

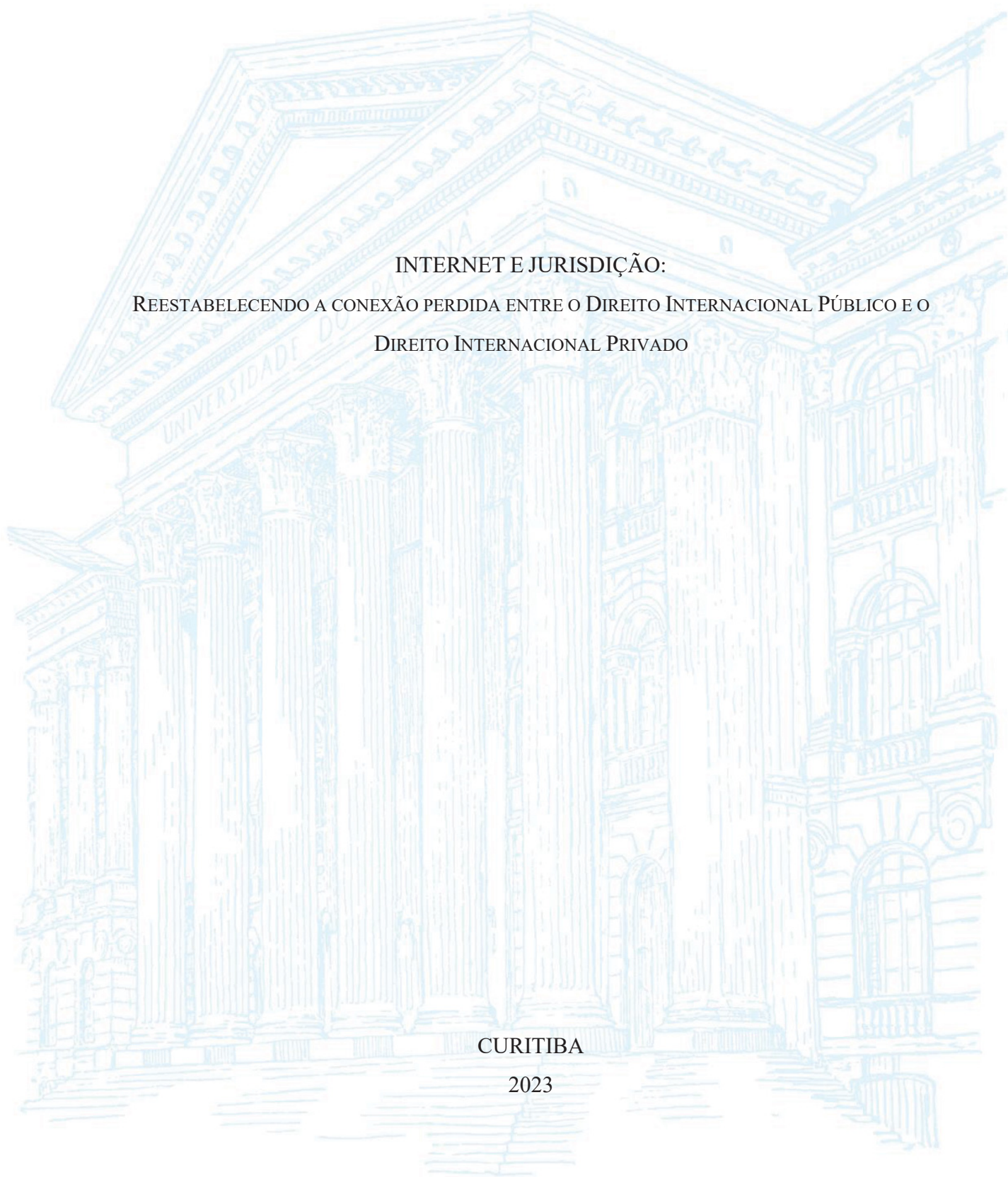
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

MICHELE ALESSANDRA HASTREITER

INTERNET E JURISDIÇÃO:
REESTABELECENDO A CONEXÃO PERDIDA ENTRE O DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO E O
DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

CURITIBA

2023



MICHELE ALESSANDRA HASTREITER

INTERNET E JURISDIÇÃO:
REESTABELECIDO A CONEXÃO PERDIDA ENTRE O DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO E O
DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em
Direito do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade
Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do
título de Doutora em Direito.
Orientadora: Profa. Dra. Marcia Carla Pereira Ribeiro

CURITIBA

2023

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SISTEMA DE BIBLIOTECAS – BIBLIOTECA DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

Hastreiter, Michele Alessandra

Internet e jurisdição: reestabelecendo a conexão perdida entre o direito internacional público e o direito internacional privado / Michele Alessandra Hastreiter. – Curitiba, 2023.

1 recurso on-line : PDF.

Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito.

Orientadora: Marcia Carla Pereira Ribeiro.

1. Internet. 2. Jurisdição. 3. Direito internacional público. 4. Direito internacional privado. 5. Direito e economia. I. Ribeiro, Marcia Carla Pereira. II. Título. III. Universidade Federal do Paraná.

Bibliotecário: Pedro Paulo Aquilante Junior – CRB-9/1626

ATA DE SESSÃO PÚBLICA DE DEFESA DE DOUTORADO PARA A OBTENÇÃO DO GRAU DE DOUTORA EM DIREITO

No dia sete de março de dois mil e vinte e três às 14:00 horas, na sala 317 - Sala Ruy Corrêa Lopes - 3o Andar e Sala Virtual, Prédio Histórico da UFPR - Praça Santos Andrade, 50, foram instaladas as atividades pertinentes ao rito de defesa de tese da doutoranda **MICHELE ALESSANDRA HASTREITER**, intitulada: **INTERNET E JURISDIÇÃO: REESTABELECENDO A CONEXÃO PERDIDA ENTRE O DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO E O DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO**, sob orientação da Profa. Dra. MARCIA CARLA PEREIRA RIBEIRO. A Banca Examinadora, designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação DIREITO da Universidade Federal do Paraná, foi constituída pelos seguintes Membros: MARCIA CARLA PEREIRA RIBEIRO (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ), ANDRE DE CARVALHO RAMOS (UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO), MARCOS WACHOWICZ (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ), LUIS ALEXANDRE CARTA WINTER (null), JOSE AUGUSTO FONTOURA COSTA (UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO). A presidência iniciou os ritos definidos pelo Colegiado do Programa e, após exarados os pareceres dos membros do comitê examinador e da respectiva contra argumentação, ocorreu a leitura do parecer final da banca examinadora, que decidiu pela APROVAÇÃO. Este resultado deverá ser homologado pelo Colegiado do programa, mediante o atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca dentro dos prazos regimentais definidos pelo programa. A outorga de título de doutora está condicionada ao atendimento de todos os requisitos e prazos determinados no regimento do Programa de Pós-Graduação. Nada mais havendo a tratar a presidência deu por encerrada a sessão, da qual eu, MARCIA CARLA PEREIRA RIBEIRO, lavrei a presente ata, que vai assinada por mim e pelos demais membros da Comissão Examinadora.

Observações: A Banca recomenda a publicação da tese.

CURITIBA, 07 de Março de 2023.

Assinatura Eletrônica

07/03/2023 20:38:22.0

MARCIA CARLA PEREIRA RIBEIRO

Presidente da Banca Examinadora

Assinatura Eletrônica

17/03/2023 14:02:36.0

ANDRE DE CARVALHO RAMOS

Avaliador Externo (UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO)

Assinatura Eletrônica

07/03/2023 22:56:32.0

MARCOS WACHOWICZ

Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

Assinatura Eletrônica

07/03/2023 18:34:25.0

LUIS ALEXANDRE CARTA WINTER

Avaliador Externo (null)

Assinatura Eletrônica

07/03/2023 18:57:31.0

JOSE AUGUSTO FONTOURA COSTA

Avaliador Externo (UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO)

TERMO DE APROVAÇÃO

Os membros da Banca Examinadora designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação DIREITO da Universidade Federal do Paraná foram convocados para realizar a arguição da tese de Doutorado de **MICHELE ALESSANDRA HASTREITER** intitulada: **INTERNET E JURISDIÇÃO: REESTABELECENDO A CONEXÃO PERDIDA ENTRE O DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO E O DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO**, sob orientação da Profa. Dra. MARCIA CARLA PEREIRA RIBEIRO, que após terem inquirido a aluna e realizada a avaliação do trabalho, são de parecer pela sua APROVAÇÃO no rito de defesa.

A outorga do título de doutora está sujeita à homologação pelo colegiado, ao atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca e ao pleno atendimento das demandas regimentais do Programa de Pós-Graduação.

CURITIBA, 07 de Março de 2023.

Assinatura Eletrônica

07/03/2023 20:38:22.0

MARCIA CARLA PEREIRA RIBEIRO
Presidente da Banca Examinadora

Assinatura Eletrônica

17/03/2023 14:02:36.0

ANDRE DE CARVALHO RAMOS
Avaliador Externo (UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO)

Assinatura Eletrônica

07/03/2023 22:56:32.0

MARCOS WACHOWICZ
Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

Assinatura Eletrônica

07/03/2023 18:34:25.0

LUIS ALEXANDRE CARTA WINTER
Avaliador Externo (null)

Assinatura Eletrônica

07/03/2023 18:57:31.0

JOSE AUGUSTO FONTOURA COSTA
Avaliador Externo (UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO)

Para meu pai, para quem escrevo desde o primeiro bilhete.

Para minha mãe, inspiração em todo o meu caminhar.

Para o meu amor, por ser minha dupla na vida e neste trabalho.

E para minha doce filhinha. Agora, poderemos brincar.

AGRADECIMENTOS

Já diria o Raul:

Sonho que se sonha só
É só um sonho que se sonha só
Mas sonho que se sonha junto é realidade

Uma tese de Doutorado é um trabalho individual, mas que não se faz sozinho. Em toda a trajetória acadêmica que me trouxe até aqui, tive o privilégio de ter pessoas ao meu lado que me apoiaram, incentivaram, inspiraram, ajudaram, acreditaram e suportaram de diferentes maneiras e a quem desejo expressar minha enorme gratidão.

Sem elas, não teria sido possível concluir esse objetivo.

Agradeço, primeiramente, à minha orientadora, Profa. Marcia Carla Pereira Ribeiro, por compartilhar seu conhecimento, por sua dedicação à correção minuciosa deste trabalho e pelas valiosas orientações. Obrigada também por inspirar-me com seu exemplo de firmeza, retidão e inteligência. Foi uma grande honra ter sido orientada por alguém por quem tenho tanta admiração. Agradeço, também, ao meu eterno mestre e orientador, Prof. Luís Alexandre Carta Winter, por, há quase 20 anos, ter-me aberto às primeiras portas à academia em seu Grupo de Pesquisa, e pelas inúmeras outras portas que me abriu desde então. Sou muito grata pelo seu convívio e constante incentivo por todos esses anos.

À Universidade Federal do Paraná e todo o corpo docente do Programa de Pós-graduação em Direito, pela oportunidade de integrar uma das mais prestigiosas instituições de ensino jurídico do país e pela qualidade e profundidade dos debates e leituras proporcionados ao longo do Curso. Em especial, agradeço ao Prof. Marcos Wachowicz, que me recebeu como aluna ouvinte antes mesmo de meu ingresso formal ao Programa de Doutorado, me apresentou ao universo dos estudos de Direito e novas tecnologias, e com quem partilhei algumas boas aventuras nas organizações do CODAIP. Agradeço, também, aos colegas do Programa de Pós-graduação em Direito, em especial aos “gedais” do Grupo de Estudos de Direito Autoral e Industrial, cujos ricos debates foram a inspiração para que eu encontrasse meu tema de pesquisa.

Aos Professores André de Carvalho Ramos e José Augusto Fontoura Costa, da prestigiosa Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, por honrarem-me ao aceitar o convite para integrar minha banca examinadora e dedicarem seu tempo e conhecimento na avaliação de meu trabalho.

Agradeço à Andersen Ballão Advocacia, em especial na pessoa do Dr. Wilson Andersen Ballão e à Karla, Augusto, Ivens e Wilson, por me abrirem às portas de um dos mais admirados escritórios do país e por terem valorizado minha trajetória acadêmica com uma

oportunidade na advocacia. Obrigada por confiarem em minha capacidade de conciliar os compromissos acadêmicos com as demandas do escritório e por toda o apoio à conclusão desta tese. Agradeço, também, a toda a equipe do Departamento Societário, pelo constante incentivo e pelo convívio diário sempre tão agradável.

Ao UNICURITIBA, pelos quase dez anos de docência que me proporcionou. Aos colegas professores que se tornaram amigos, em especial à Patrícia, por toda parceria ao longo desses anos. Aos alunos que sempre me receberam com carinho e abraçaram com entusiasmo meus projetos, por fazerem valer à pena.

Aos amigos de ontem, hoje e sempre, por compreenderem as ausências, as mensagens que não respondi, os encontros em que eu não fui e programas que desmarquei, e, ainda assim, estarem ao meu lado. Pelos momentos preciosos de descontração que por diversas vezes renovaram meu ânimo. Em especial, agradeço minhas queridas amigas Alice e Mariana, que além da amizade e apoio de sempre, também se dispuseram a auxiliar na revisão deste trabalho.

À minha família, por ser o meu grande alicerce, sempre. Em especial, à minha sogra Cristiane, por ser uma avó tão amorosa e repartir conosco os cuidados com a Júlia. Eu não teria sequer podido cogitar me aventurar em um Doutorado se não tivesse a segurança de sua disponibilidade constante para receber nossa menina de braços abertos. Ao meu irmão, por me dar tanto orgulho pela pessoa incrível que é e por todo carinho que – do seu jeitinho – sempre transmite para mim e para a Juju. Obrigada também por me permitir ser Doutora primeiro, afinal, eu sou mais velha, né?!

Aos meus pais, por serem pais e avós maravilhosos, pelo suporte e amor incondicionais, por estarem sempre disponíveis, me incentivarem, se doarem, serem generosos e companheiros. Por terem lido este trabalho com tanto carinho. Por sempre oferecerem o melhor, por tudo e por tanto, sempre. Eu jamais conseguirei expressar a gratidão que sinto pela família que tenho. À minha querida filha Júlia, por ser essa menina cheia de personalidade, divertida, carinhosa e companheira e por me fazer conhecer o maior amor do mundo e fazer dele minha grande motivação. Obrigada, também, por não ter desistido de mim, por ainda me querer por perto. Vamos brincar muito agora, eu prometo!

Por fim, Fernando: obrigada por me permitir investir muito mais do que imaginávamos nessa formação, por nunca questionar minha necessidade de dedicação a este projeto, por ter sido meu companheiro, meu suporte em todos os sentidos, por cuidar de tudo, tudo mesmo, inclusive de mim, por ter sido minha equipe, minha dupla, por ter encarado o meu desafio como também seu e por todo auxílio noite à dentro na revisão e formatação nesse desespero da reta final. Eu não teria conseguido sem você. Obrigada, meu amor.

RESUMO

A tese que ora se apresenta procura identificar qual o papel do Direito Internacional Público e do Direito Internacional Privado na regulação da Internet. Para isto, a tese emprega o método dedutivo de abordagem e, como teoria de base, a Análise Econômica do Direito, conduzindo a investigação em torno de cinco premissas fundamentais. A primeira, diz respeito a necessidade de regulação pública da Internet. Referida premissa mostra-se verdadeira pela percepção das falhas de mercado existentes no cenário digital e pelo equívoco fundamental da compreensão da Internet como um espaço livre para interações humanas, tendo em vista a artificialidade da tecnologia e a dependência de suas funcionalidades de fontes privadas de normatividade, como as grandes empresas de tecnologia. A segunda premissa é a de que as diferenças pelas quais Internet e Direito consideram o território geográfico prejudicam as capacidades regulatórias dos Estados soberanos. Referida premissa é parcialmente confirmada, a partir do exame das características da tecnologia e da forma como o Direito Internacional Público e o Direito Internacional Privado encaram os conceitos de jurisdição. Observa-se, porém, que os Estados têm encontrado meios para disciplinar a Internet a despeito de sua indiferença à geografia. A terceira premissa é a de que a regulação da Internet pelos Estados soberanos é ineficiente e prejudica o bem-estar global, o que também é parcialmente confirmado, especialmente numa perspectiva descritiva do comportamento dos Estados, evidenciando suas tendências oportunistas que impedem uma cooperação internacional. A quarta premissa é a de que uma regulação uniforme para a Internet pode ser possível, o que se mostra acertado quando se cogita a possibilidade de uma uniformização espontânea movida por forças do mercado, ainda que não abarcada por instrumentos formais de Direito. Contudo, aponta-se que os resultados dessa uniformização espontânea podem ser nocivos, ao mesmo tempo em que se demonstra a implausibilidade da construção de um Direito uniformizado a partir de um debate consciente e democrático entre os diferentes atores do sistema internacional. A quinta premissa, então, é a de que existem alternativas à uniformização, e a tese passa a examinar como uma perspectiva confluyente do Direito Internacional Público e do Direito Internacional Privado pode permitir uma coordenação da regulação da Internet pelos Estados soberanos de modo a garantir o respeito à pluralidade de valores e culturas, bem como às diferenças socioeconômicas existentes entre os Estados, sem sacrificar a liberdade na Internet e os benefícios da tecnologia na condução de um diálogo intercultural. O que se conclui, portanto, é que o Direito Internacional Público e o Direito Internacional Privado possuem um papel complementar, devendo ser compreendidos como parte de um único sistema e pautarem-se, em especial, no norte valorativo do Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH) na construção de uma regulação descentralizada e coerente para a Internet. A relevância da análise advém dos desafios jurisdicionais trazidos pela tecnologia, que, ao contrário do Direito, por padrão, funciona de maneira indiferente aos limites geográficos. Se em um primeiro momento isso fez com que a Internet parecesse impassível de regulação pelos Estados soberanos, na atualidade o que se testemunha é a incidência simultânea de normas provenientes de diversos sistemas jurídicos, disciplinando as relações que acontecem no ambiente digital muitas vezes de maneira conflitante, o que gera riscos tanto à eficiência das regulações estatais quanto à promoção da liberdade e da concorrência no mercado digital.

Palavras-chave: Internet. Jurisdição. Direito Internacional Público. Direito Internacional Privado. Análise Econômica do Direito.

ABSTRACT

The thesis presented here seeks to identify the role of Public International Law and Private International Law in the regulation of the Internet. To this end, the thesis employs the deductive method of approach and, as a basic theory, the Economic Analysis of Law, conducting the investigation around five fundamental premises. The first is the need for public regulation of the Internet. This premise is true due to the perception of market failures in the digital scenario and the fundamental misunderstanding of the Internet as a free space for human interactions, given the artificiality of the technology and the dependence of its functionalities on private sources of normativity, such as large technology companies. The second premise is that the differences in the way Internet and Law consider geographic territory hinder the regulatory capacities of sovereign states. This premise is partially confirmed by examining the characteristics of technology and how public international law and private international law view the concept of jurisdiction. It is observed, however, that States have found ways to discipline the Internet despite their indifference to geography. The third premise is that the regulation of the Internet by sovereign states is inefficient and harms global welfare, which is also partially confirmed, especially from a descriptive perspective of states' behavior, highlighting their opportunistic tendencies that hinder international cooperation. The fourth premise is that a uniform regulation for the Internet may be possible, which proves to be correct when one considers the possibility of a spontaneous standardization driven by market forces, even if not covered by formal legal instruments. However, it is pointed out that the results of this spontaneous standardization can be harmful, at the same time demonstrating the implausibility of the construction of a standardized Law based on a conscious and democratic debate between the different actors of the international system. The fifth premise, then, is that there are alternatives to standardization, and the thesis goes on to examine how a confluent perspective of Public International Law and Private International Law can allow for a coordination of Internet regulation by sovereign states so as to guarantee respect for the plurality of values and cultures, as well as for the socioeconomic differences existing among states, without sacrificing Internet freedom and the benefits of technology in conducting an intercultural dialogue. The conclusion, therefore, is that public international law and private international law have a complementary role and should be understood as part of a single system, and be guided, especially, by the values of International Human Rights Law in the construction of a decentralized and coherent regulation of the Internet. The relevance of the analysis stems from the jurisdictional challenges brought about by technology, which, unlike law, by default operates indifferently to geographical limits. If at first this made the Internet seem impassable to regulation by sovereign states, today the scenario is market by the simultaneous incidence of rules from different legal systems, regulating the relationships that take place in the digital environment often in conflict, which generates risks both to the efficiency of state regulations and the promotion of freedom and competition in the digital market.

Keywords: Internet. Jurisdiction. Public International Law. Private International Law. Economic Analysis of Law.

