação das organizações em seu texto, com destaque para as expressões “Boas Práticas”, em que é destinado um capítulo específico da Lei (Capítulo VI, artigos 46 e seguintes), aliado à Segurança, bem como uma seção deste capítulo, vinculando-o à governança (seção II do Capítulo VII, artigos 50 e seguintes), que envolve a união de atores públicos e privados na resolução de problemas em comum. (BRASIL, 2018).

De modo análogo ao regulamento europeu, as boas práticas e a governança são verificadas por meio da utilização de sistemas que estejam estruturados em consonância com requisitos de segurança adequados ao cumprimento de princípios gerais previstos na referida legislação e em demais normas regulamentares (art. 49). (BRASIL, 2018).





Evidencia-se, assim, a conexão entre as técnicas de administração das organizações e requisitos técnicos específicos, voltados à área da tecnologia da informação.

Com base nos exemplos mencionados acima, é possível afirmar que a regulamentação da proteção de dados é um exemplo típico de um fenômeno vinculado à Teoria do Direito do século XXI, caracterizada não apenas pela transnacionalidade e pelo hibridismo, mas, sobretudo, pela eficácia horizontal na observação da aplicação dos direitos humanos no âmbito das organizações.

Essa afirmação se dá na medida em que as regulamentações analisadas congregam tanto elementos técnicos típicos dos problemas característicos de uma sociedade globalizada, cujos processos são mediados pela internet, quanto uma autonomia para que as organizações apliquem direitos fundamentais mediante processos internos de adequação.

5 CONCLUSÃO

Como se viu ao longo do artigo, a temática “proteção de dados” em rede é um problema típico do século XXI.

Por consequência disso, a regulamentação existente sobre a temática “Proteção de Dados” parte de uma linguagem que congrega elementos típicos de gestão e de tecnologia da informação, em conjunto com disposições tipicamente jurídicas.

Esses elementos oferecem uma resposta ao problema apresentado na introdução do artigo, na medida em que se demonstra a existência de uma Teoria do Direito que abrange diferentes âmbitos de aplicação: de um lado, tem-se a aplicação tradicional e vertical, baseada na aplicação direta da legislação pelos tribunais, a exemplo do reconhecimento da Proteção de Dados como direito fundamental na Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988); de outro lado, há disposição de códigos de conduta e regras de gestão, a serem implementadas de modo autônomo e horizontal pelas diferentes organizações, sejam estatais ou não.

Essa lógica representa uma ideia de Constituição que não se define tão somente no plano vertical de aplicação (tribunais) em razão de um texto único escrito (Constituição Federal de 1988), mas que também dissemina sua normatividade no plano horizontal das



diferentes organizações, sendo aplicada e efetivada também em processos de gestão, em regras de conduta e outras comunicações típicas dessas do contexto organizacional.

Nesse sentido, chega-se à consolidação de uma “Constituição em Rede”, típica de uma sociedade caracterizada pela internet como meio de diferenciação interna das organizações, estando adequada ao contexto de globalização das relações jurídicas.

Assim, a ideia tradicional de norma jurídica, antes verticalizada e vinculada ao Estado, passa a ter um duplo sentido: são produzidas no horizonte de sentido do Sistema do Direito (comunicação jurídica), mas também são reconstruídas no interior de outros sistemas sociais, como estímulo ao seu próprio desenvolvimento.

No exemplo típico do Sistema da Economia, as novas regulamentações acerca de situações jurídicas típicas do século XXI, a exemplo da “Proteção de Dados” aqui elencada, são traduzidas como uma série de preferências organizadas a serem implementadas com motivos dirigidos ao lucro, baseadas em interesses organizacionais e cálculos racionais de ação. (TEUBNER, 2005, p. 47)

Com base nesses aportes teóricos, é possível perceber como a regulamentação transnacional de fenômenos típicos do século XXI, congrega uma linguagem não somente vinculada a institutos tradicionais do Direito, mas também abarcar uma comunicação voltada a atos específicos de outros sistemas sociais.

