

AUTORREGULAÇÃO, AUTORREGULAMENTAÇÃO E AUTORREGULAMENTAÇÃO REGULAMENTADA NO CONTEXTO DIGITAL¹⁻²

*SELF-REGULATION, SELF-REGULAMENTATION AND REGULATED SELF-
-REGULAMENTATION IN THE DIGITAL CONTEXT*

Wolfgang Hoffmann-Riem³

Professor Emérito de Direito Público da Universidade de Hamburgo (UHH,
Hamburgo, Alemanha)

ÁREA(S): direito e tecnologia; direito e internet; direito da regulação.

RESUMO: O presente texto inicia com uma visão panorâmica sobre o estado atual de desenvolvimento dos serviços digitais, seguido de observações sobre a economia da internet, abordando os responsáveis pela estruturação da comunicação na internet. Tal estruturação é levada a efeito de modo apenas muito limitado na forma de uma regulação soberana pela legislação nacional ou pelo direito internacional. Em contraste, formas

de autoestruturação/organização e autorregulação assumem um papel-chave no desenho de modelos de negócio, assim como de serviços técnicos e de conteúdo e, em especial, nas relações jurídicas entre as empresas e os usuários dos serviços, que podem ser utilizados apenas se o usuário adere aos termos e às condições negociais gerais impostos pelas empresas. Tais circunstâncias facilitam a criação de assimetrias de poder que ameaçam e colocam em risco a viabilidade de mercados e a proteção dos interesses individuais e coletivos.

¹ Tradução de versão atualizada do texto Selbstregelung, Selbstregulierung und regulierte Selbstregulierung im digitalen Kontext. In: FEHLING, Michael; SCHLIESKY, Utz (Hrsg.). *Neue Macht- und Verantwortungsstrukturen in der digitalen Welt*, Baden-Baden, p. 27-51, 2016.

² Tradução de Luís Marcos Sander. *E-mail*: sanderjeanne@terra.com.br.

³ Professor de Direito Público na Bucerius Law School em Hamburgo. Ex-Juiz do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha. *E-mail*: whoffmann-riem@gmx.de. Currículo: <<https://www.law-school.de/deutsch/lehre-forschung/professorinnen-und-professoren/prof-dr-wolfgang-hoffmann-riem/>>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-1085-6673>.

ABSTRACT: *The article opens with an overview of the current state of the development of digital services, followed by remarks on the internet economy, and then addresses where the responsibility lies for the structuring of internet communication. This structuring is accomplished to only a very limited extent in the form of sovereign regulation by national legislatures or international law. By contrast, forms of self-structuring and self-regulation play a key role in the design of business models as well as technical and content services and, in particular, in the legal relationships between companies and the users of the services. The services can be used only if users agree to the general business terms and conditions unilaterally specified by the companies. Such circumstances facilitate the creation of power asymmetries, which jeopardises the viability of markets and the protection of individual and collective interests.*

PALAVRAS-CHAVE: auto-organização; autorregulação; autorregulamentação; autorregulamentação regulada; internet.

KEYWORDS: *self-organization; self-regulation; self-regulation; regulated self-regulation; internet.*

SUMÁRIO: 1 Sobre os conceitos; 2 Sobre o estado do desenvolvimento de tecnologias digitais e sua utilização; 3 Observações complementares; 4 Auto-organização – Autorregulação – Autorregulamentação – Autorregulamentação regulada pela sociedade ou pelo Estado (exemplos); 5 Observação final.

SUMMARY: *1 Definitions; 2 The stage of development and application of information technologies; 3 Complementary remarks; 4 Self-organization – Self-regulation – Self-regulation – regulated (by the State and Society) self-regulation (examples); 5 Final remarks.*

1 SOBRE OS CONCEITOS

Esta contribuição trata da influência individual-privada, social e estatal na organização e participação na comunicação digital. Tomando em consideração o local em que vivo, os exemplos provêm substancialmente do ordenamento jurídico e social da Alemanha. Entretanto, os problemas e as possibilidades de solução perceptíveis por sua análise também devem ser significativos em outros ordenamentos. As soluções, contudo, precisam levar em consideração as respectivas particularidades culturais e históricas.

As reflexões formuladas na sequência dizem respeito principalmente à comunicação na internet. A internet é um sistema sociotecnológico complexo

que funciona, em grande parte, de modo autorregulatório⁴. Ela consiste, por um lado, de uma infraestrutura tecnológica da articulação de redes de computadores mediante utilização do protocolo TCP/IP e mediante o emprego de algoritmos digitais. Por outro, trata-se de uma infraestrutura direcionada para a ação social. Nesse caso, são utilizados particularmente conhecimentos e capacidades humanos para a produção e reprodução de comunicação e para a interação.

Uma das características da internet – assim como de outras esferas da comunicação digital – é o desejo de muitos atores de agir de modo tão autônomo quanto possível. O que lhes interessa é a auto-organização e – se for preciso – a possibilidade mesmo da autorregulação. Mas também existem possibilidades e necessidades de regras que tenham efeito geral, seja em forma de autorregulação privada/regulação social, seja em forma de regulação por parte do Estado.

Por auto-organização (*Selbstgestaltung*) entendo medidas individuais ou conjuntamente empreendidas para a realização de objetivos por comportamento autônomo próprio. Os produtos de autodesign no setor de TI são, por exemplo, os *e-mails* ou *blogs* distribuídos por cidadãos individuais ou *softwares* desenvolvidos de forma colaborativa, mas também os modelos de negócios desenvolvidos e implementados pelas empresas de TI.

Para tais atividades, existem algumas regras comportamentais autodesenvolvidas, como compromissos morais ou éticos autoimpostos ou regras dos participantes em um processo ou produto sobre a natureza de sua interação, o que designo de autorregulação (*Selbstregelung*), por exemplo, dos códigos de conduta. Por meio da autorregulação também podem ser criadas instituições ou organizações – como é o caso, entre outros, de associações – para representar os interesses dos membros ou para cumprir por intermédio delas ou para elas tarefas orientadas para o bem comum.

Na medida em que o estabelecimento de regras sociais não só influencia o comportamento das pessoas que participam do estabelecimento delas, mas também outras pessoas reconhecem essas regras para si e, neste sentido, as regras têm efeito geral, utilizo o termo *autorregulamentação social*. Aqueles que desejam observar as regras – p. ex., normas técnicas ou padrões de comportamento –

⁴ Quanto à importância da internet como sistema sociotecnológico auto-organizado, veja a contribuição de C. Fuchs, *The internet as a self-organizing socio-technological system*. Human Strategies in Complexity Research Paper. Disponível em: <<http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/apcity/unpan025288.pdf>>.

podem se comprometer com essa observância juridicamente, p. ex., mediante contrato. Os interessados também podem permanecer juridicamente não vinculados às regras, mas esperar a sua observância mútua e o descumprimento pode ser sancionado por meios sociais, como o rompimento de relações comerciais ou a perda de reputação por parte de quem viola as regras.

Entretanto, o termo “regulação” (*Regulierung*)⁵ é reservado, na maioria dos casos, apenas para intervenções do Estado em processos sociais que, com um objetivo específico, estabelecem diretrizes gerais de comportamento, as quais criam ou mantêm estruturas funcionais para resolver problemas específicos.

Falo de *autorregulamentação social regulada pelo Estado*, ou, em termos breves, de *autorregulação/autorregulamentação regulada/regulamentada*⁶ quando órgãos estatais confiam, para a solução de problemas, nas ordens criadas com (relativa) autonomia pelos membros da sociedade, mas atuam regulatoriamente de modo que, quando isso é feito, (também) se observem ou persigam deliberadamente fins relacionados ao bem comum. A influência do Estado pode acontecer de forma extremamente diversificada, p. ex., na forma de normas ou estímulos comportamentais, por meio do estabelecimento de estruturas – como as de natureza corporativa – ou pela viabilização e apoio de sistemas funcionais da sociedade, como o mercado.