LISTA DE FIGURAS

FIGURA 1 - Cartoon de Peter Steiner (The New Yorker, 1993).....	65
FIGURA 2 – Governança Algorítmica.....	70
FIGURA 3 - Registros Regionais da Internet.....	110
FIGURA 4 – Cabos de fibra óptica submarinos.....	115
FIGURA 5 – Como funciona a Internet	117
FIGURA 6 – Dilema do Prisioneiro	159
FIGURA 7 – Mapa de Remoção de conteúdos do Facebook.....	171
FIGURA 8 - Diferentes preferências estatais para a moderação de conteúdo	174
FIGURA 9 – Dificuldades contratuais: oportunismo e racionalidade limitada.....	214
FIGURA 10 – Escada de flexibilidade	279
FIGURA 11 – Lógica sequencial do DIPRI.....	281
FIGURA 12 – Escala Móvel (Caso Zippo)	299

LISTA DE GRÁFICOS

GRÁFICO 1 – Participação das plataformas de busca no mercado global	56
GRÁFICO 2 – Redes sociais mais populares do mundo em 2022	59
GRÁFICO 3 - Pedidos de dados telemáticos feitos aos EUA por meio do MLAT	178
GRÁFICO 4 – Motivos para o não atendimento da solicitação feita via MLAT.....	179

LISTA DE TABELAS

TABELA 1 – Sede das 10 maiores empresas digitais (conforme faturamento em 2021)..... 119

LISTA DE ABREVIATURAS OU SIGLAS

ACLU	- <i>American Civil Liberties Union</i>
ADC	- Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADI	- Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	- Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AED	- Análise Econômica do Direito
AfriNIC	- <i>African Network Information Centre</i>
APNIC	- <i>Asia-Pacific Network Information Centre</i>
ARIN	- <i>American Registry for Internet Numbers</i>
ARPA	- <i>Advanced Research Projects Agency</i>
Assespro	- Associação das Empresas Brasileiras de Tecnologia da Informação
BBC	- <i>British Broadcasting Corporation</i>
CcTLD	- <i>Country code top level domain</i>
CDA	- <i>Communications Decency Act</i>
CGI.br	- Comitê Gestor da Internet no Brasil – CGI.br
CIDIP	- Conferências interamericanas sobre Direito Internacional Privado
CIJ	- Corte Internacional de Justiça
CNIL	- <i>Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés</i>
CPA	- Corte Permanente de Arbitragem
CPJI	- Corte Permanente de Justiça Internacional
CSP	- <i>Content Service Provider</i>
DUDH	- Declaração Universal dos Direitos Humanos
DIDH	- Direito Internacional dos Direitos Humanos
DIPRI	- Direito Internacional Privado
DIP	- Direito Internacional Público
DNS	- <i>Domain Name System</i>
DPO	- <i>Data Protection Officer</i>
DRCI	- Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional
EUA	- Estados Unidos da América
FBI	- <i>Federal Bureau of Investigation</i>
GPS	- <i>Global Positioning System</i>
HTML	- <i>HyperText Markup Language</i>

HTTP	- <i>Hypertext Transfer Protocol</i>
IANA	- <i>Internet Assigned Numbers Authority</i>
ICANN	- <i>Internet Corporation for Assigned Names and Numbers</i>
IP	- <i>Internet Protocol</i>
ISP	- <i>Internet Service Provider</i>
ITU	- <i>International Telecommunication Union</i>
LACNIC	- <i>Latin American and Caribbean Internet Address</i>
LGBTQIA+	- Lésbicas, gays, bissexuais, transgêneros, <i>queer</i> , intersexo, assexual e demais
LGPD	- Lei Geral de Proteção de Dados
LICRA	- <i>Ligue Contre La Racisme Et L'Antisemitisme</i>
MERCOSUL	- Mercado Comum do Sul
MJSP	- Ministério da Justiça e Segurança Pública
MLAT	- Acordo de Assistência Judiciária Mútua em Matéria Penal
MP	- Medida Provisória
NEI	- Nova Economia Institucional
NetzDG	- <i>Netzwerkdurchsetzungsgesetz</i>
NFTs	- <i>Non-Fungible Tokens</i>
NIC.br	- Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR
NIR	- <i>National Internet Registries</i>
NSA	- <i>National Security Agency</i>
NSF	- <i>National Science Foundation</i>
OCDE	- Organização para Cooperação e Desenvolvimento
OEA	- Organização dos Estados Americanos
OECD	- <i>Organisation for Economic Co-operation and Development</i>
OMC	- Organização Mundial do Comércio
OMPI	- Organização Mundial da Propriedade Intelectual
ONU	- Organização das Nações Unidas
PET	- Petição
PwC	- <i>PricewaterhouseCoopers</i>
RGPD	- Regulamento Geral de Proteção de Dados
RIPE NCC	- <i>Réseaux IP Européens Network Coordination Centre</i>
RIR	- <i>Regional Internet Registries</i>
STF	- Supremo Tribunal Federal
STJ	- Superior Tribunal de Justiça

TCP/IP	- <i>Internet Protocol Suite</i>
TJUE	- Tribunal de Justiça da União Europeia
TLD	- <i>Top Level Domain</i>
TSE	- Tribunal Superior Eleitoral
UCC	- <i>Uniform Commercial Code</i>
UE	- União Europeia
UEJF	- <i>Union des Etudiants Juifs de France</i>
UN	- <i>United Nations</i>
UNCITRAL	- <i>United Nations Commission on International Trade Law</i>
UNESCO	- <i>United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization</i>
UNIDROIT	- <i>International Institute for the Unification of Private Law</i>
URL	- <i>Uniform Resource Locator</i>
URSS	- União das Repúblicas Socialistas Soviéticas
VPN	- <i>Virtual Private Network</i>
WWW	- <i>World Wide Web</i>
WSIS	- <i>World Summit on the Information Society Forum</i>

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	16
2 AS JUSTIFICATIVAS ECONÔMICAS, JURÍDICAS E DEMOCRÁTICAS PARA A REGULAÇÃO DA INTERNET	27
2.1 BREVES ESCLARECIMENTOS METODOLÓGICOS QUANTO À ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO (AED)	30
2.1.1 PRESSUPOSTOS GERAIS DA AED	31
2.1.2 PRESSUPOSTOS DA AED APLICADOS AO DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO (DIP)	35
2.1.3 PRESSUPOSTOS DA AED APLICADOS AO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO (DIPRI)	37
2.1.4 A BUSCA PELO BEM-ESTAR GLOBAL	40
2.2 A IMPORTÂNCIA ECONÔMICA DAS TRANSAÇÕES VIRTUAIS	41
2.3 O CÓDIGO É A LEI	45
2.4 AS FALHAS DE MERCADO PRESENTES NA INTERNET	51
2.4.1 MONOPÓLIOS	54
2.4.2 A INFORMAÇÃO COMO UM BEM COLETIVO	59
2.4.3 INFORMAÇÕES ASSIMÉTRICAS	62
2.4.4 O PROBLEMA DA DESINFORMAÇÃO E A IMPORTÂNCIA DA CONFIANÇA NA INTERNET	66
2.5 GOVERNANÇA ALGORÍTMICA E AMEAÇA DEMOCRÁTICA	69
2.6 O CÓDIGO NÃO PODE SER A ÚNICA LEI	75
3 A (DES)IMPORTÂNCIA DO TERRITÓRIO: PARA O DIP, PARA O DIPRI E PARA A INTERNET	80
3.1 TERRITORIALIDADE E JURISDIÇÃO	83
3.1.1 JURISDIÇÃO TERRITORIAL E A CONVERGÊNCIA DO DIP E DO DIPRI	85
3.1.2 JURISDIÇÃO EXTRATERRITORIAL E A COMPLEMENTARIEDADE DO DIPRI AO DIP	89
3.1.3 A NACIONALIZAÇÃO DO DIPRI E SUA SEPARAÇÃO DO DIP	96
3.1.4 DESAFIOS DO MUNDO DIGITAL	102
3.2 ONDE FICA A INTERNET?	104
3.2.1 A GOVERNANÇA TÉCNICA DA INTERNET	107
3.2.2 O TRÁFEGO DA INTERNET	113

3.3 TODOS OS CAMINHOS LEVAM AO VALE DO SILÍCIO	118
3.4 A GEOLOCALIZAÇÃO E O SURGIMENTO DE FRONTEIRAS NA INTERNET	122
3.5 A BALKANIZAÇÃO DA INTERNET	129
<u>4 OS RESULTADOS TRÁGICOS DA FALTA DE COOPERAÇÃO INTERNACIONAL NA REGULÇÃO DA INTERNET</u>	<u>133</u>
4.1 OS CUSTOS DAS DIFERENÇAS NORMATIVAS	136
4.2 MEDIDAS PARA IMPOSIÇÃO EXTRATERRITORIAL DAS NORMAS DOMÉSTICAS	144
4.2.1 BLOQUEIO DE PLATAFORMAS	146
4.2.2 OBRIGAÇÃO DE INDICAÇÃO DE REPRESENTANTE LOCAL	151
4.2.3 RESPONSABILIZAÇÃO DAS SUBSIDIÁRIAS LOCAIS	153
4.3 O DILEMA DO PRISIONEIRO E A TRAGÉDIA DAS POSTURAS NÃO COOPERATIVAS	157
4.3.1 A TRAGÉDIA DOS ANTI-COMUNS E A INTERNET COMO “TERRA DE NINGUÉM”	160
4.3.2 A TRAGÉDIA DOS COMUNS E A INTERNET COMO “A TERRA DE TODOS”	168
4.4 CONSTRUINDO UMA ESTRATÉGIA DE COOPERAÇÃO	175
4.4.1 A ESTRATÉGIA DA RECIPROCIDADE NO JULGAMENTO DA ADC 51 PELO STF	177
4.4.2 PROMOVEDO A COOPERAÇÃO: DIPRI VS. DIREITO UNIFORME	182
<u>5 A PERSPECTIVA DE UM DIREITO UNIFORME PARA A INTERNET</u>	<u>185</u>
5.1 A EMERGÊNCIA DE UM DIREITO UNIFORME A PARTIR DAS NORMATIVAS EUROPEIAS	187
5.1.1 O EFEITO BRUXELAS	190
5.1.2 CONSEQUÊNCIAS DO EFEITO BRUXELAS	194
5.1.3 A ESCOLHA DOS PARÂMETROS EUROPEUS E OS LIMITES MORAIS DO MERCADO	197
5.2 UM DIREITO UNIFORMIZADO PARA A INTERNET E O CONSTITUCIONALISMO INTERNACIONAL.	201
5.3 OS CUSTOS DE TRANSAÇÃO EM UMA UNIFORMIZAÇÃO DA REGULÇÃO DA INTERNET PELO DIP	205
5.3.1 RACIONALIDADE LIMITADA DOS ESTADOS E CONFLITOS DE AGÊNCIA	209
5.3.2 OPORTUNISMO E DESIGUALDADE DO SISTEMA INTERNACIONAL	213
5.3.3 EXTERNALIDADES DE REDE, MUDANÇAS TECNOLÓGICAS E A ADAPTABILIDADE DO DIP	219
5.3.4 OS CUSTOS DE APLICAÇÃO (ENFORCEMENT) DAS NORMAS UNIFORMIZADORAS DE DIP	222
5.4 O PAPEL DO DIP NA HARMONIZAÇÃO DA REGULÇÃO DA INTERNET	226

<u>6 O PAPEL CONFLUENTE DO DIP E DO DIPRI NA CONSTRUÇÃO DE UM</u>	
<u>DIÁLOGO INTERCULTURAL PARA A REGULACÃO DA INTERNET</u>	<u>233</u>
6.1 UMA CONSTITUIÇÃO PARA A INTERNET	235
6.1.1 OS VALORES SUBSTANCIAIS PARA A INTERNET E O PAPEL DO DIDH	236
6.1.2 ADJUDICAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS E O PAPEL DAS CORTES NACIONAIS	242
6.1.3 A EFICÁCIA HORIZONTAL DO DIDH	244
6.1.4 VALORES ESTRUTURAIS E O PAPEL DO DIPRI	246
6.2 A CONFLUÊNCIA DO DIP E DO DIPRI	252
6.3 COOPERAR OU NÃO COOPERAR, EIS A QUESTÃO: O MÉTODO DO DIPRI	261
6.4 JUSTIÇA SISTÊMICA E AS NORMAS DE DIPRI PARA A INTERNET	268
6.4.1 JUSTIÇA DE CONFLITO E JUSTIÇA MATERIAL: O DEBATE DA REVOLUÇÃO AMERICANA	268
6.4.2 O VIÉS DO FORO	272
6.4.3 JUSTIÇA SISTÊMICA	276
6.5 AS NORMAS DE DIPRI PARA A INTERNET	278
6.5.1 A PROTEÇÃO ÀS LEGÍTIMAS EXPECTATIVAS DAS PARTES E A PREVISIBILIDADE	280
6.5.2 “EU (NÃO) LI E ACEITO OS TERMOS DE SERVIÇO”: LIMITES A AUTONOMIA PRIVADA	287
6.5.3 TESTE DOS EFEITOS E O DOMICÍLIO DOS USUÁRIOS	293
6.5.4 UM TESTE DE PROXIMIDADE PARA A INTERNET	296
6.6 LIMITES AO DIPRI: A RESERVA DE ORDEM PÚBLICA E O DIDH	304
<u>7 CONCLUSÕES</u>	<u>311</u>
7.1 SUGESTÕES PARA ESTUDOS FUTUROS	321
<u>REFERÊNCIAS</u>	<u>323</u>

1 INTRODUÇÃO



Apesar de sua tenra idade e pequena intimidade com o universo da pesquisa acadêmica, o personagem Armandinho, célebre nas redes sociais por suas sagazes constatações, soube muito bem sintetizar o maior desafio enfrentado pelos pesquisadores na atualidade. Com a Internet, a informação não se pauta mais pela lógica econômica da escassez. Ao contrário, o mundo contemporâneo é marcado pela abundância informacional e encontrar respostas tornou-se muito mais simples do que em outros tempos. Até mesmo no período em que esta tese de doutoramento foi redigida (2019-2023), marcado pela pandemia de Covid-19 e pelas necessidades de isolamento social e suspensão de viagens internacionais, os grandes acervos do mundo todo permaneceram disponíveis ao alcance de um clique.

A maior dificuldade da pesquisa acadêmica contemporânea, portanto, não é encontrar as respostas, mas ter clareza quanto ao que se pergunta. Delimitar o que – afinal - se quer saber quando se inicia uma investigação científica é crucial para não cometer o mesmo erro de Alice, no País das Maravilhas, e se ver sem um caminho a seguir².

Esta introdução, assim, procura estabelecer a pergunta que a tese pretende responder, bem como aclarar, desde logo, quais as perguntas que a tese não pretende responder, demarcando as fronteiras dentro das quais o esforço acadêmico ora realizado deve ser compreendido.

O esforço para demarcar fronteiras, casualmente, condiz com o objeto de estudo deste trabalho. O problema sobre o qual se debruça a tese é o da contradição existente entre um mundo

¹ BECK, Alexandre. **Tirinhas de Armandinho**. Disponível em: <https://tirasarmandinho.tumblr.com/>. Acesso em: 10 abr. 2022.

² “Gatinho de Cheshire”, começou, um pouco tímida, pois não sabia se gostaria de ser chamado assim. O gato, no entanto, abriu ainda mais o sorriso. “Até aqui tudo bem, ele parece satisfeito”, pensou Alice, prosseguindo: “Poderia, por gentileza, me dizer para onde devo ir?” “Isso depende de onde quer chegar”, respondeu o Gato. “Tanto faz...”, disse Alice. “Então, qualquer caminho serve”. (CARROLL, Lewis. **Alice no País das Maravilhas**: classic edition. Rio de Janeiro: Darkside books, 2019, p. 89).

organizado e dividido a partir de limites geográficos e o funcionamento da Internet, que, por padrão, independe da geografia.

A existência desta contradição e a necessidade de disciplinar as interações sociais que acontecem em meios digitais apresentaram-se, em um primeiro momento, como um desafio à capacidade regulatória dos Estados soberanos. Inobstante, após um período de perplexidade inerte dos Estados diante da rede mundial de computadores, seguiu-se uma corrida regulatória em que cada Estado passou a discipliná-la conforme os seus interesses e a buscar meios para garantir a observância de suas leis, inclusive de modo extraterritorial. Na atualidade, há uma multiplicidade de normas jurídicas nacionais, muitas vezes com conteúdo contraditório, que pretendem simultaneamente regular a Internet, tanto no que diz respeito à disciplina das interações privadas que acontecem *online*, como também para promover questões relevantes de interesse coletivo.

A coexistência dessas normas torna possível que um mesmo agente, ao atuar na Internet, veja-se obrigado por uma lei de um Estado a fazer algo que a lei de outro Estado – que também lhe é aplicável – proíbe. É o que acontece, por exemplo, quando uma determinada lei nacional proíbe a veiculação de certo conteúdo por meio da Internet e um determinado tribunal doméstico solicita sua remoção a uma plataforma que também é acessada em outros Estados, nos quais a retirada do mesmo conteúdo é vista como afronta à liberdade de expressão. É o que ocorre, também, quando um determinado Estado ordena a uma plataforma digital que disponibilize determinadas informações sobre seus usuários, informações estas cuja divulgação não é permitida pela lei do Estado de sede das empresas que comandam tais plataformas. Situações como essas se tornaram corriqueiras e tensionam cânones fundamentais tanto do Direito Internacional Público (DIP) quanto do Direito Internacional Privado (DIPRI), sobretudo em torno das noções de jurisdição.

Os desafios jurisdicionais trazidos pela Internet já têm sido enfrentados no meio jurídico há quase três décadas. Em estudo que será pormenorizado no decorrer do trabalho, a *Internet & Jurisdiction Policy Network* demonstrou a amplitude da produção acadêmica já existente quanto ao tema. A entidade, contudo, destacou que a maior parte dos trabalhos acadêmicos que discutem a problemática da Internet sob o prisma jurisdicional o faz a partir de contextos específicos de Direito material, existindo uma lacuna na produção científica destinada a analisar as questões jurisdicionais que emergem da Internet enquanto um tema *per se*, promovendo uma discussão que abarque os desafios semelhantes que emergem em diferentes contextos (do combate aos crimes cibernéticos à proteção da propriedade intelectual;

dos pedidos de reparação civil em casos de difamação à moderação de conteúdo disponibilizado por plataformas digitais; da proteção de dados pessoais à proteção de consumidores).

A tese se propõe a contribuir para esta discussão meta-nível, visando a analisar o estado da arte das questões jurisdicionais que circundam a Internet e impactam diversas áreas do Direito. A amplitude do debate, porém, não deve obscurecer que o foco do trabalho não é encontrar a resposta certa para os problemas regulatórios que emergem da Internet, mas sim entender os desafios jurisdicionais trazidos pela ferramenta no enfrentamento destes problemas pelos Estados soberanos, identificando qual deve ser o papel do DIP e do DIPRI na sua solução.

O trabalho proposto nestas linhas, então, é o de identificar o que cabe ao DIP e o que cabe ao DIPRI na regulação da Internet. Assim, em uma nova referência aos esforços de demarcação territorial, a tese se propõe a identificar os limites a cada um destes ramos do Direito e apontar as zonas fronteiriças existentes na proximidade de tais limites.

Como regra geral, os estudos de Direito Internacional traçam uma linha muito clara entre o DIP e o DIPRI. A origem do DIP moderno remete à Paz de Westfália, com a celebração dos tratados de Münster e Osnabrück, que, em 1648, encerraram a Guerra dos Trinta Anos. Esses tratados são fundantes do conceito de Estado moderno, baseado na noção de soberania e de repartição territorial da jurisdição.

De tal maneira, o DIP, em sua acepção clássica, foi definido como o conjunto de normas, de natureza costumeira ou convencional, que regula a sociedade internacional, tradicionalmente entendida como uma sociedade formada por Estados igualmente soberanos. Como decorrência da igualdade soberana dos Estados, estabeleceu-se como um princípio geral do DIP que cada Estado estaria incumbido de dizer o Direito (prescrevendo normas, aplicando-as e solucionando disputas) dentro de seus limites territoriais. A prescrição de normas destinadas a regulação de circunstâncias ocorridas alhures seria permitida, desde que sua aplicação fosse restrita ao território. Dessa forma, sob a perspectiva clássica do DIP, pode-se inquirir se o fato de uma norma estrangeira influir sobre o conteúdo da Internet de outros Estados, sem que estes tenham assim consentido, pode ser considerada um desrespeito aos princípios basilares da igualdade soberana e da não-intervenção.

O DIPRI, por sua vez, toma como pressuposto a divisão do espaço geográfico em diferentes Estados, que são soberanos, independentes e cada qual tem o seu próprio Direito. Inobstante, são também pressupostos do DIPRI a mobilidade humana e a possibilidade de ocorrência transfronteiriça de relações jurídicas que, assim, se conectam simultaneamente a mais de um sistema jurídico estatal. Para as finalidades desta pesquisa, o DIPRI deve ser compreendido como o ramo do Direito encarregado de coordenar a pluralidade normativa

decorrente da existência de diferentes sistemas jurídicos territoriais e de fatos sociais transnacionais, conectados simultaneamente a mais de um destes sistemas.

É bem verdade que o DIPRI é, na atualidade, ramo do Direito nacional, regulado de forma particularizada por cada Estado-soberano. Assim, não há no mundo um DIPRI, mas vários, e essa fragmentariedade nacionalista obscureceu as raízes comuns que ligam o DIPRI ao DIP. A proposta da tese, porém, envolve resgatar, sob uma perspectiva teórica, a convergência existente entre o DIP e o DIPRI, de modo que o trabalho não faz qualquer esforço descritivo de um DIPRI particular. Ainda, a tese filia-se a perspectiva monista internacionalista que defende a unidade entre o Direito Interno e o DIP, e entende que o DIPRI atua como uma ferramenta para a coexistência dos diferentes sistemas domésticos em uma espécie de ordem jurídica internacional descentralizada, como será mais bem explanado ao longo do trabalho. Dessa forma, os métodos e técnicas do DIPRI para endereçar a pluralidade normativa oriunda do ambiente digital serão propostos e comparados de maneira independente da adoção de um determinado Direito positivo nacional como referencial.