Em síntese, tanto o Regulamento de Proteção de Dados europeu quanto a Lei Geral de Proteção de Dados brasileira congregam elementos comunicativos de diferentes sistemas sociais.

Portanto, os exemplos elencados acima demonstram duas respostas diferentes aos fenômenos contemporâneos do Direito, impulsionados pela consolidação da internet como meio de diferenciação interna na sociedade.

De um lado, provocados (irritação sistêmica) pela propositura de ações envolvendo esses casos, os tribunais ofereceram respostas que partiram de um processo de adaptação da legislação já existente aos referidos problemas envolvendo Direito e tecnologia. De outro lado, cientes da necessidade e das características específicas desses problemas, consolidou-se uma legislação, traçada por parâmetros transnacionais e híbridos de regulamentação, a ser direcionada especificamente para esses problemas.





Esses elementos são tanto representativos de uma concepção de irritação do entorno do sistema social em relação às organizações tradicionais, especialmente os tribunais, que têm que oferecer respostas parciais e regionalizadas à problemas contemporâneos à legislação, quanto de uma contingência na forma de alteração do próprio Direito.

Inicialmente, destacou-se a percepção de que fenômenos típicos de uma comunicação mediada pela internet. Fenômeno global e desterritorializado, não podem ser tratados especificamente e de modo diverso em cada país. Em razão disso, o movimento transnacional de regulamentação, alavancado pela OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico) é típico da concepção de um cenário democrático global.

Partindo de uma organização intergovernamental, os processos de regulamentação ainda destacam a insuficiência do tratamento estritamente jurídico de questões técnicas voltadas à internet. Em razão disso são destacados tanto a interdisciplinaridade dos processos de efetividade dos regulamentos quanto a recorrência a outras organizações no momento de decisões adequadas, típicas de um cenário de hibridismo organizacional.

Essa vinculação interdisciplinar e híbrida no cumprimento da Regulamentação insere a efetividade de um direito fundamental (Direito Fundamental à Proteção de Dados), cuja garantia é disposta em uma perspectiva tradicional (vertical) de Constituição (BRASIL, 1988), cada vez mais presente no âmbito interno das organizações, por meio de processos de “autoconstitucionalização”. (TEUBNER, 2016)

Por essa razão, cabe afirmar que a regulamentação da proteção de dados é um exemplo típico de um fenômeno vinculado à Teoria do Direito do século XXI, caracterizada não apenas pela transnacionalidade e pelo hibridismo, mas, sobretudo, pela eficácia horizontal na observação da aplicação dos direitos humanos no âmbito das organizações.

REFERÊNCIAS:

BRASIL. **Autoridade Nacional de Proteção de Dados**. Disponível em: <<https://www.gov.br/anpd/pt-br>>. Acesso em 01 set. 2022.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 02 set. 2022.





BRASIL. **Emenda Constitucional nº 115, de 10 de fevereiro de 2022.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc115.htm#art1>. Acesso em 02 set. 2022.

BRASIL. **Lei nº 12.414, de 9 de junho de 2011.** Disciplina a formação e consulta a bancos de dados com informações de adimplemento, de pessoas naturais ou de pessoas jurídicas, para formação de histórico de crédito. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112414.htm>. Acesso em: 01 set. 2022.

BRASIL. **Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011.** Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm>. Acesso em 01 set. 2022.

BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014.** Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm>. Acesso em 01 set. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018.** Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm>. Acesso em 05 set. 2022.

BRASIL. **Lei nº 14.129, de 29 de março de 2021.** Dispõe sobre princípios, regras e instrumentos para o Governo Digital e para o aumento da eficiência pública e altera a Lei nº 7.116, de 29 de agosto de 1983, a Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 (Lei de Acesso à Informação), a Lei nº 12.682, de 9 de julho de 2012, e a Lei nº 13.460, de 26 de junho de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/114129.htm>. Acesso em 01 set. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078compilado.htm>. Acesso em 01 set. 2022.