2 SOBRE O ESTADO DO DESENVOLVIMENTO DE TECNOLOGIAS DIGITAIS E SUA UTILIZAÇÃO

O campo da comunicação digital aqui tratado se caracteriza, não em último lugar, pelo fato de que os avanços são muito dinâmicos e de que as novas formas de comunicação digital e as oportunidades e riscos associados surgem constantemente, o que dá ou pode dar lugar a diferentes necessidades de criação e regulação. Mesmo em análises jurídicas, deve-se ter em conta os diferentes aspectos do desenvolvimento e as múltiplas interdependências dos avanços tecnológicos, as estruturas econômicas e os possíveis usos.

⁵ Quanto ao conceito de regulação estatal, cf. Eifert, *Regulierungsstrategien*, in: Hoffmann-Riem; Schmidt-Aßmann; Voßkuhle (ed.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*: Band I: Methoden, Maßstäbe, Aufgaben, Organization, 2. ed., 2012, § 19, n. 16 et seq.

⁶ Quanto ao termo e à concepção de autorregulação regulada, bem como suas diversas versões e aplicações, veja Voßkuhle, *Regulierte Selbstregulierung – Zur Karriere eines Schlüsselbegriffs*, in: *Die Verwaltung*, número especial: *Regulierte Selbstregulierung*, p. 197 et seq., 2001. Veja ainda Eifert, 2012 (n. 2), n. 52 et seq. De uma perspectiva histórica, veja as contribuições contidas em Collin et al. (ed.), *Regulierte Selbstregulierung in der westlichen Welt des 19. und frühen 20. Jahrhunderts*, 2014.

Não é possível empreender aqui uma exposição da multiplicidade de possibilidades na estruturação e ampliação do “universo digital”. Limito-me a algumas palavras-chave em caráter exemplificativo:

- informatização e digitalização da comunicação;
- mobilidade da comunicação digital e possibilidade de processamento de informações praticamente em todo lugar e a qualquer tempo (*ubiquitous computing*);
- novas possibilidades de colaboração mediante divisão do trabalho sem vinculação a um determinado espaço, p. ex., por meio de *crowdworkers* ou *clickworkers*;
- armazenamento de dados em computadores de terceiros em qualquer lugar (*cloud computing*);
- informatização da produção e distribuição de produtos e serviços, bem como a interconexão e controle automatizado, p. ex., de centros de produção, de utensílios ou aparelhos domésticos ou veículos (internet das coisas);
- controle de infraestruturas importantes – p. ex., infraestruturas do trânsito, p. ex., do fluxo do trânsito em ruas ou estradas;
- articulação de sistemas de TI para processamento de *softwares* com os sistemas da produção industrial e distribuição e com capacidade de auto-otimização, autodiagnóstico e autocorreção (indústria 4.0);
- disponibilidade de quantidades enormes de dados de espécie, qualidade e proveniência diversa, associada à possibilidade de um processamento rápido (*big data*);
- transferência e processamento de dados pessoais da *smart home* ou no marco da utilização de *smart healthcare products*;
- ampliação da inteligência artificial para a conformação/criação de comunicação digital, para a exploração de *big data*, p. ex., e, por conseguinte, viabilização de novas qualidades de prognósticos, de identificação de tendências e do desenvolvimento de estratégias e campanhas nela baseadas, p. ex., para influenciar atitudes valorativas e, também, do comportamento em eleições políticas;

- desenvolvimento e utilização de algoritmos de autoaprendizagem, p. ex., do aprendizado mecânico com a capacidade desses algoritmos de perceber padrões, avaliar imagens, traduzir linguagem em textos escritos, gerar regras ou elaborar prognósticos; a isso se acrescentam sistemas de TI cada vez mais complexos, que se adaptam de forma independente a novos problemas e situações sem necessidade de programação humana e podem continuar atualizando e reescrevendo os programas por conta própria (*deep learning*).

3 OBSERVAÇÕES COMPLEMENTARES

Ocupar-se com os desenvolvimentos tecnológicos e seus diversos campos de aplicação e com problemas jurídicos daí decorrentes leva a uma multiplicidade de áreas em que se apresentam problemas, entre as quais algumas serão abordadas expressamente aqui.

3.1 OPORTUNIDADES E RISCOS

O rápido desenvolvimento de tecnologias digitais e de sua utilização é estimulado pelo fato de que, com a ajuda delas, surgiram e continuam surgindo possibilidades antes sequer imaginadas de desenvolvimento para as pessoas, para empresas e para organizações. Soluções inovadoras para problemas tornam-se visíveis. Também é possível gerar crescimento econômico de maneira nova. Olhando-se para o âmbito da internet, p. ex., veem-se não apenas as muitas inovações tecnológicas, com frequência desenvolvidas em sequência rápida, mas também o fato de que elas estão ligadas a muitas inovações culturais, sociais, econômicas, ecológicas etc. que produzem ou ao menos podem produzir mudanças consideráveis em praticamente todas as esferas da sociedade. Por isso, a revolução tecnológica possibilitada pela digitalização é acompanhada por evoluções sociais consideráveis.

Apoiar o desenvolvimento e o aproveitamento de oportunidades, portanto a realização de transformações avaliadas como positivas pela sociedade, também é uma tarefa do Direito. O Direito pode, particularmente, atuar também como Direito que possibilita inovações e contribuir para explorar esses potenciais⁷.

Por outro lado, os novos desenvolvimentos também estão associados a uma série de riscos. Deles faz parte a constatação de que as oportunidades

⁷ Para uma visão geral sobre essa questão, veja Hoffmann-Riem, *Innovation und Recht – Recht und Innovation*, 2016.

possibilitadas pelas novas tecnologias de modo algum beneficiam todas as pessoas. Assim, também existem os perdedores da modernidade – p. ex., pessoas afetadas pelos efeitos desvantajosos das racionalizações proporcionadas pela tecnologia. Mas também quase todos os usuários da internet podem, em consequência do uso, ficar ao mesmo tempo expostos a riscos, p. ex., aos riscos de danos à personalidade em função da forma como terceiros lidam com dados pessoais.

Também há riscos consideráveis de manipulação, p. ex., mediante a utilização de *social bots* na internet. Nesse caso, deve-se ativar o direito em sua função de direito protetivo e preventivo, e em grau crescente para a ampliação do ordenamento jurídico visando garantir a liberdade não só pela defesa contra interferências por parte do Estado, mas também contra danos causados por atores privados, especialmente poderosos do ponto de vista econômico. Riscos a serem afastados pelo Direito no âmbito da comunicação digital também podem ter sua origem em ações nas quais atores estatais e privados agem em conjunto em detrimento dos sujeitos de direitos de liberdade – p. ex., pela espionagem de dados por parte de serviços secretos com a ajuda (voluntária ou juridicamente forçada) das empresas de TI⁸.

Dos riscos também fazem parte manifestações da criminalidade na internet ou criminalidade cibernética⁹ (*cybercrime*), da espionagem e sabotagem cibernética, bem como da guerra cibernética¹⁰. Além disso, podem ocorrer ameaças consideráveis ao ordenamento jurídico e social, bem como à capacidade de funcionamento de infraestruturas necessárias para a existência, como dos sistemas de abastecimento de energia ou de transporte, que dependem, em grande parte, da comunicação digitalizada, sendo, por isso, extremamente vulneráveis.

⁸ Quanto ao desenvolvimento atual da inserção de empresas de TI no monitoramento estatal nos EUA, veja *Developments in the Law – The Role of Tech Companies in Government Surveillance*, 131 Harv. L. Rev. 1715, 1722 (2018); de modo geral a respeito do escândalo da NSA, Greenwald, *No Place to Hide*, 2014; Leisegang, *Schöne neue Überwachungswelt*, *Blätter für deutsche und internationale Politik*, v. 8, p. 5, 2013; Ewer; Thienel, *Völker-, unions- und verfassungsrechtliche Aspekte des NSA-Datenskandals*, NJW, p. 30, 2014; Rottmann, *Totalüberwachung*, 2014; Schaar, *Überwachung total: Wie wir in Zukunft unsere Daten schützen*, 2014, 78 et seq.