A divergência teórica sobre os temas que compõem o objeto do DIPRI não é enfrentada por esta tese. Por uma mera questão de recorte, sustenta-se que ao DIPRI cabe, diante de um litígio causado por um fato social conectado a mais de um sistema jurídico, identificar: (i) a jurisdição para solucionar o litígio; (ii) o Direito material para determinar a adequada alocação de direitos e obrigações no caso concreto; e (iii) as medidas de cooperação jurídica internacional para realização de atos no curso do processo, bem como para a execução da decisão judicial proferida, garantindo que a alocação de direitos determinada pela jurisdição competente, com base no Direito aplicável, realize-se de forma concreta.

Observa-se que tais questões têm sido alvo de atenção na ciência do Direito há pelo menos 700 anos, sendo que a existência de relações jurídicas transnacionais sujeitas a um conflito de leis precede em muito à Internet. Contudo, por muito tempo, o DIPRI e suas técnicas foram concebidos como ferramentas para desenovelar situações excepcionais, geralmente de ordem privada, que ousavam escapar dos limites territorialmente impostos ao Direito. Não por acaso, a disciplina era tida como acessória nos cursos de Direito, e as disposições de DIPRI, não raro, vistas como mera curiosidade jurídica, de menor importância diante da excepcionalidade com a qual viriam a ser efetivamente aplicadas.

Com a profunda penetração da Internet no tecido social contemporâneo, a natureza transfronteiriça dos debates jurídicos tornou-se a regra e não a exceção. Ressalve-se que, alguns autores, diante de conflitos jurisdicionais que envolvem premissas de Direito Público, têm

utilizado a locução jurisdição prescritiva para diferenciar tais situações das perspectivas clássicas de conflitos de leis em casos privados, excluindo-as do escopo do DIPRI.

A noção de jurisdição prescritiva encampa uma das modalidades de jurisdição no DIP, ao lado da jurisdição adjudicativa e da jurisdição de execução. Esses conceitos serão mais bem delineados no decorrer da tese, mas vale ressaltar que esta pesquisa entende que não há justificativa para a exclusão das questões regulatórias de Direito Público do escopo do DIPRI, que se preocupa em analisar as normas que coordenam a pluralidade normativa, qualquer que seja a natureza dessa pluralidade. Em verdade, como se verá, esta pesquisa entende que é precisamente nos debates regulatórios sobre a Internet que o DIPRI deve assumir o papel de protagonista.

Não obstante, diante da complexidade que permeia as soluções do DIPRI, por vezes tem se argumentado que uma solução ideal para a regulação da Internet seria discipliná-la de maneira uniforme internacionalmente, por meio de um instrumento de DIP. Essa proposição acompanha uma sensível mudança nas normas de DIP com o passar do tempo, sobretudo a partir do reconhecimento da existência de novos sujeitos na sociedade internacional, como as organizações internacionais e os indivíduos. A emergência de questões regulatórias com natureza transfronteiriça - tais como as discussões ambientais, as violações de direitos humanos que, por vezes, ensejam o deslocamento forçado de pessoas e, no que interessa a esta tese, os debates sobre regulação da Internet - também é uma das grandes razões para as mudanças na essência do DIP.

Assim, embora os tratados sinalagmáticos entre os Estados continuem sendo parte importante da disciplina, ao menos desde a Segunda Guerra Mundial, grande parte dos esforços do DIP tem se firmado em torno da definição de balizas globais para os Estados na gestão de seus próprios sistemas jurídicos internos. Muito se fala, neste contexto, sobre a emergência de um constitucionalismo internacional, pautado sobretudo no Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH), visto que este sub-ramo do DIP de fato tem a pretensão de limitar os poderes estatais internos, mimetizando, em escala internacional, os primeiros debates influenciados pelas revoluções liberais para o reconhecimento de direitos fundamentais em âmbito doméstico. Trazendo essa discussão para o contexto da regulação da Internet, há quem defenda a necessidade de uma espécie de Constituição global para disciplinar as relações travadas em meios digitais.

O que se nota, portanto, é que a pluralidade normativa existente sobre a Internet e os impactos de tal pluralidade às múltiplas jurisdições são questões que apontam a uma confluência entre o DIP e o DIPRI, borrando as linhas divisórias entre as duas disciplinas e

sugerindo a necessidade de abordá-las de forma integrada, como será explorado ao longo do trabalho.

Destaca-se que a tese também procura diferenciar-se da vasta literatura já produzida quanto aos desafios jurisdicionais da Internet pelo método em relação ao qual este objeto de estudo é examinado: o da Análise Econômica do Direito (AED). Esclarece-se que a AED é empregada neste trabalho como a teoria de base em suporte à construção de um raciocínio lógico pautado na metodologia dedutiva de abordagem científica. Por meio das ferramentas analíticas da juseconomia, a tese busca compreender os efeitos da pluralidade normativa incidente sobre a Internet e as soluções alternativas para os conflitos que emergem desta pluralidade.

O estudo, assim, faz uso de conceitos, teorias e técnicas da ciência econômica, os quais são explanados sobretudo no segundo capítulo, mas também no decorrer do trabalho e na medida em que forem apresentados. A escolha do método econômico justifica-se pelo pragmatismo das ferramentas analíticas da economia que possibilitam uma compreensão das implicações fáticas das diferentes escolhas normativas.

A lógica da economia do bem-estar conduz o debate, entendendo que o objetivo da regulação da Internet deve ser o de contribuir ao aumento do bem-estar global. A disposição é tida por incontroversa, até mesmo porque se optou por não especificar as métricas de bem-estar. Isto se mostra possível também porque a pesquisa não procurará definir o conteúdo material de uma norma destinada a regular a Internet e não estabelecerá quais as obrigações e direitos devem recair sobre usuários e intermediários, não aprofundando, portanto, as discussões sobre quais os valores que devem ser privilegiados pelos esforços regulatórios. A tese, em sua proposta de contemplar os desafios jurisdicionais como um tema em si, limita-se a aclarar o que deve ser respondido pelo DIP e o que deve ser respondido pelo DIPRI e como tais ramos do Direito podem trazer as respostas que lhes competem.

Inobstante, reconhecendo a impossibilidade de neutralidade do pesquisador, permitiram-se duas exceções quanto à indeterminação substantiva da noção de bem-estar global. A primeira diz respeito ao reconhecimento de que as transações econômicas celebradas pela Internet e a inovação trazida pelas novas tecnologias podem contribuir positivamente para o aumento do bem-estar global, razão pela qual devem – salvo quando comprovadamente contraproducentes – ser estimuladas. Esse reconhecimento mostra-se necessário para estabelecer que a complexidade regulatória, a insegurança sobre o Direito aplicável e um aumento excessivo dos custos para a conformidade regulatória - problemas emergentes da

multiplicidade de Direitos domésticos que regulam de forma diferente os meios digitais - são vistos, de maneira geral, como ineficiências que merecem ser corrigidas.

A correção de tais ineficiências, no entanto, jamais poderá prevalecer sobre a dignidade da pessoa humana e os valores democráticos. Dessa maneira, especialmente diante das ameaças trazidas por alguns aspectos do funcionamento das redes digitais à democracia e diante da constatação do papel da Internet na corrosão de consensos fundamentais – na seara da política, da ciência e do Direito – a tese não poderia esquivar-se de apontar que o aumento no bem-estar global perpassa, necessariamente, pela garantia de que certos valores humanos são inegociáveis.

Esse reconhecimento, no entanto, não contraria a utilização do método da AED, visto que o método busca mensurar a relação entre meios e fins, quaisquer que sejam os fins. Assim, o emprego da AED permitiu compreender, de maneira geral, o papel do DIP e do DIPRI na regulação da Internet e, de maneira específica, auxiliar a testar a veracidade de cada uma das cinco premissas que conduziram a pesquisa.

O percurso investigativo da tese foi, então, orientado em torno destas premissas, que foram analisadas, uma a uma, nos cinco distintos capítulos em que se dividiu o desenvolvimento do trabalho.

a) Primeira Premissa: A regulação pública da Internet é necessária.

A primeira premissa em que se assenta este estudo é a de que alguma forma de regulação pública da Internet é necessária. Para confirmar ou refutar essa premissa, revisita-se a tese - propagada por alguns entusiastas da tecnologia, especialmente nos primórdios de sua utilização comercial, nos anos 1990 - de que a autorregulação seria suficiente para aplacar a necessidade de disciplina da rede. A incursão nesse debate é um pressuposto necessário à tese, já que se o que se pretende é examinar o papel a ser preenchido pelo DIP e pelo DIPRI na regulação da Internet, faz-se necessário, em primeiro lugar, afastar a pressuposição de que o Direito como um todo não teria qualquer papel no ciberespaço.

A título de esclarecimento metodológico, a análise se inicia com a apresentação de alguns dos postulados fundamentais da AED, que serão empregados ao longo de todo o trabalho. Longe de procurar explorar o longo debate teórico e a evolução da AED como escola de pensamento, essa incursão teórica visa apenas e tão somente a esclarecer alguns conceitos instrumentais à tese, como a ideia da escassez de recursos, a teoria da escolha racional, os debates sobre custos de transação e a compreensão das instituições como incentivos às escolhas

humanas. Nesse primeiro momento, também são apresentadas considerações gerais e preliminares quanto à aplicação dos pressupostos metodológicos da AED ao DIP e ao DIPRI, tendo em vista que serão esses os ramos do Direito mais detalhadamente examinados com a ajuda dos fundamentos econômicos.

Na sequência, a tese contribui com a discussão sobre a necessidade de regulação da Internet ao, por meio da AED, expor as falhas de mercado que permeiam o universo digital e, portanto, demandam uma intervenção corretiva por instrumentos de Direito. Ademais, discorre-se sobre os problemas políticos e democráticos que vêm sendo causados por alguns modelos de negócio digitais – sobretudo as redes sociais – os quais também justificam a necessidade de uma regulação pública.

A análise reconhece a existência de uma regulação privada sobre a Internet, composta pelo código de sua programação e pelos termos de serviço das grandes plataformas digitais, mas aponta para sua insuficiência diante da falta de *accountability* das fontes privadas de normatividade. Assim, a necessidade de complementar a regulação pelo código por uma regulação pautada no interesse coletivo a partir dos Estados soberanos conduz a tese à sua segunda premissa.

b) Segunda Premissa: A Internet e o Direito diferem fundamentalmente quanto a importância do território geográfico, o que desafia as capacidades regulatórias dos Estados soberanos.

A segunda premissa examinada pela tese diz respeito a pretensa inconciliabilidade da Internet com o Direito estatal, em razão das diferenças pelas quais ambos encaram o território geográfico. Dentro deste contexto, mostra-se salutar explorar a noção de jurisdição e como este conceito se entrelaça com a ideia de territorialidade no DIP e no DIPRI. Para isso, a tese reconstrói o percurso histórico do DIP e do DIPRI em torno das noções de territorialidade e extraterritorialidade, até chegar ao momento da separação das duas disciplinas, fruto de circunstâncias teóricas e práticas do Século XIX. A pesquisa também enfatiza as dificuldades de conciliar estes conceitos com as situações jurídicas que acontecem em meios digitais.

Na sequência, o trabalho analisa alguns conceitos técnicos fundamentais para o funcionamento da Internet, tanto no que diz respeito à sua governança técnica – realizada a partir de uma estrutura descentralizada que envolve Estados, empresas e organizações sem fins lucrativos de maneira coordenada e efetiva – como também no que diz respeito a sua infraestrutura física e computacional. Ressalva-se que, para isso, a tese recorre a conceitos simplificados extraídos de diversos *sites* de tecnologia disponíveis na Internet, sem qualquer

pretensão de precisão técnica quanto ao conhecimento da ciência da computação envolvido. O que se buscou foi uma compreensão genérica quanto ao funcionamento da ferramenta que permitisse materializar o caráter transfronteiriço da rede mundial de computadores, com o objetivo de viabilizar uma adequada mensuração das dificuldades para sua regulação.

Após tais esclarecimentos quanto ao funcionamento da tecnologia, a tese aborda a posição privilegiada, no mundo Ocidental, dos Estados Unidos da América (EUA) nas discussões sobre a regulação da Internet, haja vista que grande parte dos aparatos tecnológicos, organismos e empresas que comandam suas funcionalidades principais encontram-se fisicamente em seu território e, portanto, sob sua jurisdição. A tese também aponta que ferramentas tecnológicas de geolocalização podem permitir que as preferências normativas de outros Estados também sejam atendidas, mas ressalva a existência de riscos em sua utilização indiscriminada. A geolocalização, contudo, tem sido apenas uma das múltiplas ferramentas utilizadas pelos Estados para tentarem impor suas normas de forma extraterritorial sobre a Internet – o que conduz o estudo à sua terceira premissa.

c) Terceira Premissa: As iniciativas nacionais de regulação da Internet pelos Estados soberanos são ineficientes e prejudicam o bem-estar global.

A terceira premissa analisada pela tese é a de que as reivindicações jurisdicionais dos Estados sobre a Internet são causadoras de ineficiências que prejudicam o bem-estar global. A tese explora os diversos meios pelos quais os Estados têm buscado superar as dificuldades regulatórias trazidas pela tecnologia, analisando alguns exemplos da jurisprudência brasileira acerca da matéria. Os tribunais nacionais consolidaram o uso do bloqueio de aplicações, da desconsideração da personalidade jurídica e da responsabilização de representantes locais como forma para forçar as empresas estrangeiras ao cumprimento das leis locais.

Dentro deste contexto, observa-se que o tema, inclusive, tem sido alvo de atenção do Supremo Tribunal Federal (STF) em três ações diferentes que, direta ou indiretamente, discutem a constitucionalidade de tais abordagens: a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 51, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 403, de relatoria do Ministro Edson Fachin e a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5527, de relatoria da Ministra Rosa Weber. A tese analisa esses processos e, em especial, o voto dos Ministros relatores – o qual, no vaso da ADC nº 51 foi confirmado pelo plenário em fevereiro de 2023. Até o momento de conclusão deste trabalho,

os julgamentos das duas últimas ações supramencionadas encontram-se suspensos após pedido de vista feito pelo Ministro Alexandre de Moraes.

Na sequência, o trabalho analisa a postura dos Estados em seus esforços de regulação da Internet com o auxílio da Teoria dos Jogos, em especial do jogo denominado de Dilema do Prisioneiro, e das metáforas célebres de Garrett Hardin e Michael Heller sobre as tragédias dos comuns e dos anticomuns. O emprego destas teorias, muito utilizadas pela AED em discussões sobre direitos de propriedade, evidencia que as posturas não cooperativas dos Estados são contraproducentes ao objetivo de bem-estar global, o que demanda que se examinem alternativas de solução aos problemas regulatórios da Internet por meio da cooperação.

d) Quarta Premissa: A regulação da Internet pode ser uniformizada globalmente.

A quarta premissa testada por esta tese diz respeito a possibilidade de regulação da Internet por meio de um Direito único global. Assim, a tese coteja as possibilidades de emergência de um Direito uniforme ou de um Direito uniformizado para regular a Internet. Por Direito uniforme, entende-se a possibilidade de convergência espontânea dos diferentes sistemas jurídicos domésticos, como resultado de influências comuns e de um processo de construção e inspiração recíprocos. Neste particular, interessa analisar o denominado “efeito Bruxelas” – denominação dada à disseminação dos padrões regulatórios europeus ao redor do mundo.

Na sequência, examina-se a possibilidade de construção consciente de um modelo normativo uniforme: um Direito uniformizado, pautado em instrumentos de DIP. A análise é conduzida majoritariamente a partir das perspectivas de Douglass North sobre mudanças institucionais e de Oliver Williamson sobre custos de transação, que permitem identificar diversos obstáculos ao alcance de resultados eficientes a partir da barganha entre os Estados, ao mesmo tempo em que caminhos possíveis de cooperação em situações de interesses convergentes e para solucionar problemas de coordenação mostram-se factíveis.

e) Quinta Premissa: A uniformização da regulação da Internet não é a única alternativa.

A quinta e última premissa a ser analisada pela tese é a de que existem alternativas à uniformização da regulação. O trabalho, então, propõe que a regulação da Internet pode ser eficiente e promover o bem-estar global se for pautada em uma harmonização de princípios

comuns e pela criação de mecanismos de coordenação da diversidade normativa, dando ao DIPRI o papel de protagonista nos debates regulatórios sobre a Internet.

O trabalho utiliza-se do modelo proposto por Alex Mills acerca de uma perspectiva confluyente entre o DIP e o DIPRI para compreender como ambos podem atuar de forma coordenada na resolução dos problemas regulatórios globais oriundos dos ambientes digitais. Dentro deste contexto, explora-se o papel já exercido pelo DIDH nos debates regulatórios sobre a Internet, permitindo a identificação de um norte valorativo aos diversos diplomas nacionais que se dedicam a disciplinar a tecnologia. Diante dos limites existentes ao DIDH e ao DIP, a tese apresenta a relação de complementariedade que pode ser estabelecida com o DIPRI.

O trabalho então se propõe a analisar as ferramentas até então negligenciadas do DIPRI para endereçar os problemas de governança globais, permitindo alocar as competências das diferentes autoridades judiciárias nacionais e garantir a eficácia vertical e horizontal dos direitos humanos. Partindo desta assunção, o capítulo parte da perspectiva de um legislador global e benevolente, preocupado com a promoção do bem-estar global, e examina, por meio da AED algumas características e métodos que permitiriam a um hipotético DIPRI uniforme melhor concretizar suas funções.

Ressalve-se que a elaboração de um modelo ideal de DIPRI para o ambiente digital é objetivo que transcende o escopo do trabalho. A propositura de um modelo ideal por meio do método econômico demandaria uma quantidade de dados e informações sobre as características dos agentes na Internet e os custos das transações que são, no presente momento, indisponíveis, e que tampouco poderiam ser obtidos com os recursos disponíveis à esta pesquisa. Por isso, o trabalho não define peremptoriamente as regras de DIPRI destinadas a estabelecer de forma definitiva a lei aplicável e a jurisdição competente para as questões oriundas do universo digital, mas sim limita-se a elencar diretrizes estruturais para que o DIPRI possa se dedicar a este propósito. Dentro deste contexto, a tese demonstra aspectos a serem considerados na definição das normas do DIPRI e esboça critérios a serem considerados em um eventual teste de proximidade para a solução dos problemas jurisdicionais que emergem da Internet.

Por fim, o derradeiro capítulo explora o instituto da reserva de ordem pública - o qual, compreendido sob a perspectiva confluyente do DIPRI ao DIP e de forma profundamente atrelada ao DIDH - evidencia a natureza profundamente interconectada das duas disciplinas.

2 AS JUSTIFICATIVAS ECONÔMICAS, JURÍDICAS E DEMOCRÁTICAS PARA A REGULAÇÃO DA INTERNET

“Governos do Mundo Industrial, vocês gigantes aborrecidos de carne e aço, eu venho do espaço cibernético, o novo lar da Mente.

Em nome do futuro, eu peço a vocês do passado que nos deixem em paz.

Vocês não são bem-vindos entre nós.

Vocês não têm a independência que nos une.”

(John Perry Barlow - Declaração de Independência do Ciberespaço³)

No dia 08 de fevereiro de 1996, no Fórum Econômico Mundial de Davos, John Perry Barlow⁴ proferiu a Declaração de Independência do Ciberespaço: um manifesto contra o *Communications Decency Act (CDA)*⁵ dos Estados Unidos da América e as primeiras tentativas governamentais de controlar a Internet. A Declaração tornou-se um emblema do que Lawrence Lessig⁶ chamou de “libertarianismo utópico”, uma crença no potencial libertário da rede mundial de computadores que flertava com a anarquia e foi característica do período que marcou a popularização da tecnologia.

Para o autor, a euforia dos ativistas digitais com a nova ferramenta seguia o lastro das ideias de desaparecimento do Estado que, com a dissolução da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS), ocorrida um pouco antes, haviam conquistado adeptos nos Estados do centro-europeu. O ciberespaço⁷, compreendido como uma nova dimensão etérea e

³ BARLOW, John Perry. **Declaração de Independência do Ciberespaço**. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/ciber/textos/barlow.htm>. Acesso em: 01 ago. 2021.

⁴ John Perry Barlow foi músico e um ativista digital, defensor da liberdade de expressão nas redes. (GOLDSMITH, Jack; WU, Tim. **Who Controls the Internet? Illusions of Bordersless World**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2006, p. 17 e ss.).

⁵ A CDA foi uma regulação criada para punir a transmissão de conteúdo sexual “indecente” de maneira que estivessem disponíveis a menores de 18 anos. Em 1997, a Suprema Corte dos Estados Unidos entendeu que grande parte da lei era inconstitucional. Algumas seções, no entanto, permanecem vigentes e influenciaram grande parte das iniciativas regulatórias de diferentes países. (GOLDSMITH, Jack; WU, Tim. **Who Controls the Internet? Illusions of Bordersless World**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2006, p. 19-20).

⁶ LESSIG, Lawrence. **Code – version 2.0**. New York: Basic Books, 2006, p. 2.