COUNCIL OF EUROPE. **Convention 108 and Protocols.** Disponível em: <<https://www.coe.int/en/web/data-protection/convention108-and-protocol#:~:text=The%20Convention%20for%20the%20Protection,in%20the%20data%20protection%20field.>>. Acesso em 28 ago. 2022.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **The Freedom of Information Act, 5 U.S.C. § 552.** Disponível em: <<https://www.justice.gov/oip/freedom-information-act-5-usc-552>>. Acesso em 29 ago. 2022.





FEBBRAJO, Alberto. **Sociologia do Constitucionalismo**. Tradução de Sandra Regina Martini. Curitiba: Juruá, 2016.

GRABER, Christoph B. How the Law Learns in the Digital Society. **Law, Technology and humans**. Volume 3 (2) 2021. Disponível em: < <https://lthj.qut.edu.au/article/view/1600>>. Acesso em 05 set. 2022.

HART, H. L. A. **O conceito de direito**. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Batista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

LUHMANN, Niklas. **Sociología del riesgo**. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2006. p. 74.

MASCAREÑO, Aldo. La diferenciación interna de los sistemas sociales. In: ARNOLD, Marcelo; CADENAS, Hugo; URQUIZA, Anahí. **La organización de las organizaciones sociales: aplicaciones desde perspectivas sistémicas**. p. 121-152.

MENKE, Fabiano. A proteção de dados e o direito fundamental à garantia da confidencialidade e da integridade dos sistemas técnico-informacionais no Direito Alemão. **RJLB**, Ano 5 (2019), nº 1. Disponível em: < https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/1/2019_01_0781_0809.pdf>. Acesso em 30 ago. 2022.

MOURA, Ariel Augusto Lira de; ROCHA, Leonel Severo. Governança e regulação do fluxo de dados pessoais: observando os casos Schrems (TJUE). **Revista de Direito, Governança e Novas Tecnologias** | e-ISSN: 2526-0049 | Encontro Virtual | v. 8 | n. 1 | p. 21 – 46 | Jan/Jul. 2022. Disponível em: < <https://www.indexlaw.org/index.php/revistadgnt>>. Acesso em 17 set. 2022.

TEUBNER, Gunther. Direito Regulatório: crônica de uma morte anunciada. In: TEUBNER, Gunther. **Direito Sistema e Policontextualidade**. São Paulo: Unicamp. 2005.

ROCHA, Leonel Severo; COSTA, Bernardo Leandro Carvalho. **Atualidade da Constituição: o constitucionalismo em Luhmann, Febbrajo, Teubner e Vesting**. Porto Alegre: Appris, 2020.

ROCHA, Leonel Severo; COSTA, Bernardo Leandro Carvalho. **O futuro da Constituição: o constitucionalismo em Luhmann e Teubner**. Porto Alegre: Appris, 2021.

ROCHA, Leonel Severo; COSTA, Bernardo Leandro Carvalho. **Constitucionalismo social: constituição na globalização**. Curitiba: Appris, 2018.

ROCHA, Leonel Severo; COSTA, Bernardo Leandro Carvalho. Direito Constitucional Transnacional: Observações sobre os atratores sistêmicos entre Direito, Economia e Política na articulação transnacional para a apuração da Lavagem de Dinheiro. **Revista Direito Mackenzie**, v. 14, p. 1-22, 2020. p. 1-22.





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

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. GRUPO I – CLASSE V – **Plenário. TC 039.606/2020-1**. Natureza: Auditoria. Órgãos/Entidades: Advocacia-Geral da União; Agência Brasileira. Disponível em: < https://portal.tcu.gov.br/data/files/B4/21/FE/38/5F9618102DFE0FF7F18818A8/038.172-2019-4-AN%20-%20auditoria_Lei%20Geral%20de%20Protecao%20de%20Dados.pdf>. Acesso em 02 set. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. **Directiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Outubro de 1995**. Disponível em: < <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A31995L0046>>. Acesso em 16 set. 2022.

UNITED UNION. **General Data Protection Regulation- GDPR**. Disponível em: < <https://gdpr-info.eu/>>. Acesso em 05 set. 2022.

VESTING, Thomas. **State Theory and the Law**: an Introduction. Massachusetts: Elgar, 2022.