⁹ Quanto a essa questão, veja Reindl-Krauskopf, *Cyber-Kriminalität*, ZaöRV, p. 563, 2014.

¹⁰ Quanto a essa questão, veja Schaller, *Internationale Sicherheit und Völkerrecht im Cyberspace*, 2014; P. Shakarian; J. Shakarian; Ruef, *Introduction to Cyber-Warfare*, 2013; Gaycken, *Cyberwar – das Wettrüsten hat längst begonnen*, 2012.

3.2 DISSOLUÇÃO DE LIMITES

Muitas das novas possibilidades do emprego de tecnologias digitais não se enquadram de forma simples nas categorias conhecidas do desenvolvimento da tecnologia e do Direito.

Delimitações e fronteiras anteriores – p. ex., relacionadas a objetos ou territórios – em muitos casos não são decisivas, ou deixaram mesmo de sê-lo. Assim, na área de TI estão desaparecendo as fronteiras entre *hardware*, *software* e *orgware*¹¹, bem como aquelas entre os serviços e o seu transporte com a ajuda de infraestruturas comunicacionais. A comunicação social e a pública estão se misturando uma com a outra, como mostra a internet de modo particularmente incisivo. Com isso também estão mudando as noções tradicionais do que é privado e do que é público. As tecnologias e os serviços podem ser utilizados por todos, não apenas por particulares, mas também por organizações e instituições estatais, e assim por diante.

Não se pode deixar de perceber uma considerável dissolução de limites principalmente em termos territoriais. As tecnologias estão globalmente disponíveis e as infraestruturas comunicacionais, assim como os canais de distribuição operadas com tecnologia digital, estão organizadas em nível transnacional e muitas vezes em escala global. Em contrapartida a isso, o Direito tem, em sua maior parte, uma orientação nacional ou, em todo caso – como também o direito supranacional da União Europeia –, é limitado regionalmente. O direito internacional, igualmente importante, tem uma esfera de aplicação espacialmente mais ampla, mas, em termos dos objetos de que trata, refere-se apenas a setores avulsos e, mesmo nesses casos, apresenta lacunas.

As dissoluções de limites do ponto de vista material representam um desafio especialmente para ordenamentos jurídicos que – como se dá em regra – pretendem, no interesse da exequibilidade da solução de problemas no marco do Direito, reduzir sua complexidade tanto quanto possível, para poder deles tratar de maneira específica em determinados setores, na maioria das vezes especializados, do ordenamento jurídico.

Além disso, as dissoluções de limites territoriais dificultam a aplicação eficaz do Direito. As infraestruturas e os fluxos comunicacionais, bem como os serviços, atingem, na maioria dos casos, áreas ou territórios com organizações

¹¹ Desta última categoria fazem parte, p. ex., manuais de uso, exigências de segurança referentes à TI ou a projetos de TI e aos métodos de seu desenvolvimento.

econômicas e políticas diferentes, com culturas jurídicas diferentes, e também com atitudes diferentes para com a pertinência e a possibilidade de interferências regulatórias. Essa heterogeneidade faz com que mesmo onde exista direito aplicável para lidar com possíveis problemas no ordenamento jurídico de cada nação, não se verifica uma efetividade do direito posto pelo Estado. O direito resulta sem efetividade porque as empresas têm possibilidades consideráveis de evitar interferências regulatórias das quais também fazem uso¹².

Tais circunstâncias – mas também as particularidades da economia em rede a serem tratadas em seguida – são uma das causas pelas quais, em contextos digitais, autorregulações e autorregulamentações privadas e sociais são consideravelmente mais significativas do que o direito estabelecido pelo Estado. Este, entretanto, também utiliza possibilidades de amparar juridicamente e mediante regulação a autorregulação privada, ou, ao menos, cuidar para que o ordenamento jurídico vigente em cada caso não perca inteiramente suas funções de proteção e viabilização nas áreas que, de outro modo, são autorregulamentadas.

3.3 DESENVOLVIMENTOS DO MERCADO – PARTICULARIDADES DA ECONOMIA DA INTERNET

A tentativa de influência ou interferência jurídica por parte do Estado no âmbito da TI precisa levar em conta de antemão a estruturação – já ocorrida e provavelmente progressiva – de um poder considerável no mercado (a oligopolização de esferas importantes por parte de empresas como as *big five* [cinco grandes] – Google, Facebook, Microsoft, Amazon e Ebay). O poder de mercado também é usado por essas empresas para organizar, em grande medida, suas próprias atividades da forma mais autorregulativa quanto possível e/ou para evitar na medida do possível a regulação estatal.

Para poder entender as causas do surgimento desse poder de mercado, é útil examinar as estruturas econômicas na internet. Ao fazer isso, restrinjo-me a diversos fatores típicos que determinam o surgimento do poder de mercado.

No tocante à economia da internet¹³, os economistas identificaram particularidades nas estruturas de mercado que se referem principalmente a três áreas temáticas.

¹² Paul Nemitz, *Constitutional Democracy and Technology in the Age of Artificial Intelligence*. Royal Society Philosophical Transactions. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3234336>>.

¹³ A respeito dela, veja R. Peters, *Internet-Ökonomie*, 2010; Clement; Schreiber, *Internet-Ökonomie: Grundlagen und Fallbeispiele der vernetzten Wirtschaft*, 2013.

O objeto da atividade econômica são os chamados bens ou produtos informacionais. Com eles estão associados efeitos de rede¹⁴. Um aspecto típico desses bens é que, mesmo que os custos fixos de sua produção sejam elevados, os custos médios da geração e multiplicação da informação caem infinitamente, já que só surgem custos variáveis baixos e os bens não se gastam ou praticamente não se gastam ao serem consumidos. Se a utilização de bens em rede ocorre por meio de redes de comunicação – neste caso as de telecomunicação –, é, além disso, importante o fato de que esses bens têm um benefício tanto maior para os consumidores e principalmente para as próprias empresas, quanto maior for o número de pessoas que já estão conectadas à rede e a usam. Neste caso se fala dos efeitos diretos da rede que possibilitam a empresas bem-sucedidas aumentos de valor exponenciais. A eles podem se acrescentar efeitos indiretos da rede, que não surgem por meio de relações comunicacionais diretas, mas pelo envolvimento de terceiros – p. ex., de empresas de publicidade – que também têm vantagens consideráveis quando o número de consumidores aumenta. Os bens ou produtos em rede possibilitam os chamados ganhos de escala.

As empresas bem-sucedidas têm – e este é o segundo aspecto – perspectivas de obter lucros particularmente elevados e, por conseguinte, a possibilidade de utilizá-los para penetrar em áreas de atuação próximas ou mais distantes e, desta forma, reforçar mutuamente sua posição de mercado (efeitos de formação de conglomerado). A combinação de diversos produtos e serviços pode aumentar seu valor para os usuários, mas também pode acarretar fechamentos do mercado, resultando na eliminação da concorrência.

O terceiro efeito importante é o caráter multidimensional e multifacetário dos mercados¹⁵, a saber, a possibilidade de concatenação das atividades de atores diversos com campos de atuação diversos. Assim, operadoras de plataformas, consumidores, agências de publicidade e provedores de conteúdo podem atuar em campos de atividades distintos e correlacionados, e há possibilidade de formar relações de intercâmbio econômico de modo assimétrico.

¹⁴ A respeito deles, veja, *pars pro toto*, Engert, *Regelungen als Netzgüter: Eine Theorie der Rechtsvereinheitlichung und Vertragsrecht*, AcP, 2013, p. 321, com referências a literatura da área da economia e problemas de regulação jurídica.