⁷ Nesta tese, ciberespaço será empregado com sinônimo de *Internet*. O termo ciberespaço tem sua origem no romance *Neuromancer* de William Gibson, uma ficção científica escrita em 1984, o livro é considerado um dos precursores da cibercultura. (GIBSON, William. **Neuromancer** (Trilogia do Sprawl). São Paulo: Editora Aleph, 2016. Edição do Kindle).

desconectada do mundo real, seria, nesta visão, o espaço ideal para a liberdade do indivíduo reinar, sem as amarras do Estado e do Direito.

De fato, as primeiras discussões sobre a regulação da Internet abordavam a necessidade de instrumentos jurídicos para solucionar questões que aconteciam dentro da rede⁸, em um lugar separado do mundo real por *logins*, senhas e telas, fronteiras bem definidas e que jamais seriam acidentalmente cruzadas⁹. Essa experiência dos primeiros usuários da Internet, nas conexões discadas da década de 1990, é incomparável com o cenário atual, em que a Internet das coisas¹⁰, a utilização de dispositivos *wearables*¹¹ - como os *smartwatches* e os *smartphones* (que se tornaram praticamente uma extensão do corpo humano) - e a tecnologia *big data*¹² erodiram definitivamente qualquer distinção entre o real e o virtual.

Mesmo assim, já na década de 1990, Lessig¹³ chamava a atenção para a paradoxal esperança de liberdade no ciberespaço, uma vez que a própria etimologia da palavra deriva de cibernética, o estudo do controle efetuado a distância, a partir de dispositivos. Almejar liberdade a partir de uma tecnologia que traz em sua essência a ideia de controle, pareceu ao autor, ingênuo. Neste sentido, afirmou que “temos todas as razões para acreditar que o ciberespaço,

⁸ Um exemplo emblemático dos primeiros debates foram os MUDs (*multiple user dungeons*) uma espécie de jogo de RPG (*Role playing game*) com múltiplos jogadores que criava um universo paralelo – e que gerou uma das primeiras discussões sobre a necessidade de regular a rede quando um usuário praticou uma espécie de estupro virtual (DIBBEL, Julian. **A rape in Cyberspace**. December 23, 1993. Disponível em: <https://www.villagevoice.com/2005/10/18/a-rape-in-cyberspace/>. Acesso em: 09 set. 2021; GOLDSMITH, Jack; WU, Tim. **Who Controls the Internet? Illusions of Bordersless World**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2006, p. 14).

⁹ JOHNSON, David; POST, David. Law and Borders: the rise of Law in Cyberspace. **Stanford Law Review**. Vol. 48, No. 5. May 1996. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1229390>. Acesso em: 01 mar. 2022, p. 1379.

¹⁰ A Internet das coisas pode ser descrita como a possibilidade de conexão de coisas, máquinas e objetos por meio de sensores que captam dados, e os utilizam para finalidades variadas. (SCHIRRU, Luca. A Internet das coisas: possíveis aplicações e implicações. **Boletim GEDAI**. Junho de 2017. Disponível em: <https://www.gedai.com.br/a-Internet-das-coisas-possiveis-aplicacoes-e-implicacoes/>. Acesso em: 15 ago. 2021).

¹¹ Dispositivos *wearables*, ou a computação “vestível” captam dados das mais diversas naturezas (desde a localização do usuário, o número de passos caminhados e a frequência cardíaca ao longo do dia) sem a necessidade de qualquer interação do usuário com o dispositivo no momento da coleta. (SCHIRRU, Luca; GONÇALVES, Lukas Ruthes; HASTREITER, Michele Alessandra. Um mundo de dispositivos conectados: a Internet das Coisas, a indústria 4.0 e a digitalização de serviços. In: WACHOWICZ, Marcos; CANUT, Leticia (Org.) **Análise da Estratégia Brasileira para a Transformação Digital: Comentários ao Decreto nº 9.319/2018**. Curitiba: GEDAI, UFPR, 2018. Disponível em: https://www.gedai.com.br/wp-content/uploads/2018/08/livro_An%C3%A1lise-da-estrat%C3%A9gia-brasileira-para-transforma%C3%A7%C3%A3o-digital.pdf. Acesso em: 15 ago. 2021.

¹² O termo *Big Data* é atualmente usado para designar a gigantesca quantidade de dados pessoais gerados a partir do uso da *Internet*, mas surgiu em 1997 em um estudo de pesquisadores da NASA que se preocupava com a quantidade de informação gerada em simuladores de voo que desafiavam a capacidade computacional da época. (FRIEDMAN, Uri. Big Data: A short history. **Foreign Policy**. October 8, 2012. Disponível em: <https://foreignpolicy.com/2012/10/08/big-data-a-short-history/>. Acesso em: 09 fev. 2021; COX, Michael. ELLSWORTH, David. **Application-Controlled Demand Paging for Out of Core Visualization**. Disponível em: <https://www.nas.nasa.gov/assets/pdf/techreports/1997/nas-97-010.pdf>. Acesso em: 09 fev. 2021).

¹³ LESSIG, Lawrence. **Code – version 2.0**. New York: Basic Books, 2006, p. 3.

se deixado sem intervenção, não irá cumprir sua promessa de liberdade. Sem intervenção, o ciberespaço se tornará uma ferramenta perfeita de controle”¹⁴.

Os desenvolvimentos posteriores da tecnologia comprovaram a tese do autor, ao colocar em prática uma vigilância permanente sobre o que um usuário da Internet faz *online* e, muitas vezes, também *offline*¹⁵. Não obstante, o avanço da tecnologia segue conquistando adeptos da ciberanarquia¹⁶, sendo que, mais recentemente, o coro libertário-tecnológico tem afirmado que o sistema jurídico tornar-se-á desnecessário com os avanços da tecnologia *blockchain*¹⁷.

É partindo desse embate entre os libertários entusiastas da tecnologia e os céticos defensores da regulação que este capítulo busca examinar a primeira premissa que norteia o raciocínio lógico-dedutivo desta tese: a de que a regulação pública da Internet é necessária e a autorregulação, insuficiente. O capítulo dedica-se a explicitar os motivos econômicos e as preocupações jurídico-democráticas que justificam a regulação da Internet pelos Estados-soberanos, um pressuposto fundamental para que a pesquisa se debruce, na sequência, sobre os dilemas jurisdicionais que afetam a capacidade regulatória dos Estados. Antes de adentrar neste debate, porém, faz-se necessário tecer alguns esclarecimentos quanto ao método escolhido para conduzir esta investigação: o da Análise Econômica do Direito (AED).

¹⁴ “*We have every reason to believe that cyberspace, left to itself, will not fulfill the promise of freedom. Left to itself, cyberspace will become a perfect tool of control*” (Tradução livre de: LESSIG, Lawrence. **Code** – version 2.0. New York: Basic Books, 2006, p. 4).

¹⁵ Ver item 2.5 *infra*.

¹⁶ Expressão extraída do título de artigo de Jack Goldsmith, que desde a década de 1990 já se posicionava pela necessidade e possibilidade de regulação da Internet. (GOLDSMITH, Jack L. Against Cyberanarchy. **University of Chicago Law School**. 1998. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=12783&context=journal_articles. Acesso em: 21 abr. 2022). Já Lehman utiliza as expressões *cyberpunks* e *crypto rebels* para referir-se aos movimentos que também têm esperanças na *blockchain* como garantia de defesa das liberdades virtuais frente ao *Big Brother* do Estado. (LEHMANN, Matthias. Who owns bitcoin? Private Law Facing the Blockchain. **Minnesota Journal of Law, Science and Technology**, 21, n. 1, 2019. Disponível em: <https://scholarship.law.umn.edu/mjlst/vol21/iss1/4>. Acesso em: 18 set. 2022).

¹⁷ A tecnologia *blockchain* baseia-se em um *software* de *open source* que registra transações em uma espécie de livro contábil global, distribuído em computadores de voluntários ao redor do mundo todo (e, portanto, sem um servidor central). Neste sentido, ver em: HASTREITER, Michele Alessandra. RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Conflitos de Leis e Jurisdições nas Transações celebradas a partir da Blockchain. **Revista Opinião Jurídica**. Ano 20, n. 33, jan/abr. 2022. Disponível em: <https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/3909/1527>. Acesso em: 22 out. 2022.

2.1 BREVES ESCLARECIMENTOS METODOLÓGICOS QUANTO À ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO (AED)

É de Charles Murray a frase frequentemente empregada para ilustrar o raciocínio fundamental por detrás da AED: “As pessoas respondem a incentivos e desincentivos. Chicotes e cenouras funcionam”¹⁸. A utilização de chicotes e cenouras como metáforas para punições e recompensas capazes de induzir o comportamento humano disseminou-se em diversas searas das ciências sociais, permeando discussões que vão do debate sobre motivação organizacional até decisões sobre políticas públicas governamentais. A ideia é simples e intuitiva: se o que se deseja é que uma ou mais pessoas se comportem de uma forma determinada, pode-se premiar o comportamento (com uma cenoura) ou punir o comportamento oposto ao desejado (com um chicote).

Ainda que a alusão simplória à cenoura e à indignidade do chicote possam soar infames ao Direito, a ideia não lhe é estranha: o Direito Penal, por exemplo, parte do pressuposto de que, ao estabelecer suas penas, elevam-se os custos da prática de delitos e, portanto, a incidência de sua ocorrência tende a diminuir. No Direito Tributário, é comum que comportamentos vistos como potencialmente agregadores de bem-estar à sociedade como um todo sejam encorajados com medidas que reduzam ou eliminem os impostos correspondentes: um prêmio pelo bom comportamento do contribuinte.

A compreensão do Direito como uma ferramenta de incentivos ou desincentivos aos comportamentos humanos é o ponto fulcral da AED, o método empregado por esta tese para compreender, de maneira geral, o papel do DIP e do DIPRI na regulação da Internet e, de maneira específica, (i) as razões para regulação das redes digitais; (ii) as dificuldades para sua regulação por meio do Direito doméstico dos Estados-soberanos; (iii) os custos de uma regulação auto interessada pelos diferentes sistemas jurídicos nacionais; (iv) as possibilidades de emergência de uma regulação uniforme espontânea e/ou por meio do DIP; e (v) o papel que cabe ao DIPRI e quais os métodos e técnicas da disciplina que permitem exercê-lo.

A AED permeará, portanto, toda a construção da tese, embora ela não limite o debate aos fundamentos econômicos. Para adequada compreensão do raciocínio empregado, o esclarecimento quanto alguns postulados básicos da AED e como tais postulados se aplicam ao DIP e ao DIPRI mostra-se fundamental. É a isto que se dedica esta primeira seção.

¹⁸ “*People respond to incentives and disincentives. Sticks and carrots work*”. (Tradução livre de: MURRAY, Charles. **Losng Ground**: American Social Policy (1950-1980). United States: Basicbooks, 1984, p. 146).

2.1.1 Pressupostos gerais da AED

A AED consiste na aplicação das ferramentas analíticas da economia “para se tentar compreender, explicar e prever as implicações fáticas do ordenamento jurídico, bem como da lógica (racionalidade) do próprio ordenamento”¹⁹. Em uma breve síntese, pode-se dizer que a AED parte da utilização instrumental de conceitos elementares à economia com vistas a mensurar o impacto de diferentes normas jurídicas no mundo real.

Emprestando o conceito adotado por Richard Posner, a economia é “a ciência da escolha racional em um mundo – o nosso mundo – no qual os recursos são limitados diante dos desejos humanos”²⁰. A base do raciocínio econômico empregado ao Direito assenta-se sobre quatro premissas fundamentais: (i) a noção da escassez de recursos; (ii) a teoria da escolha racional; (iii) a ideia de que pessoas respondem a incentivos; e (iv) o reconhecimento da importância dos incentivos e desincentivos institucionais em um mundo marcado por custos de transação.

Para as teorias mais aceitas, a escassez de recursos é o problema fundamental da ciência econômica. Se não fosse a escassez de recursos, não haveria escolhas econômicas, uma vez que todas as necessidades seriam satisfeitas. Até mesmo o Direito seria desnecessário se todos pudessem ter o que quisessem, quando quisessem.

No mundo real, porém, tempo, dinheiro, capacidade de armazenamento e processamento de informações, são recursos finitos. A escassez de recursos impõe à sociedade que escolha entre alternativas possíveis e excludentes, sendo que toda escolha gera um custo de oportunidade (também chamado de *trade off*), o qual pode ser definido como “a segunda alocação factível mais interessante para o recurso, mas que foi preterida”²¹. Ademais, quando um indivíduo escolhe um determinado recurso escasso, sua escolha também limita a escolha dos demais (que deixam de ter o mesmo recurso à sua disposição), o que torna necessário, também, definir a melhor alocação distributiva para os recursos disponíveis.

A ciência econômica pressupõe que, uma vez que precisam escolher entre opções mutuamente excludentes, os indivíduos ponderam custos e benefícios de cada curso de ação – decidindo pela opção que atende melhor os seus interesses. Isto é, os indivíduos tendem a agir

¹⁹ GICO JR., Ivo. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. **Economic Analysis of Law Review**, v. 1, n. 1, p. 7-33, jan./jun. 2010. Disponível em: <http://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/1460/1110>. Acesso em: 21 out. 2014, p. 18.

²⁰ “*Economics is the science of rational choice in a world – our world – in which resources are limited in relation to human wants*”. (Tradução livre de: POSNER, Richard A. **Economic Analysis of Law**. 9th edition. New York: Wolters Kluwe Law & Business, 2014, p. 3).

²¹ GICO JR., Ivo. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. **Economic Analysis of Law Review**, v. 1, n. 1, p. 7-33, jan./jun. 2010. Disponível em: <http://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/1460/1110>. Acesso em: 21 out. 2014, p. 22.

de forma a maximizar suas utilidades²², visando extrair o máximo de satisfação possível para si com o menor custo. É o que sustenta a teoria da escolha racional.

A teoria da escolha racional é importante para o método econômico, pois com ela é possível tecer generalizações quanto ao comportamento dos atores, que passa a ser deduzível a partir do conhecimento sobre as informações e alternativas que possuem²³. No entanto, são raras as circunstâncias em que os tomadores de decisão dispõem de toda a informação necessária e capacidade para avaliar corretamente suas opções, de modo que suas escolhas realmente gerem o melhor resultado possível para os seus interesses.

O reconhecimento dessa fragilidade na teoria da escolha racional levou os estudos na Economia a substituírem a premissa da racionalidade absoluta por uma ideia de racionalidade limitada: esta, conforme ensina Herbert Simon, caracteriza-se por ser “a decisão racional que leva em consideração as limitações cognitivas do decisor – limitações tanto em conhecimento quanto em capacidade computacional”²⁴. Avanços mais recentes à AED, trazidos pela economia comportamental, permitiram, ainda, analisar de forma mais fidedigna os comportamentos dos agentes ao perceber padrões nas falhas de racionalidade²⁵, como os atalhos mentais (heurísticas) e os erros sistemáticos que deles podem resultar (os denominados “vieses”)²⁶. Com isso, a capacidade preditiva da AED foi enriquecida pelo sopesamento dos custos para obtenção da informação necessária e por leituras mais realistas quanto à efetiva capacidade dos agentes de avaliar adequadamente as alternativas em jogo.

Não se deve perder de vista, no entanto, que por mais que os indivíduos não ajam de forma sempre racional, eles não estão completamente alijados de sua racionalidade ao agir. Desta forma, ainda que possam por vezes se equivocar em suas conclusões e escolher mal, os indivíduos, de maneira geral, pensam e refletem sobre as consequências de suas escolhas.

Dentro desse contexto, tem-se como pressuposto que, quando houver dúvidas sobre a melhor alocação de um determinado recurso, se as partes em disputa pelo recurso forem

²² É importante destacar que o termo “utilidade” deve ser entendido como a satisfação extraída de uma dada escolha, sem necessariamente que tal conceito se restrinja a questões materiais ou monetárias. (GICO JR., Ivo. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. *Economic Analysis of Law Review*, v. 1, n. 1, p. 7-33, jan./jun. 2010. Disponível em: <http://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/1460/1110>. Acesso em: 21 out. 2014, p. 22).

²³ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*. Tradução Rachel Sztajn. 2ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Atlas, 2020, p. 31 e 32.

²⁴ SIMON, Herbert. Bounded Rationality. In: EATWELL, John; MILGATE, Murray; NEWMAN, Peter (Ed). *Utility and Probability*. United Kingdom: The Macmillan Press Limited, 1990, p. 15.

²⁵ RIBEIRO, Márcia Carla. DOMINGUES, Victor Hugo. Economia Comportamental e direito: a racionalidade em mudança. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 2, 2018, p. 458.

²⁶ MORAES, José Diniz; TABAK, Benjamin Miranda. As heurísticas e vieses da decisão judicial: análise econômico-comportamental do Direito. *Revista Direito GV*. V. 14, n. 2. mai./ago. 2018. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201824>. Acesso em: 19 jun. 2022.

racionais e puderem negociar livremente, e se esta negociação não lhes fizer incidir em qualquer custo, transacionarão até chegar a melhor solução para o embate. Essa conclusão foi expressa por Ronald Coase²⁷ e as conclusões do autor tornaram-se conhecidas como o “Teorema de Coase”, que pode ser sintetizado da seguinte forma: “numa situação de custos de transação zero, a alocação final de um bem, obtida por meio da barganha entre as partes, será sempre eficiente, não importa a configuração legal acerca da propriedade deste bem”²⁸.

O Teorema de Coase foi extraído das conclusões do autor em seu artigo “*The problem of social cost*”²⁹ – um dos trabalhos mais citados de todos os tempos tanto no Direito quanto na Economia³⁰. O problema fundamental sobre o qual se debruçou o autor foram as chamadas externalidades: consequências de uma relação que recaem sobre sujeitos que não participam da relação³¹, o que o autor chamou de “custo social”. Coase sugeriu, então, uma visão alternativa à que vinha sendo defendida por Arthur Cecil Pigou³², para quem o modo adequado para lidar com as externalidades seria a intervenção estatal, uma vez que seria papel do Estado atuar como corretor das escolhas individuais, oferecendo medidas de incentivo para as boas escolhas e de desincentivo para as que resultassem em efeitos negativos.

Para Ronald Coase³³, as vantagens supervenientes da regulação governamental estavam sendo superestimadas e nem sempre levariam à solução mais eficiente. O autor acreditava que as partes envolvidas poderiam – sozinhas e mediante livre negociação – chegar à solução mais adequada para lidar com as externalidades, desde que agissem de forma racional e as transações ocorressem sem custos, os direitos das partes estivessem bem definidos e pudessem ser previstos com facilidade. Não obstante, para além da racionalidade limitada das partes, o mundo real também é marcado por custos de transação.

Oliver Williamson³⁴ definiu os custos de transação como os custos para dirigir um sistema econômico – o que pode englobar tanto os custos para obtenção de informações para

²⁷ COASE, Ronald. The Problem of Social Cost. *The Journal of Law & Economics*. Vol. 3 (Oct, 1960), p. 1-44. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/724810>. Acesso em: 15 nov. 2022.

²⁸ KLEIN, Vinícius. Teorema de Coase. In: RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (Coord.). **O que é análise econômica do Direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 71

²⁹ COASE, Ronald. The Problem of Social Cost. *The Journal of Law & Economics*. Vol. 3 (Oct, 1960), p. 1-44. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/724810>. Acesso em: 15 nov. 2022.

³⁰ KLEIN, Vinícius. Teorema de Coase. In: RIBEIRO, Márcia Carla Pereira e KLEIN, Vinícius (Coord.). **O que é análise econômica do Direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 71.

³¹ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da Atividade Econômica (Princípios e Fundamentos Jurídicos)**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2001, p. 27.

³² PIGOU, Arthur Cecil. **The Economics of Welfare**. Londres: Macmillan And Co., Limited, 1932, passim.

³³ COASE, Ronald. The Problem of Social Cost. *The Journal of Law & Economics*. Vol. 3 (Oct, 1960), p. 1-44. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/724810>. Acesso em: 15 nov. 2022, p. 15.

³⁴ WILLIAMSON, Oliver. **The Economic Institutions Of Capitalism: Firms, Markets, Relational Contracting**. New York: The Free Press, 1985, p. 18-19.

embasar a escolha racional, como também os gastos despendidos em etapas de negociação, formulação e execução de contratos e resolução de disputas. Segundo esse autor, ao contrário dos custos de produção, que sempre foram considerados pelas teorias econômicas clássicas, os custos de transação eram frequentemente ignorados. O tempo gasto para chegar a um acordo, os custos para levantar as informações necessárias para avaliar corretamente as opções, as despesas para criar meios de formalização dos acordos e para solucionar possíveis disputas ou garantir o cumprimento forçado de suas disposições são exemplos de custos que oneram as partes e podem impedi-las de chegar ao melhor resultado de maneira independente de uma intervenção externa.

Dentro desse contexto, desponta o papel fundamental das instituições. As instituições, nos dizeres de Douglass North, são “as regras do jogo; ou mais formalmente, as restrições criadas pelos seres humanos, que estruturam as relações humanas”³⁵. Códigos de conduta, contratos, normas informais e, evidentemente, o Direito fazem parte das instituições existentes em uma sociedade, as quais são capazes de moldar as escolhas das pessoas na medida em que incentivam ou desincentivam determinados comportamentos. Diante das instituições, a análise de custo e benefícios realizada pelos agentes passa a depender dos incentivos criados pela matriz institucional na qual se inserem. Ao afetarem os custos de transação em um dado sistema econômico e alterarem artificialmente os incentivos e desincentivos existentes nas opções que se apresentam, as instituições passam a ser um fator importante a ser considerado na tomada de decisão dos agentes. Sintetiza-se, assim como o fez Douglass North, concluindo que “as instituições importam”³⁶.