¹⁵ Quanto a essa questão, veja, de modo geral, Reiss; Günther, *Mehrseitige Märkte: Paradigmenwechsel vom Markt- zum Netzwerk-Ansatz*, *Wirtschaftswissenschaftliches Studium*, v. 39, p. 176, 2010; Cennano; Santaló, *Platform Competition: Strategic Trade-offs in Platform Markets*, *Strategic Management Journal*, p. 1031, 2013.

Pode-se observar isso particularmente bem na relação triangular entre uma máquina de busca, os usuários e os agentes de publicidade. No âmbito da internet, tornou-se comum que muitos serviços sejam prestados de maneira aparentemente gratuita, isto é, sem uma contrapartida dos usuários expressa em dinheiro. Estes, entretanto, oferecem efetivamente uma contrapartida à operadora da máquina de busca, já pelo fato de darem atenção às ofertas. Além disso, abrem às empresas a possibilidade de armazenar os dados que se produzem no processo de comunicação, e eventualmente também as informações que se encontram nos conteúdos comunicacionais, e explorá-los para a otimização de suas próprias ofertas ou para outras finalidades, além de também repassá-las a terceiros, p. ex., em troca de pagamento.

Na medida em que – o que é comum em redes sociais, p. ex. – os serviços estão associados a ações publicitárias que os acompanham, a atenção dos usuários das máquinas de busca é voltada, ao mesmo tempo, para as mensagens publicitárias, de modo se oferecem às agências oportunidades de fazer publicidade. Em troca disso, as empresas de publicidade remuneram a empresa de TI.

Os dados de conexão e conteúdo resultantes do processo de utilização têm, ao que tudo indica – como se pode depreender, p. ex., dos enormes lucros na utilização da máquina de busca da Google –, um valor elevado, pelo qual, porém, os usuários não são remunerados. Em todo caso, eles podem usar os serviços gratuitamente¹⁶.

Com base nessas particularidades econômicas – aqui expostas apenas de modo simplificado –, as *big five* mencionadas conseguiram construir uma posição oligopolista, de domínio do mercado. Por causa das particularidades da economia em rede, posições de poder podem ser consolidadas e cada vez ampliadas mais com a ajuda dos ganhos elevados, de modo que praticamente não há oportunidades de correção por meio de forças do mercado. A aquisição de *startups* inovadoras e voltadas para o futuro também contribui para a ampliação do poder, sem que isso seja restringido por medidas do controle de fusões por parte do Estado.

¹⁶ Quanto a alternativas para essa construção, que de modo algum é vantajosa para os usuários, cf. Hacker; Petkova, Reining in the Big Promise of Big Data: Transparency, Inequality and New Regulatory Frontiers, 15 *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property*, v. 15, n. 1, p. 16 et seq., 2017.

4 AUTO-ORGANIZAÇÃO - AUTORREGULAÇÃO - AUTORREGULAMENTAÇÃO - AUTORREGULAMENTAÇÃO REGULAMENTADA PELA SOCIEDADE OU PELO ESTADO¹⁷ (EXEMPLOS)

Essas e outras condições gerais fizeram com que a auto-organização, a autorregulação e a autorregulamentação sejam os tipos predominantes de organização das infraestruturas de TI e da prestação e utilização dos serviços.

Isso se aplica particularmente ao âmbito da internet. O exame do desenvolvimento da internet mostra que, em sua fase inicial, ela foi saudada por muitos como um novo meio de desenvolvimento livre, e os atores apostaram em alto grau em uma auto-organização e autorregulação por parte deles próprios¹⁸. Na fase de seu surgimento, a internet recebeu o auxílio das autoridades para o seu nascimento, tanto por parte dos militares americanos quanto de universidades daquele país, e mesmo hoje continuam existindo cooperações limitadas com órgãos estatais no desenvolvimento da internet. Entretanto, após sua ampla comercialização ocorrida nos anos 1990, a influência estatal sobre sua organização foi marginalizada. Atualmente, o desenvolvimento da internet depende, em altíssimo grau, de decisões privadas, especialmente empresariais. As mudanças consideráveis – que se intensificaram pela oligopolização de amplas áreas – alteraram radicalmente o caráter da internet como meio de liberdade para todos e com direitos iguais de acesso e possibilidades de utilização para todos.

4.1 AUTO-ORGANIZAÇÃO/ AUTORREGULAÇÃO PRIVADA

Em ordenamentos jurídicos ocidentais, como o da República Federal da Alemanha ou dos Estados-membros da UE, o poder jurídico para organização autônoma da própria ação por parte de indivíduos e grupos é um elemento de sustentação do Estado de Direito¹⁹.

¹⁷ Como introdução às questões da autorregulamentação e regulação pelo Estado ou pela sociedade, veja Eifert, 2012 (n. 2), n. 52 et seq., 144 et seq. – com referências.

¹⁸ A respeito da história da internet, veja, *pars pro toto*, Abbate, *Inventing the internet*, 1999; Hafner, *Lyon: Arpa Kadabra oder Die Geschichte des Internets*, 2000.

¹⁹ No Direito alemão, os direitos fundamentais da liberdade geral de ação, ou da liberdade de exercício de profissão e de propriedade, mas também da liberdade de expressão e dos meios de comunicação (art. 2º, 12, 14 e 5 da Constituição alemã), são concretizações do princípio da autonomia e, com isso, do poder jurídico para a auto-organização.

Consequentemente, as empresas têm responsabilidade própria pela conformação organização de modelos de negócios no âmbito da internet. Como não existem estruturas regulatórias estatais de vigência global para os serviços na internet, as possibilidades de conformação organização autônoma são particularmente grandes para as empresas. Contudo, nos locais em que as empresas têm sua sede empresarial ou uma filial ou exercem suas atividades, elas estão vinculadas ao ordenamento jurídico normativo respectivo, e, no âmbito da UE, também aos tratados europeus e regulamentos e diretivas complementares²⁰.

Particularmente, o desenvolvimento dos modelos de negócios próprios e, neste contexto, também a organização das relações com os usuários de serviços enquadram-se na esfera da autonomia. Isso acontece, em parte, por meio de princípios de comportamento formulados como autovinculação, mas que não são juridicamente vinculantes em relação aos usuários²¹. De particular importância são os termos e condições gerais elaborados pelas empresas, que serão abordados mais detalhadamente abaixo (4.6).

A autonomia também caracteriza a organização e o controle tecnológicos das infraestruturas e serviços. Isso se aplica particularmente ao desenvolvimento dos algoritmos digitais ou, de modo mais geral, do “código” inscrito na arquitetura e nas normas da internet²². Algoritmos, ou seja, regras técnicas, também controlam os serviços realizados por meio da internet. Tais algoritmos são desenvolvidos ou adquiridos pelas empresas sob sua própria responsabilidade e utilizados para seus próprios fins. Eles são tratados, em princípio, como segredos empresariais e não estão sujeitos a exigências de transparência ou possibilidade de controle. Entretanto, no desenvolvimento e emprego de algoritmos, devem ser respeitadas normas jurídicas, como, p. ex.,

²⁰ Quanto à vinculação jurídica, veja EuGH [Tribunal de Justiça da União Europeia], Urteil Google Spain und Google, C-131/12, EU: C: 2014: 317 = EuGRZ, p. 320 et seq., 2014. Veja ainda art. 3º, § 2º, 3º do Regulamento Geral de Proteção de Dados da UE de 27 abr. 2016; Verordnung (EU) 2016/679.

²¹ Exemplos são as *Responsible AI Practices* da Google, publicadas em 2018 (<<https://ai.google/education/responsible-ai-practices>>) e as “Nove diretrizes da Telekom para o emprego de inteligência artificial” (<<https://www.telekom.com/de/konzern/digitale-verantwortung/details/ki-leitlinien-der-telekom-523904>>).