As ideias aqui exaradas são os baluartes da Nova Economia Institucional (NEI), uma das escolas mais relevantes no debate da AED. Atualmente, o pensamento da AED disseminou-se em diversas escolas de pensamento, sendo que não cabe a este trabalho esmiuçá-las e explicitar suas diferenças. Ressalva-se que a obra que lançou as bases teóricas sobre as quais se debruça o movimento da AED é o livro *Law & Economics*, publicado em 1972, por Richard

³⁵ “*Institutions are the rules of the game in a society; more formally, they are the humanly devised constraints that shape human interaction*” (Tradução livre de: NORTH, Douglass. **Transaction costs, institutions, and economic performance**. United States: International center for Economic Growth: 1992, p. 5).

³⁶ NORTH, Douglass C. **Institutions, institutional change and economic performance**. New York: Cambridge University Press, 1990, p. 12.

Posner³⁷. Alguns excessos³⁸ do principal arauto do método levaram-no a ser associado a correntes econômicas conservadoras e libertárias, que consideram os valores de mercado acima de qualquer outro. Tal associação, porém, não se mostra correta.

Como bem destacou Vinícius Klein³⁹, o que une os praticantes da AED é “o inconformismo com a visão de que uma análise jurídica presa a justificações formais abstratas e desatentas ao mundo real é suficiente para o enfrentamento dos problemas jurídicos”. Por meio de pressupostos da economia, pode-se chegar a conclusões importantes sobre os efeitos práticos de um determinado comando legal e, assim, definir se ele é capaz de atingir a finalidade que almeja – qualquer que seja esta finalidade.

Essa tese estabelece como finalidade à regulação da Internet o aumento do bem-estar global. Para tanto, o trabalho aplicará os pressupostos da AED para identificar a necessidade de uma regulação pública da Internet e as consequências dos diferentes arranjos normativos de DIP e de DIPRI no debate sobre a regulação do ambiente digital. Assim, mostra-se importante, também, tecer algumas considerações preliminares quanto à aplicação da AED diante das peculiaridades destas disciplinas jurídicas.

2.1.2 Pressupostos da AED aplicados ao Direito Internacional Público (DIP)

Em estudo anteriormente publicado⁴⁰, enfatizou-se que algumas características definidoras do DIP fazem dele um ramo em que a aplicação dos pressupostos e métodos da AED encontram especial pertinência. Isto porque o DIP é ramo do Direito que emerge da cooperação entre Estados soberanos em um ambiente anárquico: a sociedade internacional. Neste sentido, é possível traçar paralelos entre a interação dos Estados e as trocas realizadas no contexto de mercados, caracterizados pela livre-barganha dos agentes⁴¹.

³⁷ POSNER, Richard A. **Economic Analysis of Law**. 9th edition. New York: Wolters Kluwe Law & Business, 2014.

³⁸³⁸ Posner foi muito criticado por ter alçado a eficiência econômica e a maximização da riqueza ao grau de axioma valorativo do Direito, em substituição à ideia de justiça. Até mesmo o autor, contudo, flexibilizou o seu entendimento em outras fases de sua vasta produção. Sobre o tema, ver: OLIVEIRA, Erickson Araújo Santana. **Eficiência e Direito: o papel da maximização da riqueza na análise econômica do Direito a partir da obra de Richard Posner**. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito do Recife. Universidade Federal de Pernambuco. Recife: 2016.

³⁹ KLEIN, Vinícius. Posner é a única opção? In: RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (Coord.). **O que é análise econômica do Direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 177.

⁴⁰ HASTREITER, Michele Alessandra. WINTER, Luís Alexandre Carta. Análise Econômica do Direito Internacional. **Revista de Direito Internacional. Brasília**, v. 12, n. 2, 2015, p. 269. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/3687/pdf>. Acesso em: 15 jan. 2022.

⁴¹ GICO JR., Ivo. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. **Economic Analysis of Law Review**, v. 1, n. 1, p. 7-33, jan./jun. 2010. Disponível em: <http://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/1460/1110>. Acesso em: 21 out. 2014, p. 22.

A teoria da escolha racional desponta como um dos conceitos de maior utilidade ao DIP, podendo inclusive lhe servir de fundamento⁴². Até mesmo Douglass C. North⁴³ aponta que a perspectiva da escolha racional pode ser a resposta para explicar a emergência de cooperação voluntária em cenários, nos quais não haveria a solução hobbesiana de um Estado com poder coercitivo para forçar a cooperação, como é o cenário no DIP.

De acordo com a teoria da escolha racional, os Estados conformam-se ao DIP e incorrem em custos para sua negociação e formulação porque entendem que este é o meio mais eficiente de atingir os seus próprios interesses⁴⁴. No mesmo sentido, assente Andrew Guzman⁴⁵, para quem os Estados não têm nenhuma predisposição a seguir o DIP – sendo que o farão apenas se entenderem que tal conduta maximizará os seus interesses. Ao conceber os Estados como agentes racionais que interagem em um ambiente de mercado (sem hierarquia), percebe-se que o resultado da barganha entre os Estados na sociedade internacional (um tratado internacional, por exemplo) assemelha-se em muito a um contrato⁴⁶, sendo, de tal forma, possível aplicar as diversas técnicas utilizadas na muito difundida AED contratual para mensurar os institutos jurídicos de DIP, tendo por base os pressupostos metodológicos explanados no item anterior.

Evidentemente, há inúmeras críticas quanto ao realismo da pressuposição do Estado como um ator racional. As críticas vão desde a dificuldade para o Estado – que não é um ator unitário – identificar claramente qual é o seu auto interesse a maximizar, e passam também pelas críticas formuladas pela própria teoria econômica, que levam ao reconhecimento de que a racionalidade não é absoluta, mas limitada⁴⁷.

No entanto, para construção de um modelo teórico, a capacidade preditiva que o uso instrumental da racionalidade econômica pode proporcionar é útil, até mesmo porque, como já se mencionou, ainda que a maximização do auto interesse não seja de fato a forma pela qual os

⁴² Há um debate antigo acerca do fundamento do Direito Internacional, que opõe, de um lado, os teóricos do Direito Natural e, de outro os que fundamentam a ordem internacional no consentimento dos membros da comunidade internacional, de forma voluntária. A esta segunda corrente nos filiamos. Sobre o tema, recomenda-se a leitura de: VERDROSS, Alfred. O fundamento do Direito Internacional. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 10, n. 2, 2013, p. 1-33.

⁴³ NORTH, Douglass C. **Institutions, institutional change and economic performance**. New York: Cambridge University Press, 1990, p. 14.

⁴⁴ SANTOS, Alexandre Leite dos. O Direito Internacional Público como jogo institucional. **Economic Analysis of Law Review**. V. 1, nº 2, Jul-Dez – 2010, p. 184. Disponível em: <http://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/1%20EALR%20174/1%20EALR%20174>. Acesso em: 10 nov. 2014, p. 183.

⁴⁵ GUZMAN, Andrew T. **How international law works: a rational choice theory**. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 17.

⁴⁶ POSNER, Eric A.; SYKES, Alan O. **Economic Foundations of International Law**. Cambridge: Harvard University Press, 2013, p. 29.

⁴⁷ HASTREITER, Michele Alessandra. WINTER, Luís Alexandre Carta. Análise Econômica do Direito Internacional. **Revista de Direito Internacional**. Brasília, v. 12, n. 2, 2015, p. 269. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/3687/pdf>. Acesso em: 15 jan. 2022.

agentes sempre agem, eles não estão alienados desta percepção e ponderam o seu interesse na tomada de decisão.

É digno de nota, por fim, que a AED do DIP, já que inspirada na AED Contratual, é uma metodologia com limitações intrínsecas, como foi bem explorado por Eric Posner⁴⁸. Neste sentido, tem-se que a AED pode servir para definir academicamente modelos contratuais ótimos, mas tais modelos são ótimos em condições restritas que podem, por vezes, diferir das condições existentes no mundo real. Ainda, esses modelos são frequentemente indeterminados, já que a geração de previsões consistentes demanda uma quantidade vasta de informações sobre as características das partes e das transações que é frequentemente indisponível (tais como a mensuração adequada dos custos de transação, a possibilidade e plausibilidade de uma efetiva distribuição destes custos, entre outros dados que muitas vezes não estão à disposição do pesquisador e nem podem ser obtidos com os recursos disponíveis à pesquisa).

Reconhecer as limitações da metodologia não requer que se refute por completo a utilidade das reflexões que ela pode fomentar. Ao contrário, ao estabelecer estes limites, aceita-se que o resultado do trabalho não será capaz de responder definitivamente qual ao melhor arranjo de DIP ou de DIPRI voltado à regulação dos ambientes digitais. Sequer é este o objetivo do trabalho. A AED, no entanto, pode destacar pontos de atenção a serem considerados na construção de tal arranjo e, no que é mais relevante para a presente pesquisa, identificar as limitações intrínsecas do DIP na regulação da Internet, as quais justificam a necessidade de o DIPRI assumir o seu papel na governança do ambiente digital.

2.1.3 Pressupostos da AED aplicados ao Direito Internacional Privado (DIPRI)

O DIPRI tem sido considerado como uma das áreas menos visitadas pelos debates da AED⁴⁹. Isto chega a ser surpreendente, já que a AED é vista por alguns teóricos como um resultado do realismo jurídico estadunidense⁵⁰, movimento que também influenciou bastante as

⁴⁸ POSNER, Eric. **Análise econômico do direito contratual após três décadas: sucesso ou fracasso?** (tradução e adaptação ao direito brasileiro: Luciana Benetti Timm, Cristiano Carvalho e Alexandre Viola). São Paulo: Saraiva, 2010, *passim*.

⁴⁹ RUHL, Giesela. Methods and Approaches in Choice of Law: an economic perspective. **Berkeley Journal of International Law**, vol. 24, 2006, p. 802. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=920999. Acesso em: 22 ago. 2021.

⁵⁰ BOTERO-BERNAL, Andrés. El positivismo jurídico en la historia: las escuelas del positivismo jurídico en el siglo XIX y primera mitad del siglo XX. In: FABRA ZAMORA, Jorge Luis; NUNEZ VAQUERO, Alvaro (Coord). **Enciclopedia de Filosofía y teoría del derecho**, volumen uno. Disponível em: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3875-enciclopedia-de-filosofia-y-teoria-del-derecho-volumen-uno>. Acesso em: 15 mai. 2020, p. 144.

pesquisas em DIPRI naquele Estado⁵¹. Ademais, a análise econômica é uma análise de escolhas e o DIPRI dedica-se mormente a ordenar um tipo particular de escolha: o da lei e da jurisdição em casos transnacionais. Neste sentido, Ralf Michaels demonstra entusiasmo sobre a potencialidade da interface entre a AED e o DIPRI, afirmando que:

Onde o DIPRI é visto como muito conceitual e abstrato, a economia oferece o muito necessário pragmatismo. Onde o DIPRI é criticado por esquecer-se dos impactos práticos de suas regras, o Direito e a Economia prometem fornecer fundamentos empíricos. Onde o DIPRI é visto como desprovido de uma teoria, a economia promete ser a teoria. Onde o DIPRI é visto como desesperançosamente complexo, a economia promete trazer clareza⁵².

Ao empregar os métodos da AED ao DIPRI pode-se, portanto, ter importantes *insights* sobre as consequências das escolhas feitas pelo DIPRI, isto é: sobre como as normas de solução dos conflitos de leis e jurisdições no espaço se refletem no comportamento dos agentes (indivíduos, organizações e Estados). Ao atentar-se para tais consequências, é possível também vislumbrar o melhor arranjo de DIPRI possível para a promoção do bem-estar global.

Como se verá de forma aprofundada no decorrer do trabalho, esta pesquisa propõe uma reconciliação entre o DIP e o DIPRI, compreendendo-os de forma indissociável e – para empregar a expressão adotada por Alex Mills⁵³ - confluyente. Assim, para aplicar a AED ao DIPRI parte-se de algumas premissas que também embasam a AED do DIP, sendo a principal delas a concepção dos Estados como atores racionais.

Tem-se por pressuposto que tais atores racionais, em sua função criadora e aplicadora do Direito doméstico, elegem o melhor arranjo normativo para sua realidade socioeconômica, política, cultural, histórica, religiosa e valorativa⁵⁴. Ou seja, parte-se do pressuposto de que a lei nacional existente em cada Estado é a que melhor atende aos interesses deste Estado, trazendo o melhor resultado em termos de bem-estar local.

⁵¹ HASTREITER, Michele Alessandra; RIBEIRO, Maria Carla Pereira. O realismo jurídico e a revolução americana de direito internacional privado. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, n. 49, p. 140-162, ago. 2022. Disponível em: <https://www.seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/112276>. Acesso em 30 jan. 2023.

⁵² “Where choice of law is viewed as too conceptual and abstract, economics promises much-needed pragmatism. Where choice-of-law doctrine is chided for its oblivion to the practical impact of its rules, law and economics promises to provide empirical foundations. Where choice of law is viewed as devoid of theory, economics promises to be that theory. Where choice of law is viewed as hopelessly complex, economics promises to provide clear guidelines”. (Tradução livre de: MICHAELS, Ralf. **Economics of Law as Choice of Law**. Law and Contemporary Problems. 73-105 (2008). Disponível em: https://scholarship.law.duke.edu/faculty_scholarship/2203/. Acesso em: 22 ago. 2021, p. 75).

⁵³ MILLS, Alex. **The Confluence of Public and Private International Law: Justice, Pluralism and Subsidiarity in The International Constitutional Ordering of Private Law**. United Kingdom: Cambridge University Press, 2010.

⁵⁴ OTA, Shozo. OTA, Shozo. Choice of Law and Economic Analysis: a methodological introduction. In: BASEDOW, Jürgen; KONO, Toshiyuki. **An Economic Analysis of Private International Law**. Tubingen: Mohr Siebeck, 2006, p. 4.

Tendo em vista que as realidades de cada Estado são diferentes, é natural que o arranjo normativo que melhor atende um Estado seja diferente daquele que melhor atende outro. Isto não significa afirmar que a lei de um Estado seja correta e a do outro seja incorreta, irracional ou ineficiente, simplesmente porque o melhor arranjo regulatório para um Estado pode ser o oposto para outro Estado. A hipótese do Estado considerado como um ator racional faz pressupor que a regulação adotada é a mais eficiente para o seu contexto particular. Assim, pode-se afirmar, que, se um Estado X e um Estado Y regulam de uma maneira diversa uma mesma situação jurídica, é porque os seus diferentes sistemas de valores e suas diferenças socioeconômicas justificam que haja uma diferença regulatória⁵⁵.

Se todas as transações existentes são domésticas, a aplicação do melhor Direito, escolhido pelo Estado para o seu contexto particular, levará ao resultado mais eficiente em termos globais. No entanto, numa relação transacional envolvendo um indivíduo do Estado X com um indivíduo do Estado Y, a existência de diferenças normativas faz com que haja dúvidas sobre o direito aplicável.

A aplicação do Teorema de Coase permite inferir que, se as partes na transação pudessem barganhar livremente (e esta barganha ocorresse sem custos), o resultado desta negociação seria a solução mais eficiente. Ocorre, porém, que transacionar custa e as partes não são sempre racionais, ou detêm todas as informações necessárias para tomar a decisão correta. Além disto, as decisões assumidas pelas partes por vezes geram externalidades, efeitos positivos ou negativos que recaem sobre indivíduos que não participaram da transação⁵⁶.

Essas razões justificam a intervenção regulatória dos Estados em termos econômicos, já que o Direito pode afetar a estrutura de incentivos, alterando as equações dos custos de transação, de modo a favorecer as escolhas mais indicadas e que não seriam adotadas diante das falhas de mercado e de racionalidade existentes. Não obstante, diante de situações com pontos de contato com mais de um sistema nacional, permanece a dúvida, se a intervenção, quando necessária, deveria ocorrer a partir do Estado X ou a partir do Estado Y. Este é o problema clássico do DIPRI.

⁵⁵ OTA, Shozo. Choice of Law and Economic Analysis: a methodological introduction. In: BASEDOW, Jurgen; KONO, Toshiyuki (Ed.). **An Economic Analysis of Private International Law**. Tubingen, Alemanha: Mohr Siebeck, 2006, p. 4.

⁵⁶ OTA, Shozo. Choice of Law and Economic Analysis: a methodological introduction. In: BASEDOW, Jurgen; KONO, Toshiyuki (Ed.). **An Economic Analysis of Private International Law**. Tubingen, Alemanha: Mohr Siebeck, 2006, p. 9.

Para solucioná-lo, Joel Trachtman⁵⁷ propõe uma analogia entre o direito de regular uma conduta determinada e os direitos de propriedade. A depender de como a jurisdição prescritiva é alocada entre os diferentes Estados, as transações internacionais podem ser ineficientes, pois as leis domésticas geram externalidades a outros Estados. Nesse sentido, Joel Trachtman afirma que uma função essencial do DIPRI deve ser o de promover a internalização dos custos da legislação de cada Estado⁵⁸. Reconhecer isto, e escapar da “Falácia da Composição”⁵⁹ é, segundo Shozo Ota⁶⁰, a principal função do DIPRI em termos econômicos. Isto porque o que gera bem-estar localmente pode não ser a solução que melhor atenderá aos objetivos de bem-estar global – e alcançá-lo deve ser, por sua vez, o objetivo último do DIPRI.

2.1.4 A busca pelo bem-estar global

Esta pesquisa atribui como finalidade da regulação do ambiente digital a maximização do bem-estar em termos globais, sendo este entendido como o resultado da soma do bem-estar dos diferentes Estados-soberanos⁶¹. A tese trata esse objetivo como incontroverso - a despeito das válidas e necessárias ressalvas às perspectivas utilitaristas (que escapam do escopo desta pesquisa) – pois optou-se por não esgotar o debate sobre o que compõe as métricas do aumento de bem-estar, as quais podem, seguramente, abarcar valores impassíveis de mensuração matemática.

A pesquisa entende possível dispensar a adoção de um conceito único sobre bem-estar porque a tese enfoca, sobretudo, os desafios jurisdicionais que emergem da Internet, não adentrando de maneira detalhada no debate sobre os valores que devem prevalecer em meios digitais. Apesar desta indefinição quanto ao que se entende por bem-estar, porém, a pesquisa reconhece a impossibilidade de neutralidade do pesquisador.

⁵⁷ TRACHTMAN, Joel P. **Economic Analysis of Prescriptive Jurisdiction and Choice of Law**. (March 2001) Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=258183. Acesso em: 22 jan. 2022, p.5.

⁵⁸ TRACHTMAN, Joel P. **Economic Analysis of Prescriptive Jurisdiction and Choice of Law**. (March 2001) Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=258183. Acesso em: 22 jan. 2022, 5.

⁵⁹ As falácias são argumentos errôneos em sua estrutura ou conteúdo. A falácia da composição é o argumento de que o que é verdadeiro para uma das partes pode não ser verdadeiro para o todo. Sobre o tema ver: FINOCCHIARO, Maurice. The fallacy of composition: Guiding concepts, historical cases and research problems. **Journal of Applied Logic** 13 (2015), p. 24-43. Disponível em: <https://reader.elsevier.com/reader/sd/pii/S157086831500004X?token=031050E6545619491B71EA2B595A4EC9C49664610FCBC09BB38FAABDB1F401FA482B499B71B443E84B0222A72FEB085F&originRegion=us-east-1&originCreation=20220111152418>. Acesso em: 11 jan. 2022.

⁶⁰ OTA, Shozo. Choice of Law and Economic Analysis: a methodological introduction. In: BASEDOW, Jürgen; KONO, Toshiyuki. **An Economic Analysis of Private International Law**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, p. 3.

⁶¹ KAGAMI, Kazuaki; KONO, Toshiyuki NISHITANI, Yuko. Economic Analysis of Conflicts of Laws Rules in Tort. In: BASEDOW, Jürgen; KONO, Toshiyuki. **An Economic Analysis of Private International Law**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, p. 124.

Por isso, permite-se tecer duas considerações de fundo quanto às métricas de bem-estar. Em primeiro lugar se reconhece a existência de determinados valores humanos inegociáveis, como a democracia e o respeito aos direitos humanos, os quais devem nortear as iniciativas de regulação. Isto significa que a pesquisa entende que as diversas ferramentas disponibilizadas pela Internet devem servir como meios para a promoção da democracia e para o fortalecimento dos direitos humanos e que as transações digitais que contrariam esses propósitos podem e devem sofrer restrições.

A segunda ressalva diz respeito ao reconhecimento de que as transações econômicas celebradas pela Internet são, de modo geral, importantes vetores do bem-estar global. Esse reconhecimento não pretende dizer que tais transações não devam estar sujeitas à nenhuma forma de limitação, mas simplesmente estabelecer a importância de estimular as atividades econômicas por meio da rede e, por meio da inclusão digital, ampliar o acesso às suas potencialidades.

Assim, antes de explorar as justificativas para uma regulação pública da Internet, a pesquisa entende necessário destacar o papel econômico fundamental da Internet no tempo presente. A ênfase dada a esse truísmo mostra-se importante para que não se perca de vista que a regulação da Internet, qualquer que seja a instância reguladora, deve buscar facilitar e incrementar as transações virtuais – sem que sua excessiva complexidade lhes sirva de obstáculo.

2.2 A IMPORTÂNCIA ECONÔMICA DAS TRANSAÇÕES VIRTUAIS

Afirmar que a Internet tem papel central na economia na atualidade é uma obviedade. Vive-se, afinal, na Sociedade Informacional, definida por Manuel Castells como a sociedade “em que a geração, o processamento e a transmissão da informação tornam-se fontes fundamentais de produtividade e poder”⁶². Com 4,9 bilhões de usuários, a Internet alcança aproximadamente 63% da população mundial⁶³. Em Estados desenvolvidos, há mais pessoas com acesso à Internet - sobretudo por meio de celulares - do que com acesso à água potável⁶⁴.

⁶² CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. Tradução de Roneide Venancio Majer. 17ª ed. rev. ampl. São Paulo: Paz e Terra, 2016, p. 84, n.r. 30.

⁶³ ITU, **Measuring digital developments** – Facts and figures 2021. Disponível em: <https://www.itu.int/en/ITU-D/Statistics/Documents/facts/FactsFigures2021.pdf>. Acesso em: 05 jan. 2021.

⁶⁴ THE WORLD BANK. **World Development Report 2016** – Digital Dividends. Washington, DC: The World Bank, 2016, p. 2. Disponível em: <https://elibrary.worldbank.org/doi/book/10.1596/978-1-4648-0671-1?chapterTab=true>. Acesso em: 06 jan. 2022.

No Brasil, estima-se que existam 152 milhões de usuários, ou 81% da população do Estado com 10 anos ou mais⁶⁵.

Para a sociedade em geral⁶⁶, a Internet nasceu em 1995, com o lançamento do *Internet Explorer*, juntamente com o *Windows 95*⁶⁷. Desde então, a tecnologia revolucionou as relações econômicas e sociais, especialmente em virtude da redução de custos que possibilitou à transmissão de informações. Conforme bem destacou Joseph Nye⁶⁸, a instantaneidade das comunicações já é uma realidade desde os telégrafos, mas apenas a partir da Internet tornou-se possível transmitir informações a longa distância a custos insignificantes. Se transmitir informações não custa, a quantidade de informação passível de ser transmitida não se pauta mais pela lógica da escassez. Assim, com a Internet, é possível transmitir uma quantidade virtualmente infinita de informações.

Para além da drástica redução de custos que proporcionou à transmissão de informações, outras características, combinadas, tornam a Internet única, como fato de possibilitar a comunicação de muitas pessoas para muitas pessoas ao mesmo tempo (*many-to-many*), a abertura trazida pela Internet à comunicação por indivíduos de maneira igualitária (independentemente de estarem atrelados a grandes veículos de comunicação) e o fato de funcionar sem que haja uma autoridade ou controle central⁶⁹. Tais características permitem que a Internet promova a inclusão de grupos minoritários, aumente a eficiência produtiva, gere economias de escala e facilite a inovação, podendo funcionar, assim, como uma mola propulsora do desenvolvimento⁷⁰. A perspectiva é compactuada por Robert Cooter e Hans-Bern Shafer, que entendem que a inovação é o segredo do crescimento econômico na atualidade⁷¹. Não obstante, apesar das inegáveis contribuições da tecnologia na geração de riqueza, a distribuição dos dividendos gerados pela Internet é desigual.

⁶⁵ CGI.br, TIC. **Domicílios 2020** (Edição COVID-19 - Metodologia Adaptada), Disponível em: <https://cetic.br/pt/noticia/cresce-o-uso-de-Internet-durante-a-pandemia-e-numero-de-usuarios-no-brasil-chega-a-152-milhoes-e-o-que-aponta-pesquisa-do-cetic-br/>. Acesso em: 05 jan. 2021.

⁶⁶ A origem da *Internet* é militar, no período da Guerra Fria. Sobre isso será abordado no tópico 3.2.

⁶⁷ CASTELLS, Manuel. **A Galáxia da Internet: reflexões sobre a Internet, os negócios e a sociedade**. Tradução Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2003, p. 19.

⁶⁸ NYE Jr., Joseph. **The Future of Power**. New York: Perseus Books Group, 2011, p. 115.

⁶⁹ SVANTESSON, Dan Jerker B. **Private International Law and the Internet**. The Netherlands: Kluwer Law International BV, 2016.

⁷⁰ THE WORLD BANK. **World Development Report 2016 – Digital Dividends**. Washington, DC: The World Bank, 2016, p. 2. Disponível em: <https://elibrary.worldbank.org/doi/book/10.1596/978-1-4648-0671-1?chapterTab=true>. Acesso em: 06 jan. 2022.

⁷¹ COOTER, Robert; SHAFER, Hans -Bern. **O nó de Salomão: como o Direito pode erradicar a pobreza das nações**. Tradução de Magnum Koury de Figueiro Eltz. Curitiba: CRV, 2017, p. 18.

A economia digital é dominada pelas *big techs*, que concentram boa parte dos seus benefícios⁷². Além disso, 27% do mundo ainda está *offline*, sendo que 2,9 bilhões de pessoas do mundo (95% destas em Estados em desenvolvimento) nunca usaram a Internet⁷³. O *gap* existente entre quem tem acesso à Internet e quem não tem é chamado de *digital divide*, e a falta de acesso à tecnologia acaba por aprofundar outras inequidades, ao reduzir oportunidades econômicas, educacionais e, até mesmo, restringir informações importantes relacionadas à saúde pública⁷⁴.

Com a pandemia de Covid-19, a centralidade da Internet no tempo presente tornou-se ainda mais evidente. A ferramenta tornou-se meio central para a difusão de informações sobre a pandemia e alguns Estados até mesmo se utilizaram das ferramentas digitais de geolocalização⁷⁵ para controlar contatos de pacientes contaminados ou suspeitos⁷⁶. Ademais, com a necessidade de distanciamento social, muitas atividades migraram para o universo digital e a tecnologia tornou-se ferramenta central para enfrentar a crise econômica e social desencadeada pelo vírus, permitindo a continuidade de atividades empresariais e educacionais, a manutenção de empregos, os serviços públicos, o entretenimento e até a vida social. De acordo com dados da ITU/UNESCO, o uso de dados na Internet aumentou 48% em 2020⁷⁷. Como bem destacaram Klaus Schwab e Thierry Malleret, quase instantaneamente as atividades se tornaram virtuais e muitos dos comportamentos tecnológicos que a sociedade se viu forçada a adotar se tornaram naturais e continuarão no mundo pós pandêmico⁷⁸.

Ocorre que a pandemia também acentuou a desigualdade no uso da tecnologia: as populações excluídas digitalmente não se beneficiaram das possibilidades da educação à

⁷² Sobre o tema, ver tópico 1.4.1.

⁷³ ITU, **Measuring digital developments** – Facts and figures 2021. Disponível em: <https://www.itu.int/en/ITU-D/Statistics/Documents/facts/FactsFigures2021.pdf>. Acesso em: 05 jan. 2021.

⁷⁴ INTERNET SOCIETY. **Digital Divide**. Disponível em: <https://www.Internetsociety.org/blog/2022/03/what-is-the-digital-divide/>. Acesso em: 15 nov. 2022.

⁷⁵ Sobre tais tecnologias, ver tópico 3.4.

⁷⁶ G1. **Na China, aplicativos de rastreamento do coronavírus estão em toda parte**. Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2020/05/13/na-china-aplicativos-de-rastreamento-do-coronavirus-estao-em-toda-parte.ghtml>. Acesso em: 19 nov. 2022.

⁷⁷ ITU/UNESCO, **The State of Broadband 2021: People Centred Approaches for Universal Broadband**. September 2021. Disponível em: https://www.itu.int/dms_pub/itu-s/opb/pol/S-POL-BROADBAND.23-2021-PDF-E.pdf. Acesso em: 06 jan. 2022.

⁷⁸ SCHWAB, Klaus; MALLERET, Thierry, **Covid-19: The great reset**. Geneva: World Economic Forum, 2020, p. 98.

distância⁷⁹; enquanto o trabalho qualificado migrou para o *home-office* com relativa facilidade, milhares de trabalhadores tiveram suas jornadas de trabalho reduzidas, sofreram com decréscimos em seus rendimentos ou perderam seus empregos⁸⁰; ao mesmo tempo em que grandes corporações adotaram soluções digitais para continuar operando, muitas empresas de pequeno e médio porte em Estados em desenvolvimento⁸¹ não tiveram acesso às mesmas ferramentas e sucumbiram à crise.

A inclusão digital e a inserção de pequenas e médias empresas na economia digital, elevando a concorrência no setor, são fatores importantes para a maior distribuição dos benefícios da tecnologia. Há que se recordar, porém, o ensinamento de Pierre Lévy⁸², que destaca que a tecnologia, como toda técnica, não é boa nem má, tampouco neutra. Seus impactos dependerão dos seus usos e contextos, da forma como são empregadas e dos objetivos a que se destinam.

Para que a técnica seja empregada em prol do bem-estar global, o Banco Mundial aponta que são necessários complementos importantes à simples proliferação da tecnologia, como a existência de um ambiente de negócios adequado, o fortalecimento do capital humano e as boas práticas de governança na Internet⁸³. É neste ponto, portanto, que a economia e a tecnologia encontram o Direito, como corrobora a AED, que permite concluir pela necessidade de uma regulação pública da Internet, tanto em função das características fundamentais da tecnologia quanto em razão da presença de falhas de mercado no ambiente virtual e de preocupações relevantes de ordem democrática, como se demonstrará na sequência.

⁷⁹ A pesquisa TIC Educação de 2020 exemplifica numericamente esta desigualdade. Em um levantamento que abarcou apenas as escolas da rede pública durante o ano 2020, verificou-se que 87% das escolas utilizaram algum tipo de tecnologia nas estratégias de educação remota, sendo que 79% fizeram uso de aulas gravadas, 65% utilizaram de plataformas de videoconferência e 58% de plataformas virtuais de aprendizagem. No entanto, o número é significativamente menor quando se observam as escolas localizadas em áreas rurais (apenas 34% utilizaram de plataformas virtuais de aprendizagem) ou na região Norte do país (31%). (CETIC, **Resumo Executivo – Pesquisa TIC Educação 2020**. Disponível em: https://cetic.br/media/docs/publicacoes/2/20211124200731/resumo_executivo_tic_educacao_2020.pdf. Acesso em: 20 jan. 2022.

⁸⁰ ADAMS-PRASSL, Abi *et al.* **Inequality in the Impact of the Coronavirus Shock**: Evidence from Real time surveys. Institute of Labor Economics. Iza DP No. 13183. April 2020. Disponível em: <https://docs.iza.org/dp13183.pdf> Acesso em: 06 jan. 2022.

⁸¹ O relatório da ITU menciona, neste sentido, que o uso da Internet por empresas da África Subsaariana é inferior a 7%. (ITU, **Economic Impact of Covid-19 on Digital Infrastructure – Report of an Economic Experts Roundtable organized by ITU** (July 2020). Disponível em: https://www.itu.int/en/ITU-D/Conferences/GSR/2020/Documents/GSR-20_Impact-COVID-19-on-digital-economy_DiscussionPaper.pdf. Acesso em: 20 jan. 2022).

⁸² LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. 1 ed. São Paulo: Editora 34, 1999, p. 26.

⁸³ THE WORLD BANK. **World Development Report 2016 – Digital Dividends**. Washington, DC: The World Bank, 2016, p. 4. Disponível em: <https://elibrary.worldbank.org/doi/book/10.1596/978-1-4648-0671-1?chapterTab=true>. Acesso em: 06 jan. 2022.

2.3 O CÓDIGO É A LEI

Os primeiros defensores da inexistência de regulação do universo digital frequentemente justificavam suas concepções contrárias à criação de instrumentos jurídicos para regulação das redes com argumentos pautados numa suposta natureza resistente à regulação, que seria inerente à tecnologia. Ainda que os governos tentassem, o ciberespaço não poderia ser regulado de maneira satisfatória por nenhuma soberania⁸⁴. Isto permitiria que a Internet realizasse a utopia de um paraíso anárquico, quiçá semelhante ao estado de natureza de Jean-Jacques Rousseau⁸⁵.

É possível que pressuposições como esta sejam baseadas em uma incompreensão sobre a natureza humana. Não há dúvidas, porém, de que se baseiam em uma incompreensão sobre a natureza da Internet. Ou melhor: sobre o fato de que a Internet não é um dado da natureza. Assim, recorre-se as palavras de Lawrence Lessig⁸⁶ para afastar tais proposições:

Natureza. Essência. Inato. A forma como as coisas são. Este tipo de retórica deveria despertar suspeitas em qualquer contexto. Especialmente, deveria levantar suspeitas aqui. Se tem algum lugar em que a natureza não tem qualquer espaço, este lugar é o ciberespaço. Se tem algum lugar que é construído, este lugar é o ciberespaço. A retórica da “essência” obscurece essa característica e confunde as instituições de maneira perigosa⁸⁷.

Emprestando dos estudos clássicos da antropologia as distinções entre natureza e cultura⁸⁸, fica fácil concluir que não há nada que deva ser considerado natural na Internet, que é uma criação humana. O funcionamento da Internet não pode ser comparado às leis da natureza – como a lei da gravidade – e visto com determinismo, porque a Internet é construída. Ela não é imutável, pois resultou de escolhas feitas por agentes humanos. A Internet e seus diversos

⁸⁴ JOHNSON, David; POST, David. Law and Borders: the rise of Law in Cyberspace. **Stanford Law Review**. Vol. 48, No. 5. May 1996. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1229390>. Acesso em: 01 mar. 2022, p. 1376.

⁸⁵ “O ser humano nasce livre e em toda parte está a ferros” (ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social: princípios do direito político**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Edipro. Edição do Kindle, 2020, p. 32).

⁸⁶ LESSIG, Lawrence. **Code** – version 2.0. New York: Basic Books, 2006, p. 31.

⁸⁷ “*Nature. Essence. Inmate. The way things are. This kind of rhetoric should raise suspicions in any context. It should especially raise suspicion here. If there is any place where nature has no rule, it is in cyberspace. If there is any place that is constructed, cyberspace is it. Yet the rhetoric of “essence” hides this constructedness. It misleads our intuitions in dangerous ways*”. (Tradução livre de: LESSIG, Lawrence. **Code** – version 2.0. New York: Basic Books, 2006, p. 31).

⁸⁸ Por cultura entende-se as construções humanas, enquanto a natureza é o ambiente externo. Essa dicotomia, contudo, é hoje alvo de questionamentos. (Neste sentido, ver em: HAILA, Yrjö. Beyond the Nature-Culture Dualism. **Biology and Philosophy**. Disponível em: https://www.researchgate.net/profile/Yrjo-Haila/publication/226977136_Beyond_the_Nature-Culture_Dualism/links/58617f7608ae329d61ff346e/Beyond-the-Nature-Culture-Dualism.pdf. Acesso em: 19 nov. 2022).

sites e aplicações são o resultado intencional de uma atividade humana bem específica: a programação.

Programar. Planejar. Planificar. Regular. É evidente que tudo aquilo que é programado, por excelência, não é livre. Na linguagem da computação, os programadores escrevem um “código”⁸⁹ que fornece as instruções para que o programa de computador faça o que eles - os programadores - querem que seja feito. A palavra código, não por acaso, é usada na informática e no Direito, para designar um conjunto de disposições que visam determinar comportamentos. No caso do Direito, os comportamentos humanos. No caso da informática, o dos computadores. A partir do momento que estes programas de computadores permeiam as interações humanas, estes dois tipos de código se confundem. Neste sentido, Lawrence Lessig foi pioneiro em reconhecer que, em um mundo dominado pela Internet, *Code is Law*⁹⁰.

Mostra-se importante, assim, dar-se conta de que a Internet não é um espaço de liberdade plena, como alguns dos entusiastas da tecnologia parecem crer. Todas as suas funcionalidades e potencialidades são moldadas a partir das escolhas feitas por quem detém o controle da programação. Dentre os reguladores da Internet, destaca-se o papel das grandes corporações que comandam diversas funcionalidades essenciais da rede: as denominadas *big techs*⁹¹.

O papel das grandes empresas de tecnologia na regulação da Internet é um exemplo importante do pluralismo jurídico contemporâneo⁹². Sob à égide do positivismo jurídico, o Direito moderno era calcado no dogma do Estado como detentor do monopólio da criação do Direito. Nesse sentido, convém recorrer aos ensinamentos de Antônio Manuel Hespanha:

⁸⁹ A expressão “Código-fonte” designa “o conjunto de instruções e declarações escritas por um programador usando linguagem de programação de computador”. TECNOBLOG. **O que é Código fonte?** Disponível em: <https://tecnoblog.net/responde/o-que-e-codigo-fonte/#:~:text=Resumindo%2C%20%20conjunto%20de,%20conhecido%20como%20c%20B3digo%20objeto>. Acesso em: 13 nov. 2022.

⁹⁰ A expressão “*Code is law*” dá título ao primeiro capítulo da clássica obra sobre o tema de Lawrence Lessig (publicada originalmente em 1999). Neste sentido, ver em: LESSIG, Lawrence. **Code** – version 2.0. New York: Basic books, 2006.

⁹¹ Ver item 2.3.1.

⁹² O pluralismo jurídico, nas lições de Antônio Manuel Hespanha, pode ser definido como a coexistência de distintos complexos de normas, com legitimidades e conteúdos distintos, no mesmo espaço social, sem que exista uma regra de conflitos fixa e inequívoca que delimite, de uma forma previsível de antemão, o âmbito de vigência de cada ordem jurídica. (HESPANHA, Antônio Manuel. Porque é que existem e em que consiste um Direito Colonial Brasileiro. **Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno**. Vol. 35, n° 1, 200, p. 62. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5188085>. Acesso em 05 dez. 2021).

Antes, tudo isso parecia claro. O Direito era o conjunto de normas emitidas pelo Estado. Era, portanto, o Estado quem o dizia. (...). O Direito do Estado era todo o Direito, ou pelo menos, dispunha, de forma absoluta, sobre o que era Direito. (...) O Estado era tido como sendo a única legitimidade para dizer o Direito (...) hoje, tudo se tornou menos nítido e mais complexo. Ao Estado, contrapõe-se uma sociedade que parece produzir normas diretamente, sem necessitar da mediação oficial; à unidade do Estado contrapõe-se a dispersão de centros de poder normativo; às Nações, distintas e isoladas, contrapõe-se a “sociedade global” de todas as nações, ultrapassando as fronteiras dos Estados e pouco atenta ao recorte oficial das fronteiras; à unidade de cada um dos vários direitos, contrapõem-se direitos com diversos centros autônomos produtores de normas, desprovidos de coerência, sobrepostos, combinando normas de validade apenas local, com outras que valem a um nível translocal, global⁹³.

Nota-se, portanto, que na atualidade a soberania Estatal é compartilhada com outros grupos criadores de normas. Isso se mostra especialmente verdadeiro no contexto da regulação da Internet⁹⁴ e da regulação pelo código, que é também denominada de *lex informática*⁹⁵.

De fato, os atores privados ocupam um espaço bastante central na regulação da Internet desde os seus primórdios. O primeiro exemplo, sem dúvidas, é a *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers* (ICANN)⁹⁶, uma corporação sem fins lucrativos constituída sob as leis do Estado da Califórnia, cujas funções – críticas ao funcionamento da Internet - são a administração do sistema de nomes de domínio, o gerenciamento do sistema de números de IP e o gerenciamento dos servidores-raiz (*root services*)⁹⁷, como se verá com maior detalhamento no terceiro capítulo⁹⁸.

Inobstante, na atualidade, para além dos requisitos de conectividade essenciais para o funcionamento das redes, as empresas privadas de tecnologia, na gestão de suas aplicações, mediam todas as formas de interação humana, incluindo as relações entre os governantes e os governados⁹⁹, aplicando suas regras transnacionalmente de maneira mais rápida e efetiva do que os mecanismos jurídicos de origem estatal¹⁰⁰.

⁹³ HESPANHA, António Manuel. **Pluralismo Jurídico e Direito Democrático**. São Paulo: Annablume, 2013, p. 17-18.

⁹⁴ STEIN, Allan R. The Unexceptional Problem of Jurisdiction in Cyberspace. **The International Lawyer** 1167 (1998). Disponível em: <https://scholar.smu.edu/til/vol32/iss4/10/>. Acesso em 12 set. 2021.

⁹⁵ SVANTESSON, Dan Jerker B. **Internet & Jurisdição: Relatório de Status Global 2019**. Internet & Jurisdiction Policy Network publication, 2019. Disponível em: <https://www.Internetjurisdiction.net/uploads/pdfs/Portuguese-IJPN-Global-Status-Report-2019.pdf>, p. 53. Acesso em 22 ago. 2021, p. 107.

⁹⁶ Sobre a ICANN ver em 3.2.1

⁹⁷ BIANCHI, José Flávio. Internet e Regulação: a ICANN à luz da teoria da regulação. **Revista de Direito Setorial e Regulatório**. Brasília, v. 2, n.1, p. 249. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/rdsr/article/view/19258/17756>. Acesso em 05 dez. 2021.