²² Quanto a esse código, veja Lessig, *Code Version 2.0*, 2006. A respeito de seus efeitos sobre a regulação e o controle do comportamento, veja a postura crítica de Hildebrandt, *Smart Technologies and the End(s) of Law*, 2016, com referências; de modo geral sobre o controle do comportamento por meio de algoritmos, Hoffmann-Riem, *Verhaltenssteuerung durch Algorithmen – Eine Herausforderung für das Recht*, AöR, v. 142, p. 1, 2017.

da legislação de proteção de dados. Neste sentido, o Regulamento Geral de Proteção de Dados da UE prevê deveres de informação limitados.

A regulação tecnológica baseada em algoritmos é usada, p. ex., para a elaboração de perfis [*profiling*]²³, ou seja, para o processamento automatizado de dados pessoais de usuários visando captar, classificar em termos de tipificação e analisar determinados aspectos pessoais (como preferências, interesses, situação econômica ou local de residência) e usá-los como base para prognósticos. Os resultados servem, então, p. ex., como subsídios para a seleção personalizada de informação, como anúncios publicitários ou a filtragem dos resultados de busca no Google ou do *feed* de notícias do Facebook²⁴. Indiretamente, eles também se tornam significativos para percepções dos usuários, suas posturas e decisões também na “vida *on-life*” diária²⁵. Outro exemplo do emprego de algoritmos é o bloqueio de acesso a conteúdos indesejados, p. ex., pornografia infantil ou racismo, bem como de *fake news* na internet (*content curation* [curadoria de conteúdo]).

A internet oferece possibilidades consideráveis de auto-organização não só aos fornecedores de serviços, mas também aos usuários como indivíduos. A auto-organização é usada de uma forma especificamente intensificada nas áreas de Open Source²⁶ e Open Content²⁷, ou, de modo mais geral, de Open Innovation. A colaboração nelas possível e comum de várias pessoas é uma forma de auto-organização coletiva, emoldurada por regras sociais para isso desenvolvidas como formas de autorregulação. Com base em tais regras, o

²³ Segundo o art. 4º, nº 4, do Regulamento Geral de Proteção de Dados da UE, *profiling* se refere a “todo tipo de processamento automatizado de dados pessoais que consista na utilização desses dados pessoais para avaliar determinados aspectos pessoais referentes a uma pessoa física, particularmente para analisar e prever aspectos relativos a desempenho no trabalho, situação econômica, saúde, preferências pessoais, interesses, confiabilidade, comportamento, local de residência ou troca de local”.

²⁴ A respeito dessa questão, veja Schulz; Dankert, *Die Macht der Informationsintermediäre*, Friedrich-Ebert-Stiftung, 2016; no tocante à seleção de informações de empresas de TI nos EUA, veja Grafanaki, *Drowning in Big Data: Abundance of Choice, Scarcity of Attention and the Personalization Trap: a Case for Regulation*, *Richmond Journal of Law and Technology*, v. 24, n. 1, 2017.

²⁵ Quanto à fusão de *on-line* e *off-line* em *on-life*, veja Hildebrandt, 2016 (n. 19), p. 41 et seq.

²⁶ A respeito de Open Source, veja Hartmann; Jansen, *Open Content – Open Access*, 2008; Chesbrough; van Haverbeke; West, *Open Innovation*, 2011.

²⁷ Um exemplo disso é a Wikipedia. Especialmente sobre a forma de autorregulamentação na proteção da personalidade, veja Dilling, *Persönlichkeitsschutz durch Selbstregulierung in der Wikipedia*, ZUM, p. 380 et seq., 2013.

resultado de desenvolvimentos colaborativos pode ser assegurado juridicamente como serviço, com a ajuda da chamada cláusula do *copyleft*²⁸, de modo que este não possa ser utilizado por indivíduos para exploração comercial. A cláusula do *copyleft* utiliza o instrumental da proteção estatal do direito autoral, mas inverte sua direção protetiva usual excluindo para essas obras criadas colaborativamente a utilização proprietária protegida, em si, pelo direito autoral.

Outra forma de autorregulamentação privada com efeito geral são padrões técnicos que são desenvolvidos por uma empresa ou por várias colaborativamente e também são utilizados por outras em uma determinada área de negócios, mas sem adquirir, apenas com isso, um efeito juridicamente vinculante. Eles podem se referir tanto a *hardware* quanto a *software*. Se os padrões se impõem factualmente de modo geral, eles exercem a função de padrões que são estabelecidos formalmente (de forma privada ou estatal). O desenvolvimento de padrões na forma de imposição factual de determinados parâmetros no mercado leva à sua vinculatividade na prática. Esta é uma forma de autorregulamentação social informal. Se, contudo, padrões formados pela sociedade são reconhecidos como normativos no direito estatuído pelo Estado – p. ex., para questões de responsabilidade civil – ou declarados juridicamente vinculantes, essa transferência acarreta, ao mesmo tempo, uma transformação jurídica.

4.2 AUTORREGULAMENTAÇÃO SOCIAL

Entre os exemplos de regras criadas para o comportamento social autônomo por parte da sociedade incluem-se as regras informais de civilidade ou bons costumes. Delas faz parte a chamada netiqueta²⁹, decisiva na época inicial da internet, como conjunto de regras de comportamento para o uso da internet. Para apoiar a eficácia dessa forma de ação de autorregulamentação social, foram empregadas estratégias de *naming and shaming* [identificação e denúncia pública], portanto a condenação coletiva – mesmo que, em grande parte, combinada apenas informalmente, de um comportamento reprovado pela comunidade de usuários.

Códigos de conduta enquadram-se na área da regulamentação social formal do comportamento privado quando são desenvolvidos por associações

²⁸ Sobre essa cláusula, veja Jaeger; Metzger, *Open Source Software: Rechtliche Rahmenbedingungen der freien Software*, 2015, p. 23 et seq.

²⁹ Veja as diretrizes da netiqueta de 1995, disponíveis em: <www.ietf.org/rfc/rfc1855.txt>.

que, por sua vez, esperam o cumprimento por parte dos seus membros e, eventualmente, sancionam seu descumprimento. Um exemplo deles é o código para fornecedores de publicidade *on-line* do Conselho Alemão de Proteção de Dados na Publicidade On-Line³⁰, que é a instituição de autocontrole voluntário da indústria de publicidade digital.

Associações também podem desenvolver padrões técnicos para a regulamentação social da autorregulamentação por parte da sociedade, como, p. ex., padrões de segurança da TI³¹, que são oferecidos ao menos como recomendações, mas também podem ter consequências jurídicas, p. ex., para a avaliação de negligência na produção de bens.

Tais regras criadas no âmbito da sociedade têm, muitas vezes, importância não só para as empresas membros das associações, mas também podem ter efeitos indiretos para terceiros. Um exemplo disso é o Protocolo internacional de Exclusão de Robôs (REP, na sigla em inglês)³². Ele diz respeito à possibilidade das operadoras de *sites* da internet de bloqueá-los, no todo ou em parte, aos *web crawlers* (robôs). Assim, máquinas de busca são impedidas de disponibilizar tais conteúdos.

Embora os fornecedores de informações estejam interessados em que seus conteúdos na internet possam ser encontrados por meio de máquinas de busca, eles também podem ter interesse em excluir essa possibilidade ou de só permitir sua utilização por parte de outras empresas mediante remuneração. O REP, elaborado por um grupo de especialistas e criado de maneira autorregulatória, ao qual diversas empresas de internet, inclusive o Google, aderiram, diz respeito à acessibilidade de ofertas de terceiros para *web crawlers*. Ele não é, contudo, o resultado de um equilíbrio entre os interesses dos representantes de todas as partes envolvidas, mas uma imposição unilateral da parte mais poderosa da

³⁰ Quanto a ela, veja os códigos do Conselho Alemão de Proteção de Dados na Publicidade On-Line, disponíveis em: <www.meine-cookies.org/DDOW/die_kodizies/index.html>.

³¹ Assim, o Grupo de Trabalho alemão da Bitkom sobre gestão de segurança elaborou uma “Bússola dos Padrões de Segurança da TI” (2014), que trata especialmente do tema “identidades eletrônicas”; veja BITKOM/DIN (ed.), *Kompass der IT-Sicherheitsstandards – Auszüge zum Thema Elektronische Identitäten*, 2014. Disponível em: <www.bitkom.org/Publikationen/2014/Leitfaden/Kompass-IT-Sicherheitsstandards/140311_Kompass_der_IT-Sicherheitsstandards.pdf>.

³² A respeito do REP, veja Conrad; Schubert, *How to Do Things with Code*, GRUR, p. 350 et seq., 201; bem como Höppner, *Das Verhältnis von Suchmaschinen zu Inhaltenanbietern an der Schnittstelle von Urheber- und Kartellrecht, Wettbewerb in Recht und Praxis*, p. 625 (631 et seq., 636 et seq.), 2012.

economia da internet e que exerce uma significativa influência em relação a terceiros.

4.3 REGULAMENTAÇÃO HÍBRIDA

Falo de regulamentação híbrida nos casos em que uma regulação surge pela autorregulamentação social, mas órgãos estatais participam do desenvolvimento das regras e/ou da definição de sua relevância. Menciono alguns exemplos.

O Código de Proteção de Dados das companhias alemãs de seguros, elaborado em conjunto pela Confederação da Indústria de Seguros Alemã e pelas autoridades alemãs responsáveis pela proteção de dados, bem como pela Central dos Consumidores da Alemanha (vzbv, na sigla em alemão), foi elaborado de maneira híbrida³³.

Um outro tipo de regulamentação híbrida encontra-se na lei alemã de segurança da TI³⁴. Ela constitui uma reação a perigos mencionados acima (3.1) com os termos crime cibernético e sabotagem cibernética. As empresas afetadas estão obrigadas a tomar providências técnicas e organizacionais adequadas para a segurança na tecnologia da informação das chamadas infraestruturas críticas e para evitar transtornos. Elas, assim como suas associações setoriais, podem elaborar propostas de padrões de segurança. O órgão federal responsável pela segurança na TI examina a adequação desses padrões para o cumprimento das exigências de segurança e a constata quando a verificação for bem-sucedida.

O conjunto de regras contido no NETmundial-Multistakeholder-Statement de 24 de abril de 2014, apoiado particularmente pelo governo brasileiro – que contém, por um lado, *Internet Governance Principles* [Princípios de Governança da Internet] e, por outro, um *Roadmap for the Future Evolution of the Internet Governance Ecosystem* [Roteiro para a Evolução Futura do Ecossistema de Governança da Internet] –, baseia-se na cooperação de atores estatais e não estatais (empresas, ONGs, comunidades técnicas e cientistas)³⁵. Nesse caso se estabeleceram princípios desenvolvidos em um processo mais ou menos participativo, na forma de direitos humanos e valores compartilhados,

³³ Código de Proteção de Dados da Confederação da Indústria de Seguros Alemã (GDV, na sigla em alemão), ao qual as seguradoras podem aderir voluntariamente.

³⁴ Gesetz zur Erhöhung der Sicherheit informationstechnischer Systeme (IT-Sicherheitsgesetz), 17. jul. 2015, BGBl. I, 24 jul. 2015, p. 1324.

³⁵ Mais detalhes sobre isso em Kleinwächter, PINGO, p. 5 et seq., 2014. Disponível em: <http://www.circleid.com/posts/20140510_pingo_net_mundial_adopts_principles_on_internet_governance/>.

mas também de exigências por diversidade cultural e linguística, segurança, estabilidade e resiliência da internet e de sua arquitetura aberta. O objetivo consiste em proteger a inovação e criatividade. O *Roadmap* contém estímulos para a implementação desses princípios, porém não existe uma vinculatividade jurídica. *Naming and shaming* são as sanções possíveis para o descumprimento dos princípios ou para a não participação em processos de sua realização³⁶.

4.4 AUTOCOMPROMETIMENTOS PARA EVITAR SANÇÕES ESTATAIS

Uma combinação específica de interferência estatal e de exercício de influência para sua implementação encontra-se no âmbito dos compromissos jurídicos assumidos de forma voluntária pelos atores privados, mas estimulados pelo Estado³⁷. Na área da TI, existem tais autocomprometimentos voluntários, p. ex., como reação a objeções por parte do controle de cartéis³⁸. O ponto de partida é constituído por processos abertos por órgãos de inspeção da formação de cartéis na Alemanha e no exterior contra empresas de internet.

No passado, esses processos foram, muitas vezes, terminados por comprometimentos voluntários das empresas. Com isso, a empresa atingida podia evitar encargos ou proibições, bem como multas pecuniárias; como condição prévia, porém, ela tinha de se comprometer com certas mudanças de sua prática ou também com dispêndios. A vantagem era recíproca. A autoridade estatal ficava livre de problemas probatórios muitas vezes difíceis e do ônus de um possível processo judicial subsequente, e a empresa afetada podia, em caso de dúvida, defender melhor seus próprios interesses mediante a formulação da declaração de autocomprometimento do que se houvesse uma medida unilateral por parte do Estado. Além disso, a obrigação de pagamento concebida como sanção talvez pudesse ser menor do que a aplicação de uma multa pecuniária.

Por outro lado, a perspectiva de pôr fim a um processo de contestação por meio de um autocomprometimento voluntário poderia motivar as empresas

³⁶ A respeito dessa questão, veja id., *ibid.*

³⁷ Sobre acordos de autocomprometimento de modo geral, veja, *pars pro toto*, Eifert, 2012 (n. 2), n. 73 et seq.

³⁸ Uma lista de procedimentos referentes à legislação antitruste encontra-se em Monopolkommission, Hauptgutachten XX, 2014, p. 66 et seq.; veja também Hopf, *Der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung von Internetsuchmaschinen, dargestellt am Beispiel von Google*, 2014, p. 3 et seq.; Daly, *Dominating Search: Google Before the Law*, in: König; Rasch (ed.), *Society of the Query Reader: Reflections on Web Search*, 2014, p. 86 et seq.

a tirar partido de seu poder de mercado tanto quanto possível e, fazendo isso, contar com a possibilidade de processos de contestação sem o risco de sofrer sanções pesadas. A desistência do emprego de todo o seu poder por parte da autoridade estatal poderia, na sequência, acarretar consideráveis déficits de implementação.

4.5 AUTORREGULAMENTAÇÃO SOCIAL REGULAMENTADA PELO ESTADO

As autoridades estatais podem exercer uma influência reguladora sobre o modo de autorregulamentação da sociedade e, assim, defender interesses da vinculação ao bem comum com vistas ao cumprimento de tarefas por parte de atores privados. Isso também pode acontecer, eventualmente, na forma do *soft law* juridicamente não vinculante. Um exemplo disso são os catálogos de proteção básica na área de TI do órgão estatal alemão responsável pela segurança na tecnologia da informação³⁹. Eles não são juridicamente vinculantes, mas podem ser usados como fundamento de uma certificação pela qual se indica que a empresa tomou medidas apropriadas para garantir a segurança de seus sistemas de TI contra ameaças à sua segurança.

Também o Regulamento Geral de Proteção de Dados da UE prevê possibilidades de regulamentação estatal da autorregulamentação⁴⁰. Ele incentiva que associações e outros grêmios elaborem regras de comportamento que facilitem uma aplicação correta e eficaz do Regulamento⁴¹. O art. 40, § 2º, do Regulamento menciona expressamente muitas áreas temáticas para as quais pode ocorrer uma regulação mais precisa e específica. Os estímulos para a especificação são concebidos como orientações regulatórias para as regras de comportamento, que, entretanto, as associações ou grêmios não têm a obrigação de emitir. Elas também não são obrigadas a fazer uso da possibilidade de

³⁹ Quanto a isso, veja a *homepage* da Agência Federal de Segurança na Tecnologia da Informação (BSI, na sigla em alemão): <www.bsi.bund.de/DE/Themen/ITGrundschutz/ITGrundschutzKataloge/itgrundschutzkataloge_node.html>.