⁹⁸ Ver item 3.2.1 *infra*.

⁹⁹ MACKINNON, Rebecca. **Consent of the Networked: the worldwide struggle for Internet Freedom**. New York: Peseus Books Group, 2012, p. 5.

¹⁰⁰ BELLI, Luca; VENTURINI, Jamila. Private ordering and the rise of terms of service as cyber-regulation. **Internet Police Review – Journal on Internet Regulation**. Volume 5. Issue 4. Published on 29 Dec 2016. Disponível em: <https://policyreview.info/pdf/policyreview-2016-4-441.pdf>. Acesso em 05 dez. 2021.

As *big techs* são, hoje, dotadas do que Horatia Muir Watt¹⁰¹ denominou de “autoridade transnacional” – definida pela autora como a pretensão de atores não estatais de garantirem obediência independentemente das fronteiras nacionais¹⁰². Ao moldarem os espaços digitais dos quais a sociedade é cada vez mais dependente, essas empresas tornam-se incomparáveis em seu exercício de normatização, que não mais se restringe à definição estrutural de sua programação. Ao contrário, as grandes empresas da Internet têm assumido um papel relevante na moderação do conteúdo que é exibido nas redes, movidas tanto pela assunção voluntária de responsabilidades, como em decorrência de imposições ou incentivos das diferentes legislações nacionais¹⁰³.

Diante disso, além da regulação inserida na arquitetura técnica das plataformas digitais, os termos de serviço das grandes empresas na Internet atuam como parâmetro normativo para seus bilhões de usuários ao redor do mundo, disciplinando tanto questões intrínsecas à utilização da plataforma (como no exemplo dado por Bertrand de la Chapelle e Lorryne Porciuncula¹⁰⁴, proibindo fotos de cachorros em *sites* destinados aos adoradores de gatos), mas também moderando conteúdos por motivações de ordem pública ou por interesses privados.

O interesse das empresas pode ser coincidente ao interesse público. Navegar em uma rede social como o *Instagram* seria muito menos agradável se houvesse grande risco de esbarrar com uma imagem envolvendo abuso infantil, por exemplo. Inobstante, em situações nas quais o interesse privado das corporações difere do interesse público, a moderação de conteúdo feito pelas grandes plataformas passa a ser um problema, já que a premissa da racionalidade econômica indica que tais empresas tenderão a perseguir os seus interesses por meio de sua autorregulação, ainda que em detrimento ao interesse coletivo.

¹⁰¹ MUIR WATT, Horatia. Theorizing transnational authority: a private international law perspective. In: COTTERREL, Roger. DEL MAR, Maksymilian. **Authority in Transnational Legal Theory**: Theorising Across Disciplines. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2016, p. 328.

¹⁰² De fato, na atualidade, tem-se utilizado o conceito de Direito Transnacional – originalmente descrito por Phillip Jessup como o Direito a regular os atos e eventos que transcendem às fronteiras nacionais (abarcando tanto elementos de DIP como de DIPRI). (A esse respeito: JESSUP, Phillip C. **Transnational Law**. New Haven: Yale University Press, 1956, p.2.; RAMOS, André de Carvalho. **Direito Internacional Privado e Direito Transnacional**: entre a unificação e a anarquia. Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 13, n. 2, 2016, p. 507).

¹⁰³ SVANTESSON, Dan Jerker B. **Internet & Jurisdição**: Relatório de Status Global 2019. Internet & Jurisdiction Policy Network publication, 2019. Disponível em: <https://www.Internetjurisdiction.net/uploads/pdfs/Portuguese-IJPN-Global-Status-Report-2019.pdf>, p. 53. Acesso em 22 ago. 2021, p. 139.

¹⁰⁴ CHAPELLE, Bertrand de la; PORCIUNCULA, Lorryne **We Need to Talk About Data**: Framing the Debate Around Free Flow of Data and Data Sovereignty. Internet and Jurisdiction Policy Network. Disponível em: <https://www.Internetjurisdiction.net/uploads/pdfs/We-Need-to-Talk-About-Data-Framing-the-Debate-Around-the-Free-Flow-of-Data-and-Data-Sovereignty-Report-2021.pdf>. Acesso em 15 nov. 2022.

A forma pela qual as grandes empresas moderam o conteúdo na Internet compõe grande parte do debate sobre a governança nas redes na atualidade. A relevância da moderação feita pela *Meta (Facebook)*, por exemplo, fez com que a empresa ganhasse a alcunha de “regulador político mais poderoso do mundo” ou “o maior censor do mundo”¹⁰⁵. Rebecca Mackinnon¹⁰⁶ usou o termo “Facebookistan” para comparar a empresa com um Estado (o mais populoso do mundo considerando a quantidade de usuários de suas redes sociais¹⁰⁷) e analisar a forma como seus termos de serviço estabelecem uma estrutura de governança dentro das redes administradas pela empresa, com seu enorme alcance. A autora chama a atenção, no entanto, que a aplicação das regras nem sempre é consistente e transparente para os usuários – o que decorre dos incentivos existentes à regulação feita pela empresa, como será detalhado nas próximas seções.

O tema ganhou ainda mais destaque com o banimento do ex-presidente estadunidense Donald Trump das redes sociais comandadas pelo *Facebook*, *Twitter* e *Google* em 2021¹⁰⁸, uma espécie de “controvérsia da investidura” dos tempos modernos que sinalizou que até mesmo um (ex) presidente dos Estados Unidos da América pode ver-se sujeito ao poder das *big techs*. Sobre o bloqueio, a *Freedom House*, organização não governamental americana que se posiciona em defesa da liberdade e da democracia, afirmou:

A retórica do presidente contribuiu claramente para a insurreição violenta no Capitólio dos EUA, levando muitos a receberem bem as proibições e suspensões no caso Trump. As empresas de tecnologia, entretanto, não são claras ou consistentes sobre como tratam o discurso dos políticos influentes. Na verdade, elas há muito são acusadas de realizar arbitrários bloqueios e remoções em outros contextos, afetando os jornalistas, defensores de direitos humanos e membros de comunidades marginalizadas ao redor do mundo. Tais incidentes fortalecem o argumento de que não se pode confiar nas grandes plataformas o papel de moderação de conteúdo sem algum tipo de supervisão¹⁰⁹.

¹⁰⁵ ESTARQUE, Marina; ARCHEGAS, João Victor. **Redes Sociais e Moderação de Conteúdo**: criando regras para o debate público a partir da esfera privada. Rio de Janeiro: Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio, 2021. Disponível em: https://itsrio.org/wp-content/uploads/2021/04/Relatorio_RedexSociaisModeracaoDeConteudo.pdf. Acesso em 23 set. 2022, p. 8.

¹⁰⁶ MACKINNON, Rebecca. **Consent of the Networked**: the worldwide struggle for Internet Freedom. New York: Peseus Books Group, 2012, p. 155.

¹⁰⁷ Vide tópico 2.3.1 infra.

¹⁰⁸ REUTERS. **Banido de redes sociais, Trump processa Facebook, Twitter e Google**. Disponível em: <https://www.nexojornal.com.br/extra/2021/07/07/Banido-de-redes-sociais-Trump-processa-Facebook-Twitter-e-Google>. Acesso em 19 nov. 2022.

¹⁰⁹ FREEDOM HOUSE. **Freedom on the Net 2021**. The Global Drive to Control Big Tech. Disponível em: https://freedomhouse.org/sites/default/files/2021-09/FOTN_2021_Complete_Booklet_09162021_FINAL_UPDATED.pdf. Acesso em 26 nov. 2022, p.12

A falta de transparência na moderação dos conteúdos acaba servindo para colocar em xeque, inclusive, medidas legítimas de moderação. Disciplinar o que se difunde em meios digitais mostra-se necessário para coibir a disseminação de conteúdo danoso – como a disseminação de pedofilia, propagandas terroristas, discurso de ódio ou desinformação. Neste particular, a *Freedom House*¹¹⁰ pontua que alguns políticos populistas têm usurpado do discurso de liberdade nas redes para subverter o argumento da importância da liberdade de expressão em proveito próprio.

A entidade menciona que esforços neste sentido foram vistos na Rússia, no México e no Brasil, especialmente após o bloqueio de Donald Trump por parte das *big techs*. A iniciativa brasileira que chamou a atenção da entidade foi a Medida Provisória editada pelo então presidente Jair Bolsonaro, em setembro de 2021, para alterar o Marco Civil da Internet no Brasil¹¹¹. Dentre as mudanças, o ex-presidente pretendia incluir um dispositivo que estabelecia restrições à remoção de conteúdo pelas plataformas e a previsão de aplicação extraterritorial da lei, que deveria abarcar qualquer provedor de conteúdo para usuários brasileiros.

A justificativa da Medida Provisória era a de promover a liberdade na Internet. Vale ressaltar que, aos olhos da *Freedom House*¹¹², o Brasil é um Estado com a Internet apenas parcialmente livre e a nota atribuída ao país pela organização é inferior à média global. Por este motivo, promover mais liberdade nas redes deve realmente ser um objetivo para o Estado brasileiro. Não obstante, a principal razão para a nota baixa recebida pelo Brasil, segundo relatório da própria organização, não está em qualquer tipo de moderação de conteúdo. Nas palavras da organização sem fins lucrativos fundada há mais de 60 anos por Eleanor Roosevelt: “a saúde do ambiente *online* no Brasil foi corroída por campanhas de desinformação promovidas pelo presidente Jair Bolsonaro e seus aliados”¹¹³. A Medida Provisória, assim, representou muito mais uma ameaça à liberdade no ambiente digital do que uma solução.

De acordo com Nota Técnica a respeito da medida emitida pelo Grupo de Estudos de Direito Autoral e Industrial da Universidade Federal do Paraná¹¹⁴, a Medida Provisória transferia à administração pública federal a tarefa de moderação de conteúdos em plataformas

¹¹⁰ FREEDOM HOUSE. **Freedom on the Net 2021**. The Global Drive to Control Big Tech. Disponível em: https://freedomhouse.org/sites/default/files/2021-09/FOTN_2021_Complete_Booklet_09162021_FINAL_UPDATED.pdf. Acesso em 26 nov. 2022, p.16.

¹¹¹ PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Medida Provisória nº 1068, de 2021**. Disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias/-/mpv/149726>. Acesso em 18 dez. 2021.

¹¹² FREEDOM HOUSE. **Freedom on the Net 2022**. Brazil. Disponível em: <https://freedomhouse.org/country/brazil/freedom-net/2022>. Acesso em 26 nov. 2022.

¹¹³ FREEDOM HOUSE. **Freedom on the Net 2022**. Brazil. Disponível em: <https://freedomhouse.org/country/brazil/freedom-net/2022>. Acesso em 26 nov. 2022.

¹¹⁴ GEDAI. **Nota Técnica sobre a Medida Provisória 1.068/2021**. Disponível em: <https://www.gedai.com.br/wp-content/uploads/2021/09/Nota-Tecnica-GEDAI-MP-1.068.pdf>. Acesso em 18 dez. 2021.

digitais – o que gera uma contradição ao seu alardeado intuito de proteção da liberdade de expressão. Ademais, ao proibir as plataformas de exercerem a função da moderação de conteúdo por meio de seus sistemas internos – baseados em normas contratuais previstas em seus termos de serviço – a MP traria um elevado ônus às vítimas de violações de direitos no ambiente digital, que precisariam recorrer ao Judiciário para se verem livres de ofensas que, anteriormente, poderiam ser facilmente removidas pelos provedores. A Medida Provisória foi rejeitada pelo Congresso Nacional¹¹⁵, mas sua propositura demonstra a dificuldade para se encontrar um equilíbrio entre o papel das empresas e dos governos no ambiente digital.

Neste contexto, faz-se necessário pontuar que o controle democrático demanda mecanismos para mitigar a concentração de poder nas mãos de poucos, sejam atores privados, seja o governo. No entanto, aqueles que se opõem a uma regulação pública no ambiente digital costumam sustentar que uma maior consciência dos usuários e a competição entre empresas concorrentes seria a melhor forma de assegurar que as empresas por detrás da Internet encontrassem os incentivos para serem mais transparentes em seus intentos regulatórios, garantindo os direitos dos usuários sob pena de perderem seus clientes¹¹⁶. Para que isto fosse possível, porém, o mercado em que se inserem as grandes empresas da Internet precisaria funcionar bem, trazendo naturalmente os incentivos para comportamentos eficientes pelos atores privados. Isso – como se verá – não é o que acontece.

2.4 AS FALHAS DE MERCADO PRESENTES NA INTERNET

Para além daqueles que ingenuamente creem em uma Internet anárquica, dentre os defensores da ausência de interferência regulatória nos ambientes virtuais, também há aqueles que dão roupagem disruptiva às velhas teorias econômicas que defendem a capacidade de autorregulação dos mercados.

A premissa fundante da economia neoclássica é a assunção de que, quando são livres para transacionar, os agentes realizarão trocas e negociações até que os custos de cada transação se igualem aos benefícios percebidos por todas as partes, gerando uma situação de equilíbrio

¹¹⁵ AGÊNCIA CÂMARA DE NOTÍCIAS. **Presidente do Congresso devolve ao governo a MP que limita remoção de conteúdos em redes sociais.** Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/805965-presidente-do-congresso-devolve-ao-governo-a-mp-que-limita-remocao-de-conteudos-em-redes-sociais/>. Acesso em 18 dez. 2021.

¹¹⁶ MACKINNON, Rebecca. **Consent of the Networked: the worldwide struggle for Internet Freedom.** New York: Peseus Books Group, 2012, p. 120.

geral¹¹⁷, um “ótimo de Pareto”¹¹⁸, situação na qual nenhuma mudança na alocação dos recursos melhorará a posição de um dos participantes sem piorar a dos demais. É a ideia disseminada a partir da metáfora da mão invisível de Adam Smith¹¹⁹: o credo de que os mercados livres servem ao interesse público ao, sem interferência, produzirem os melhores resultados do ponto de vista econômico¹²⁰. Para Milton Friedman¹²¹, o “relâmpago de gênio” de Adam Smith foi o reconhecimento de que os preços que emergem das transações voluntárias em um mercado livre podem servir à coordenação das atividades econômicas, e que, quando cada pessoa age movida pelo seu próprio auto interesse, contribui automaticamente para o bem-estar coletivo.

O alcance deste equilíbrio a partir dos mercados, no entanto, depende da ocorrência de algumas premissas bastante específicas: é preciso que os bens trocados no mercado sejam fungíveis entre si, e que exista um número indefinido de participantes no mercado, os quais não podem ter qualquer influência autônoma sobre a oferta ou a procura e devem ser plenamente capazes de responder às suas mudanças. Tais agentes de mercado devem, ainda, atuar sobre um princípio de plena transparência, com informações disponíveis e confiáveis, de modo a permitir que as escolhas racionais levem à maximização da utilidade nas trocas¹²².

A ausência de uma ou mais dessas premissas caracteriza um mercado imperfeito: um mercado em que há falhas que impedem uma autorregulação eficiente. Para os neoclássicos as falhas de mercado (esporádicas e excepcionais) seriam as únicas situações a justificar um intervencionismo estatal. O irrealismo das premissas do mercado auto equilibrado¹²³, no

¹¹⁷MACKAAY, Ejan; ROUSSEAN, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. Tradução Rachel Sztajn. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 122.

¹¹⁸ O Ótimo de Pareto não foi inicialmente desenvolvido para focar as instituições, mas sim a distribuição de recursos em sistemas produtivos. Assim, uma determinada forma de organizar a produção seria considerada eficiente quando não fosse possível produzir mais de um determinado bem sem produzir menos de outro bem. Aplicando esta mesma fórmula às instituições, tem-se que uma determinada configuração será considerada eficiente quando não for possível modificá-la para melhorar a condição de algumas pessoas sem que, para isto, outras pessoas fiquem em uma situação pior. (Sobre isso: RAWLS, John. **A Theory of Justice**. Cambridge: Harvard College, 1999. p. 66).

¹¹⁹ A imagem da mão invisível dos mercados foi introduzida por Adam Smith, em sua obra clássica “A riqueza das nações”. Para Smith, nos mercados, uma espécie de mão invisível guiaria as partes, buscando seu autointeresse, para aplicar os recursos corretamente, produzindo resultados eficientes do ponto de vista social mesmo que os agentes não estivessem preocupados com isto. (A esse respeito: NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico**. 9ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 114).

¹²⁰ É digno de nota que, embora seja a visão popularmente difundida, trata-se de uma visão bastante reducionista da perspectiva de Adam Smith, que sempre reconheceu a necessidade de limitação dos mercados para preservação da concorrência e que não concebia a economia como uma ciência apartada da ética. Ao contrário, o autor foi, inclusive, professor de filosofia moral na Universidade de Glasgow. (Sobre isso: SEN, Amartya. **Sobre Ética e Economia**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. p. 9).

¹²¹ FRIEDMAN, Milton; FRIEDMAN, Rose. **Liberdade de Escolher**. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Editora Record, 2015, p. 27.

¹²² MOREIRA, Vital. **A ordem jurídica do capitalismo**, 3 ed. Coimbra: Centelha, 1978, p. 43.

¹²³ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da Atividade Econômica** (Princípios e Fundamentos Jurídicos). São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2001, p. 31.

entanto, faz com que, atualmente, se reconheça que, em geral, os mercados são imperfeitos, razão pela qual a regulação e o Direito são salutares para o bom funcionamento de um sistema econômico.

De fato, a inacurácia do postulado liberal de que os mercados funcionam de maneira eficiente se deixados sem qualquer intervenção é tema que há tempos compõe a literatura do Direito e da Economia, que reconhece que os modelos teóricos que embasam a perspectiva do *laissez faire* são pautados em pressupostos de concorrência estreitos demais para sua concretização no mundo real¹²⁴. Neste sentido, afirma Natalino Irti¹²⁵, que o mercado não é um *locus naturalis* e sim um *locus artificialis*, dependente de instrumentos de Direito que, a partir de decisões políticas determinadas, dão forma à economia. Há, portanto, que se reconhecer a importância do Direito como elemento de organização social.

Ao analisarem as interações de mercado no ambiente digital, Niva Elkin-Koren e Eli M. Salzberger¹²⁶ afirmam que, mesmo sob os auspícios da economia neoclássica, uma intervenção na Internet seria justificável já que algumas das características inerentes ao funcionamento das redes são produtoras de falhas de mercado, como o fato das externalidades de rede e das exigências de compatibilidade tecnológica propiciarem a criação de monopólios e o fato de a informação ser um bem coletivo¹²⁷, que torna difícil diferenciar pagadores de não pagadores e, assim, distribuir custos e recompensas de forma adequada.

O ambiente virtual também traz consigo um novo problema, oposto ao da incompletude informacional - isto é, o reconhecimento de que os indivíduos raramente dispõem de toda a informação necessária para embasar suas escolhas. Nos cenários virtuais, a quantidade de informação disponível não é um problema, mas ao mesmo tempo em que há uma abundância de informações, torna-se difícil distinguir a informação do ruído ou da desinformação, o que também acentua a assimetria informacional e dificulta a tomada de decisão racional nas transações digitais. Estes problemas são importantes justificativas para a regulação das redes, como se examinará na sequência.

¹²⁴ FRAZÃO, Ana. **Direito da Concorrência: pressupostos e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 75.

¹²⁵ IRTI, Natalino. **L'ordine giuridico del mercato**. Roma: Laterza & Figli, 2003, p. 5.

¹²⁶ ELKIN-KOREN, Niva; SALZBERGER, Eli M. Law and Economics in Cyberspace. **International Review of Law and Economics**. 1999. Disponível em: https://law.haifa.ac.il/images/Publications/Law_and_economics_in_cyberspace.pdf. Acesso em 15 jan. 2022, p. 555.

¹²⁷ Niva Kin-Koren e Eli Salzberger utilizam a terminologia “*public goods*”, que seria mais adequadamente traduzida como “bens públicos”. Optou-se por utilizar a expressão “bens coletivos” nesta tese, tal como sugerido por Fábio Nusdeo, para evitar uma possível confusão entre o conceito de bens públicos da economia e do Direito – que não é o mesmo. Assim o conceito de bem coletivo aqui utilizado é equivalente ao conceito econômico (e não ao conceito jurídico) de “bem público”. (Sobre o tema, ver em: NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia (Introdução ao Direito Econômico)**. 7ª ed. rev.atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 43).

2.4.1 Monopólios

Indispensável para o bom funcionamento dos mercados é a existência de concorrência. É ela que permite que os participantes do mercado (ofertantes e demandantes) atinjam o ponto de equilíbrio¹²⁸. Dentro deste contexto, a ausência de concorrência desponta como a principal falha de mercado a demandar a intervenção do Estado, pois ela impede o funcionamento do sistema de organização racional da economia a partir da livre negociação dos agentes¹²⁹.

O monopolista, imbuído do desejo de obter o maior lucro possível a partir de sua posição no mercado, gera ônus excessivo aos consumidores: uns pagarão mais caro pelos bens do que o fariam na existência de concorrência; outros serão excluídos do mercado, por não terem condições de participar diante da imposição de preços praticada¹³⁰. A mesma situação surge quando há um nível abaixo do desejado de produtores (situação denominada de cartel).