⁴⁰ A respeito do Regulamento Geral da Proteção de Dados da UE, veja Kühling; Martini, Die Datenschutz-Grundverordnung: Revolution oder Evolution im europäischen und deutschen Datenschutzrecht? *EuZW*, p. 448, 2016; uma posição crítica para com os elementos “imperfeitos” da autorregulamentação regulamentada desse Regulamento se encontra em Veil, Die Datenschutz-Grundverordnung: des Kaisers neue Kleider, *NVwZ*, p. 686, 695, 2018; quanto à autorregulamentação regulamentada no âmbito de geodados, Martini, Do it yourself im Datenschutzrecht – Der “GeoBusiness Code of Conduct” als Erprobungsfeld regulierter Selbstregulierung, *NVwZ*, p. 535, 2016.

⁴¹ Veja ns. 77 e 98 dos Considerandos.

apresentar a minuta ao órgão de inspeção, que – caso isso aconteça – expõe em um posicionamento se as regras de comportamento são compatíveis com o regulamento. Caso houver garantias suficientes, o órgão aprova a minuta das regras de comportamento (§ 5º). Na sequência, preveem-se procedimentos distintos, dependendo de a minuta dizer respeito a atividades de processamento em um Estado-membro apenas ou em vários (§§ 6º-8º). Se o resultado das verificações for positivo, ocorre uma publicação oficial no fim do processo (art. 6º, 11). Para as regras de comportamento vigentes em vários Estados-membros, a Comissão Europeia pode, inclusive, resolver, mediante um ato de execução, que elas tenham validade geral na UE (§ 9º). O art. 41 do Regulamento prevê possibilidades de credenciamento de órgãos apropriados para o monitoramento do cumprimento das regras. Buscam-se também processos de certificação específicos para a proteção de dados, bem como selos e marcas de conformidade que atestem a proteção de dados (§ 42 do Regulamento)⁴².

O seguinte exemplo mostra também uma forma de autorregulamentação social regulamentada. Segundo o § 19 do Tratado Estatal alemão para a Proteção de Jovens nos Meios de Comunicação, podem ser formadas, para controlar o cumprimento das disposições do tratado e de outras regras, instituições de autocontrole voluntário para mídias eletrônicas, p. ex.⁴³. Na medida em que estas cumprirem determinados pressupostos (independência, diretrizes para as decisões dos auditores, regras de procedimento etc.) e tiverem concluído com sucesso o processo de reconhecimento regulamentado nesses parágrafos, o fato de um provedor de mídias eletrônicas ser membro de uma instituição dessas e, além disso, observar seus estatutos pode resultar em um privilegiamento dele em relação a medidas de inspeção do órgão estadual competente responsável por essa proteção. Segundo o art. 20, § 5º, desse tratado, no caso de supostas violações da proteção dos jovens, é essa instituição que deve se ocupar primeiramente com as alegações. Medidas de inspeção contra o provedor só são possíveis em casos excepcionais, a saber, quando a decisão ou a não tomada de uma decisão por parte da instituição de autocontrole “ultrapassar os limites jurídicos da margem de avaliação”.

⁴² Quanto à avaliação desses instrumentos – mas ainda com base na proposta original da Comissão Europeia para o Regulamento Geral da Proteção de Dados –, veja Hornung; Hartl, *Datenschutz durch Marktanziege – auch in Europa? Stand der Diskussion zu Datenschutzzertifizierung und Datenschutz*, ZD, p. 219, 2014.

⁴³ Veja o Autocontrole Voluntário dos Provedores de Serviços de Multimídia na homepage <www.fsm.de>.

Um tipo especial de regulamentação estatal da autorregulamentação social também pode, ocasionalmente, ser levada a efeito pelo Poder Judiciário. Um exemplo disso é a decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia sobre o Google⁴⁴, em que a Corte determinou a essa empresa que tomasse providências para proteger o chamado direito ao esquecimento na operação de sua máquina de busca. Mediante aplicação da Diretiva de Proteção de Dados 95/46 (na época ainda em vigor) da UE, a empresa Google foi obrigada a, sob determinados pressupostos, remover o *link* para uma informação a que se tenha objetado por ser incorreta ou ultrapassada nas opções que sua máquina de busca oferece na Europa, dificultando, com isso, o acesso à respectiva informação (que, entretanto, não é apagada como tal).

Uma espécie completamente diferente de regulamentação estatal da autorregulamentação social são medidas tomadas por órgãos estatais para assegurar a funcionalidade de estruturas de autorregulação, como, em especial, a do mercado. O tópico neste caso é a viabilização ou manutenção da concorrência. Visa-se assegurar a funcionalidade do mercado de tal maneira que os diversos interesses dos atores do mercado sejam satisfeitos da melhor forma possível e, ao mesmo tempo, metas do bem comum sejam alcançadas. Atualmente, contudo, a legislação antitruste tem poucas oportunidades de influenciar de modo consistente a funcionalidade dos mercados da internet, pois, em face da globalização da maioria dos setores do mercado, seria necessária uma legislação antitruste em nível global, que, porém, não existe. A legislação antitruste nacional só pode influenciar o comportamento de atores globais de maneira limitada. A legislação antitruste europeia⁴⁵ é geralmente mais adequada para tal fim, devido ao seu âmbito de aplicação relativamente amplo, mas até agora só tem sido aplicada com sucesso de modo limitado.

De resto, deve-se apontar para o fato de que, com a ajuda da legislação antitruste, não é possível fazer frente a uma série de problemas ou ameaças existentes na internet que estão vinculados à assimetria na distribuição do poder. Isso diz respeito a problemas como a garantia da igualdade de oportunidades de acesso, da neutralidade da rede, da ausência manipulação, da proteção

⁴⁴ EuGH, Urteil Google Spain und Google, C-131/12 EU: C: 2014: 317 = EuGRZ 2014, S. 320 et seq. No art. 17 do Regulamento Geral da Proteção de Dados da UE constam agora regras explícitas sobre o “direito ao esquecimento”.

⁴⁵ A respeito dessa legislação, veja, *pars pro toto*, Weiß, *Europäisches Wettbewerbsverwaltungsrecht*, in: Terhechte (ed.), *Verwaltungsrecht der Europäischen Union*, 2. ed., Baden-Baden (i. E.).

da personalidade etc. A legislação antitruste como regramento jurídico que visa assegurar a funcionalidade dos mercados não é adequada ou o é apenas de forma limitada a resolver os problemas ligados a esses objetivos, a menos que seja ampliada para se tornar um direito regulatório específico para o setor com suas respectivas metas. Isso, porém, representaria uma ruptura sistêmica na legislação antitruste em vigor. Para evitá-la, existem geralmente, nos ordenamentos jurídicos nacionais, normas especiais para assegurar a satisfação de necessidades específicas de proteção jurídica – na Alemanha, p. ex., a lei de proteção de dados e a lei sobre a mídia eletrônica. Também tais normas correspondem a medidas destinadas a influenciar na autorregulamentação. Todavia, sua eficácia é restrita já por seu âmbito de vigência apenas regional, o que dificulta o exercício de uma influência efetiva sobre o comportamento de empresas poderosas e de alcance global.

4.6 PARTICULARIDADES NA APLICAÇÃO DE TERMOS E CONDIÇÕES GERAIS

Um exemplo de regulação não estatal são os termos e condições gerais (TCG) que são formulados por conta própria pelas diversas empresas, p. ex., pelas operadoras de máquinas de busca na internet ou plataformas de comunicação. As particularidades na aplicação de TCG concernem, fundamentalmente, a todos os ordenamentos jurídicos, sendo que esta contribuição se serve, a título de exemplo, mais uma vez do Direito alemão (cf. §§ 305 ss. do Código de Direito Civil [CDC]).

Os TCG são criados para se tornarem vinculantes por meio do consentimento dos usuários. O consentimento com os TCG⁴⁶ é, de regra, um pressuposto para o processamento de dados pessoais por parte da empresa (cf. especialmente art. 6º, § 1º, do Regulamento Geral de Proteção de Dados), e a entrega do consentimento, por sua vez, é pressuposto para a utilização dos serviços por parte dos usuários. Do ponto de vista jurídico, trata-se da celebração de um contrato (§ 305 do CDC) e, neste sentido, visto exteriormente, de um ato de decisão autônoma de ambos os lados. Esse ato é amparado juridicamente na medida em que a legislação alemã sobre TCG (§§ 305 ss. do CDC), complementada por regras especiais sobre a proteção de dados, entre as quais

⁴⁶ Quanto à exigência e aos pressupostos de um consentimento efetivo, veja, *pars pro toto*, Buchner; Kühling, *Näher zur Rechtmäßigkeit*, in J. Kühling; B. Buchner (ed.), *Datenschutz-Grundverordnung: Kommentar*, 2. ed. 2018, sobre o art. 7, n. 20 et seq.

também se encontram os art. 6s. do Regulamento Geral de Proteção de Dados da UE, normaliza determinadas exigências para a eficácia do consentimento.

Não obstante, a celebração do contrato caracteriza-se por fortes assimetrias em termos do poder de exercício de influência por parte dos contratantes. Assim os usuários não têm – abstraindo de exceções insignificantes – possibilidade de influenciar o conteúdo dos TCG ou mesmo de excluir alguns deles. Via de regra, os TCG também não foram criados em cooperação com associações de consumidores ou outras organizações de usuários que pudessem articular os interesses destes últimos.

Também existem assimetrias na decisão concreta sobre a outorga do consentimento⁴⁷. Na maioria dos casos, só existem informações relativamente genéricas dos usuários sobre as atividades concretamente abrangidas pelo consentimento, e praticamente nenhuma indicação sobre quais de seus dados pessoais são transmitidos ou vendidos para quais empresas ou para qual finalidade específica.

Em muitos casos, o caráter voluntário do consentimento chega perto de ser uma ficção. Isso será ilustrado aqui com base no exemplo das máquinas de busca. É verdade que existem diversas máquinas de busca entre as quais o usuário pode escolher, mas uma delas domina o mercado de maneira oligopolista. Essa máquina de busca, o Google, é usada por cerca de 90% dos alemães. A gama de seus resultados de busca é mais ampla, e as possibilidades de busca levam, muitas vezes, a dimensões mais profundas do que os das empresas concorrentes como Yahoo ou Bing, ou outras (menores). Mas também muitas dessas empresas exigem, para a utilização da ferramenta de busca, um consentimento com a possibilidade de que os dados então resultantes sejam levantados e aproveitados pelas empresas. O tipo e alcance de tais consentimentos não se distinguem decisivamente daquele do Google. Neste sentido, os usuários têm uma possibilidade de escolher entre máquinas de busca, mas não a oportunidade de ampliar a proteção de sua personalidade em comparação com o Google. Embora existam máquinas de busca que prometem não levantar e aproveitar dados dos usuários, a amplitude e qualidade do que outras máquinas de busca

⁴⁷ Sobre a renúncia à aplicabilidade do direito em função de Termos e Condições Gerais, veja Hoffmann-Riem, *Rechtliche Rahmenbedingungen für und regulative Herausforderungen durch Big Data*, in: Hoffmann-Riem (ed.), *Big Data – Regulative Herausforderungen*, p. 42, 2018.

proporcionam não se comparam com as do Google – ou mesmo do Yahoo ou Bing.

Ora, para a maioria das pessoas a possibilidade de busca por intermédio do Google não é vital, mas em muitas áreas da vida e esferas profissionais se espera que essas máquinas de busca sejam usadas. Isso aumenta a pressão de entregar os consentimentos exigidos.

Também existe uma pressão factual de consentir com os TCG no caso de pessoas que queiram fazer uso intensivo de redes sociais. Por exemplo, a participação na comunicação social de muitas pessoas se dá, em alto grau, por meio do Facebook, WhatsApp e Instagram⁴⁸. Na maioria dos casos, elas se isolariam comunicacionalmente se não usassem esses serviços – o que ocorreria, p. ex., com crianças e jovens cujos pais ou responsáveis negassem o consentimento com os TCG. Muitas pessoas, particularmente crianças e jovens, também se isolariam socialmente, em muitos aspectos, fora da comunicação digital, já que os conteúdos comunicacionais veiculados pelas redes sociais também determinam, muitas vezes, outras formas de comunicação, particularmente a comunicação presencial.

Por causa desses e de outros fatores, existe uma espécie de coerção para a adesão. No caso de contratos, porém, a liberdade de decisão exige a liberdade de celebração, que é, ao mesmo tempo, uma condição para o funcionamento de mecanismos concorrenciais⁴⁹. Embora o consentimento acarrete uma celebração de contrato do ponto de vista jurídico, esta equivale, *de facto*, a uma estipulação unilateral. Do ponto de vista dos usuários, isso não representa uma participação na autorregulação, mas uma regulamentação por parte da respectiva empresa.

5 OBSERVAÇÃO FINAL

Os exemplos apresentados até agora mostram que a auto-organização e a autorregulação/autorregulamentação predominam no âmbito da TI, mas que também há influências do Estado no comportamento de indivíduos privados e da sociedade, bem como nas estruturas determinantes. Todavia, em comparação com as possibilidades de organização em especial das empresas poderosas, o

⁴⁸ Para dados sobre a utilização do Facebook e outras redes sociais, também por crianças e jovens, veja Feierabend; Plankenhorn; Rathgeb, *Kindheit, Internet und Medien, Media Perspektiven*, p. 206 et seq., 2017.

⁴⁹ A respeito dessa questão, veja Magen, *Ein Wettbewerbskonzept für das Öffentliche Wettbewerbsrecht*, in: Kirchhof; Korte; Magen (ed.), *Öffentliches Wettbewerbsrecht*, 2014, p. 17, 48 et seq.

poder do Estado em influir de modo eficaz na autorregulação tende a ser marginal. Não obstante a grande importância das infraestruturas e dos serviços de TI para o Estado e a sociedade, bem como em face das oportunidades e dos riscos associados à sua utilização e ampliação, é importante que haja possibilidades suficientes de que órgãos estatais assegurem efetivamente interesses do bem comum, também na medida em que isso exija providências para corrigir as consideráveis assimetrias de poder existentes.

Aos Estados Democráticos de Direito, na sua forma moderna de Estados-Garantia (*Gewährleistungsstaaten*)⁵⁰, cabe essencialmente, em todo caso, a tarefa de aproveitar suas possibilidades de conformar a proteção da liberdade para todas as pessoas por meio do Direito. Nesse sentido, a sociedade civil também deveria aproveitar suas possibilidades de exercer o papel de guardiã e, ao mesmo tempo, incentivadora.

Submissão em: 20.08.2019

Avaliado em: 26.08.2019 (Avaliador A)

Avaliado em: 21.08.2019 (Avaliador B)

Aceito em: 27.08.2019

⁵⁰ Quanto a esse conceito, veja, *pars pro toto*, Eifert, *Grundversorgung mit Telekommunikationsleistungen im Gewährleistungsstaat*, 1998, p. 18 et seq., 193 et seq.; Hoffmann-Riem, *Gesetz und Gesetzesvorbehalt im Umbruch: Zur Qualitäts-Gewährleistung durch Normen*, AöR, v. 130, p. 5 (9 et seq.), 2005; Schuppert, *Der Gewährleistungsstaat: ein Leitbild auf dem Prüfstand*, 2005.