Niva Elkin-Koren e Eli M. Salzberger¹³¹ explicam que o ciberespaço resolveu alguns dos tradicionais problemas econômicos que levavam à formação de monopólios (ao ampliar o tamanho dos mercados facilitando o acesso ao mercado global e reduzindo alguns custos de entrada), mas algumas de suas características dominantes ameaçam a manutenção de níveis saudáveis de concorrência.

De fato, os mercados digitais são dominados pelas *big techs* – termo usado para designar as empresas como a *Google, Meta, Apple, Microsoft e Amazon* que concentram boa parte das funcionalidades essenciais da Internet contemporânea. A influência destas empresas transcende os serviços por elas prestados, permitindo que controlem diversos aspectos da vida social. Neste sentido, sustentam Reijer Hendrikse, Ilke Adriaans, Tobias J. Klinge e Rodrigo Fernandez:

¹²⁸ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAN, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. Tradução Rachel Sztajn. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 105.

¹²⁹ MOREIRA, Vital. **A ordem jurídica do capitalismo**, 3 ed. Coimbra: Centelho, 1978, p. 38

¹³⁰ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAN, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. Tradução Rachel Sztajn. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 110.

¹³¹ ELKIN-KOREN, Niva; SALZBERGER, Eli M, Law and Economics in Cyberspace. **International Review of Law and Economics**. 1999. Disponível em: https://law.haifa.ac.il/images/Publications/Law_and_economics_in_cyberspace.pdf. Acesso em 15 jan. 2022, p. 555.

Atualmente, uma mão cheia de plataformas comandadas por *big techs* formam o coração da infraestrutura da sociedade e da economia cada vez mais digitalizada, operando como pontos de passagem obrigatórios para as trocas sociais, colonizando vidas profissionais e privadas, monopolizando o fluxo de informações e comunicação¹³².

As *big techs* operam, cada qual em seu segmento, com elevada concentração de mercado. Tome-se como exemplo a empresa *Alphabet Inc.*, holding que controla a *Google Inc.* A empresa dona do maior portal de buscas da Internet, também detém o controle sobre diversas outras aplicações muito utilizadas nas redes (o *Gmail*, o *Google Maps*, o navegador *Android* e o *YouTube* são só alguns dos exemplos mais notórios). Sua participação no mercado em todos os segmentos dessas aplicações é expressiva, mas no segmento das plataformas de busca sua posição monopolista se mostra bastante evidente. Por isto, em outubro de 2020, o Departamento de Justiça dos Estados Unidos iniciou um processo contra o *Google* por violação do *Sherman Act*, a lei antitruste estadunidense¹³³.

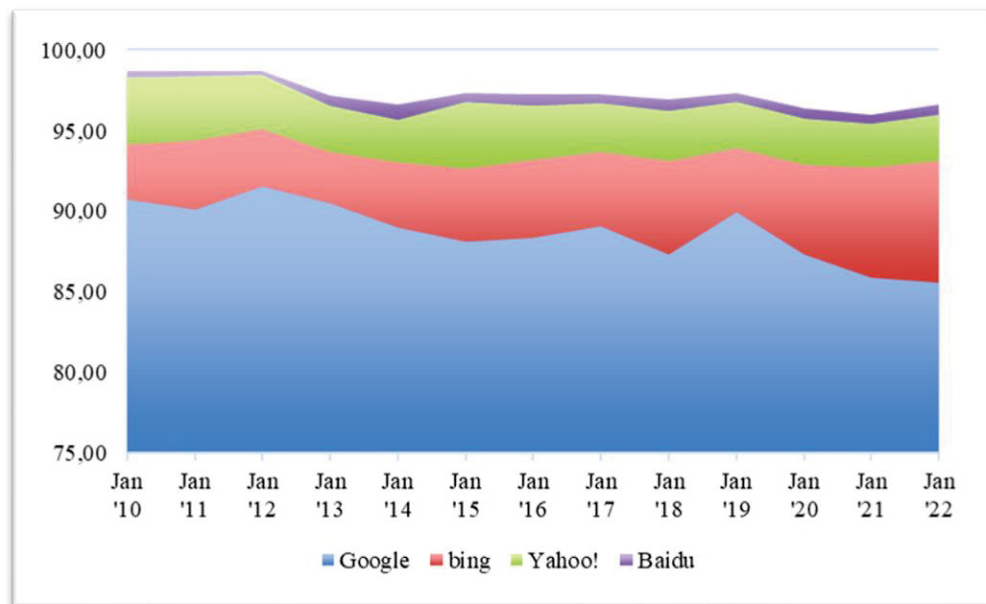
O Departamento de Justiça americano sustenta, basicamente, que a posição monopolista do *Google* no segmento advém de uma série de acordos de exclusividade que envolvem a pré-instalação dos aplicativos do *Google* em posições preferenciais nos celulares, a proibição da pré-instalação de aplicativos concorrentes, impedimentos técnicos para que os usuários deletem os aplicativos do *Google* de seus celulares, além do acordo de exclusividade firmado com a *Apple* que tornou o *Google* o único mecanismo de busca passível de utilização por meio do navegador *Safari*. Ademais, o Governo americano também alegou que o *Google* utiliza de seus lucros obtidos em decorrência da inexistência de concorrência no mercado para realizar investimentos para obtenção de tratamentos preferenciais em dispositivos e navegadores, de modo a se perpetuar na posição monopolista.

O gráfico abaixo (Gráfico 1) demonstra a impressionante participação do *Google* no segmento das plataformas de busca, em uma posição dominante que já perdura mais de dez anos.

¹³² “Today, a handful of Big Tech platforms form ‘the infrastructural core’ of increasingly digitalized economies and societies, operating as obligatory passage points for social exchange – colonizing professional and private lives, monopolizing flows of information and communication” (tradução livre). HENDRIKSE, Reijer, et. all. The Big Techification of Everything. *Science as Culture*. 2022. Vol. 31, n. 1, p. 59-71. Disponível em: <https://doi.org/10.1080/09505431.2021.1984423>. Acesso em 10 mai. 2022.

¹³³ THE UNITED STATES DEPARTMENT OF JUSTICE. **Justice Department Sues Monopolist Google For Violating Antitrust Laws**. Press Release. Disponível em: <https://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-sues-monopolist-google-violating-antitrust-laws>. Acesso em 22 nov. 2022.

GRÁFICO 1 – Participação das plataformas de busca no mercado global (janeiro de 2010 a janeiro de 2022)



FONTE: Elaboração própria da autora com dados de *Statista Research Department*¹³⁴

Apesar da enorme parcela do mercado controlado pelo *Google*, a empresa se defendeu publicamente das acusações de monopólio feitas pelo Departamento de Justiça dos Estados Unidos, primeiramente por meio de uma postagem feita por seu presidente, Kent Walker, no Blog oficial da empresa. O *post* foi divulgado na mesma data em que o Departamento de Justiça dos Estados Unidos divulgou o início do processo por meio de um comunicado à imprensa e continha um argumento simples: as pessoas usam o *Google* porque querem, não porque precisam¹³⁵. Ademais, a empresa também criou em seu *blog* oficial uma página permanente destinada a prestar informações sobre sua política relacionada a disciplina jurídica da competição nos Estados Unidos. Na página, intitulada “Fatos sobre o *Google* e competição”, a empresa sustenta que, como os serviços oferecidos pelo *Google* são gratuitos, sua posição dominante não se traduz em prejuízos ao consumidor, o que seria indispensável para a caracterização de um monopólio como ilegal segundo a lei estadunidense¹³⁶.

Ocorre que as grandes corporações da Internet têm cobrado um preço muito alto dos usuários pela utilização das plataformas. Este preço não é pago em dinheiro, mas em outros

¹³⁴ STATISTA. **Global market share of search engines 2010-2022**. Disponível em: <https://www.statista.com/statistics/216573/worldwide-market-share-of-search-engines/>. Acesso em 19 nov. 2022.

¹³⁵ WALKER, Kent. **A deeply flawed lawsuit that would do nothing to help consumers**. Disponível em: <https://blog.google/outreach-initiatives/public-policy/response-doj/>. Acesso em 22 nov. 2022.

¹³⁶ “Facts about Google and competition”. GOOGLE. **Our approach to competition in the U.S.** Disponível em: <https://blog.google/competition/#overview>. Acesso em 22 de nov. 2022.

recursos valiosos a um ser humano, como seu tempo e seus dados pessoais. Como se verá adiante¹³⁷, embora as plataformas lucrem com a venda de anúncios personalizados, a eficiência destes anúncios e sua atratividade para os anunciantes é resultado de sua capacidade de direcionamento aos usuários, adquirida como decorrência de uma intensiva coleta de dados pessoais. Assim, ainda que não seja necessário pagar uma quantia em dinheiro para realizar uma busca no *site* pelo *Google*, o usuário paga com seus dados e com o tempo que disponibiliza à visualização dos anúncios.

Pode-se dizer, portanto, que a gratuidade dos serviços oferecidos pelas plataformas é apenas aparente, já que, ainda que não haja contraprestação pecuniária pelos serviços, os usuários pagam por eles concedendo um poder ilimitado na definição sobre quais as informações serão coletadas e utilizadas, assim como sobre quais as informações que serão difundidas através dos seus canais. A falta de concorrência na Internet impede os consumidores de exercerem o direito de escolha e buscarem empresas alternativas com políticas de coletas de dados menos invasivas ou por uma moderação de conteúdo mais transparente.

As acusações feitas pelo governo dos Estados Unidos no caso do *Google* foram similares às acusações feitas em um processo movido contra a *Microsoft* em virtude de políticas anticompetitivas relacionadas ao sistema operacional *Windows*, no final dos anos 1990¹³⁸. A *Microsoft* também foi acusada de práticas anticompetitivas relacionadas ao monopólio de tecnologias, a existência de aplicações pré-instaladas em aplicações de parceiros e ao impedimento técnico de desinstalação de aplicações. Isto evidencia uma particular faceta dos mercados digitais que pode ser responsável por ameaças a um ambiente concorrencial sadio: os requisitos de conectividade, integração e interoperabilidade existentes entre os sistemas tecnológicos.

As novas tecnologias da informação precisam ser compatíveis com as já existentes para que possam ser utilizadas pelos usuários. No entanto, muito do conhecimento e das tecnologias intrínsecas ao funcionamento das redes estão protegidos por direitos de propriedade intelectual detidos por atores privados, que podem condicionar a utilização da tecnologia pré-existente à celebração de acordos de exclusividade anticoncorrenciais e criar dificuldades para

¹³⁷ Ver item 2.5

¹³⁸ THE UNITED STATES DEPARTMENT OF JUSTICE. **United States of America vs. Microsoft Corporation**. Civil Action No. 98-1232 (TPJ). Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/us-v-microsoft-courts-findings-fact>. Acesso em 14 mai. 2022.

a compatibilização de recursos com aplicações concorrentes ou, ainda, por deterem com exclusividade o conhecimento envolvido, impedirem o desenvolvimento de alternativas¹³⁹.

Outra situação que prejudica a concorrência no ambiente digital são as chamadas externalidades de rede, que podem ser definidas como a mudança nos benefícios percebidos por um agente em um determinado bem quando um número potencialmente maior de agentes adere ao mesmo bem¹⁴⁰. O primeiro telefone, por exemplo, não tem utilidade alguma. Ele só passa a ser útil a partir da existência de um segundo. Assim, há produtos e serviços que se tornam mais benéficos quanto maior o número de usuários que o utilizam. Trata-se, precisamente, da situação das redes sociais, cujo grande ativo é o número de usuários que possuem. Esta situação gera um aumento do custo de entrada, pois se torna muito difícil para uma nova plataforma, ainda angariando seus primeiros usuários, competir com as já existentes.

As discussões sobre o monopólio da *Meta* no segmento das redes sociais exemplificam o problema¹⁴¹. A *Meta* é a detentora do *Facebook*, *WhatsApp* e *Instagram* e, em divulgação feita em outubro de 2022, anunciou que aproximadamente 3,7 bilhões de pessoas utilizam ao menos uma de suas redes sociais, o que a torna detentora de três das seis maiores empresas no setor e responsável por congrega 75% dos usuários da Internet¹⁴². Não obstante, mais recentemente a empresa chinesa *TikTok* tem sido vista como capaz de dismantelar o monopólio da *Meta* no segmento e usada até mesmo pela própria *Meta* como uma evidência de que ainda é possível criar uma mídia social e alcançar sucesso¹⁴³.

Apesar do crescimento rápido da plataforma chinesa, os dados de *market share* ainda não refletem este cenário. O Gráfico 2 mostra as redes sociais mais populares do mundo, ranqueadas conforme o número de usuários, evidenciando que a liderança da *Meta*, sobretudo em razão do *WhatsApp*, ainda representa uma postura dominante bastante confortável.

¹³⁹ KIN-KOREN, Niva; SALZBERGER, Eli M, Law and Economics in Cyberspace. **International Review of Law and Economics**. 1999. Disponível em: https://law.haifa.ac.il/images/Publications/Law_and_economics_in_cyberspace.pdf. Acesso em 15 jan. 2022, p.558.

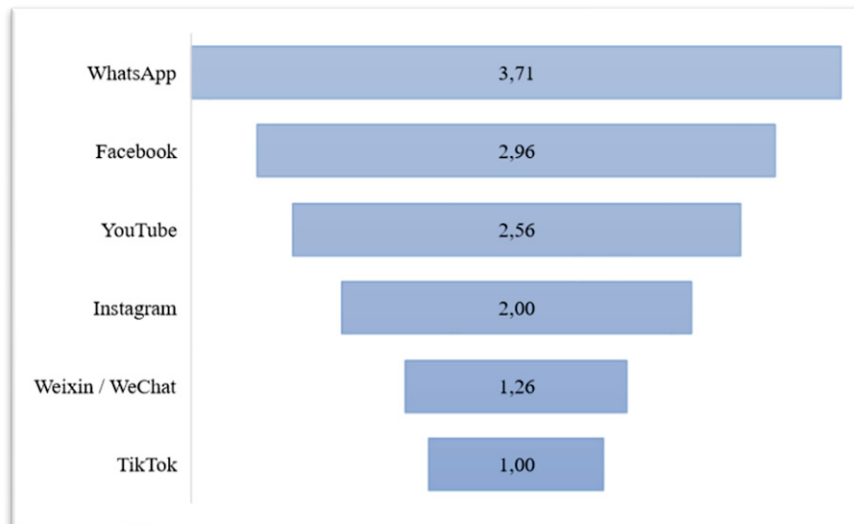
¹⁴⁰ LIEBOWITZ, S. J.; MARGOLIZ, Stephen E. Network **Externalities (Effects)**. Disponível em: <https://personal.utdallas.edu/~liebowit/palgrave/network.html>. Acesso em 23 jan. 2022.

¹⁴¹ VALLEJO, Maria Antonia Sánchez. **Estados Unidos processam Facebook por monopólio**. El País. 09 dez. 2020. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/economia/2020-12-09/estados-unidos-processam-facebook-por-monopolio.html>. Acesso em 14 mai. 2022.

¹⁴² Considerando 4,9 bilhões de usuários conforme informado em ITU, **Measuring digital developments – Facts and figures 2021**. Disponível em: <https://www.itu.int/en/ITU-D/Statistics/Documents/facts/FactsFigures2021.pdf>. Acesso em 05 de jan. de 2021.

¹⁴³ MCCAB, David. **TikTok is exhibit A in Facebook’s “we’re no monopoly” case**. Disponível em: <https://www.axios.com/2019/07/30/tiktok-is-exhibit-a-in-facebooks-were-no-monopoly-case>. Acesso em 22 nov. 2022.

GRÁFICO 2 – Redes sociais mais populares do mundo em 2022 (em bilhões de usuários) – Outubro de 2022.



FONTE: Elaboração da autora a partir de dados compilados de múltiplas fontes¹⁴⁴.

A necessidade de mecanismos para lidar com a falta de concorrência nos ambientes digitais tem sido, portanto, um argumento frequente em prol da regulação do ciberespaço, já que seu atual funcionamento se mostra muito distante dos modelos ideais de mercado capazes de funcionar de forma adequada e eficiente se deixados sem intervenção. Não obstante, para além da elevada concentração no mercado das *big techs*, há outras falhas de mercado também presentes no universo digital e que merecem atenção.

2.4.2 A informação como um bem coletivo

Como alertou Fábio Nusdeo¹⁴⁵, a distinção entre bens exclusivos ou coletivos na ciência econômica – diversamente do que ocorre na seara do Direito - não tem qualquer relação com a propriedade dos bens, mas sim com a sua capacidade para atender, simultaneamente, a necessidade de um ou mais indivíduos. Um bem exclusivo é aquele que só pode saciar a necessidade de um único indivíduo em um mesmo momento e local. Sobre estes bens, recai o princípio da exclusão ou da rivalidade: a utilização do bem por uma pessoa exclui o uso deste mesmo bem por qualquer outra. Os bens coletivos, por sua vez, são aqueles que não estão

¹⁴⁴ CANAL TECH. **Instagram alcança 2 bilhões de usuários ativos, mas ainda é pouco para a Meta.** 27 de outubro de 2022. Disponível em: <https://canaltech.com.br/redes-sociais/instagram-alcanca-2-bilhoes-de-usuarios-ativos-mas-ainda-e-pouco-para-a-meta-228220/>. Acesso em 13 nov. 2022; STATISTA. **Most popular social networks worldwide as of January 2022, ranked by number of monthly active users.** Disponível em: <https://www.statista.com/statistics/272014/global-social-networks-ranked-by-number-of-users/>. Acesso em 19 nov. 2022.

¹⁴⁵ NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia** (Introdução ao Direito Econômico). 7ª ed. rev.atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 40.

sujeitos ao princípio da exclusão. Isto significa dizer que tais bens podem atender, ao mesmo tempo, a necessidade de um grupo de pessoas.

O conceito mostra-se importante para a discussão sobre regulação do ambiente digital, pois nele circula um exemplo típico de bem coletivo: a informação. Neste sentido, sustentam Niva Elkin-Korean e Eli Salzberger:

As informações são centrais para o ciberespaço. O ciberespaço é um mundo virtual no qual quase tudo é sobre informação. Toda interação entre usuários via e-mail e chats em grupo é, de fato, uma troca interativa de sinais informativos. Navegar na Internet é mineração de dados. A publicidade na Internet distribui informações em sites da Web. As principais mercadorias que são trocadas no ciberespaço são produtos informativos, tais como textos, música, dados ou programas de computador. Além disso, as transações em si nada mais são do que processamento de informações. O rico ambiente humano interativo do ciberespaço é apenas a criação, processamento e transmissão de informações¹⁴⁶.

O fato de a informação ser um bem de natureza incorpórea é responsável por sua fluidez. A duplicação e disseminação da informação, especialmente após o advento da Internet, ocorre de maneira rápida e a baixos custos. Trata-se da grande vantagem da Internet no comparativo com outros meios de comunicação, já que, como afirmou Manuel Castells, “a Internet é um meio de comunicação que permite, pela primeira vez, a comunicação de muitos com muitos, num momento escolhido, em escala global”¹⁴⁷.

De maneira geral, o Direito adota, como princípio geral relacionado à informação, a proteção de sua livre circulação. Não obstante, a livre circulação da informação, em decorrência da inexistência de rivalidade em sua utilização, torna difícil a exclusão do acesso dos chamados caroneiros ou *free riders*, isto é, aqueles que não pagam pelo seu uso¹⁴⁸. A presença de caroneiros desestimula os pagadores a seguirem pagando, o que, por sua vez, reduz o incentivo

¹⁴⁶ “*Information is central to Cyberspace. Cyberspace is a virtual world in which almost everything is about information. Every interaction between users via e-mail and group chats is, in fact, interactive exchange of informational signals. Surfing the Internet is data mining. Internet advertising distributes information on Web sites. The main commodities that are exchanged in Cyberspace are informational products, such as texts, music, data or computer programs. Moreover, the transactions themselves are nothing more than information processing. The rich human interactive environment of Cyberspace is merely the creation, procession and transmission of information*” (tradução livre) ELKIN-KOREN, Niva; SALZBERGER, Eli M. *Law and Economics in Cyberspace. International Review of Law and Economics*. 1999. Disponível em: https://law.haifa.ac.il/images/Publications/Law_and_economics_in_cyberspace.pdf. Acesso em 15 jan. 2022, p. 559.

¹⁴⁷ CASTELLS, Manuel. *A Galáxia da Internet: reflexões sobre a Internet, os negócios e a sociedade*. Tradução: Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2003, p. 8.

¹⁴⁸ RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; ALVES, Giovani Ribeiro Rodrigues. Do particularismo normativo em matéria de propriedade imaterial – legislar para quê(m)? In: DEMETERCO NETO, Antenor e CASTRO, Rodrigo Pironti (Org). *Temas de Direito Econômico: A Copa do Mundo de 2014 e os Jogos Olímpicos de 2016*. Curitiba: Clássica Editora, 2013.

à produção de novas informações¹⁴⁹. Se todos podem usufruir das informações disponíveis, independentemente de pagarem por elas, rompe-se o liame entre o esforço para produzir tais informações e a remuneração do criador¹⁵⁰, o que desestimula os esforços envolvidos numa criação.

Apesar de a informação ser um bem coletivo e que não se esgota pelo uso, há informações que não seriam produzidas – ao menos não com a frequência que são hoje – sem incentivos para tanto. Um livro, uma obra artística, uma descoberta científica ou um avanço tecnológico demandam recursos escassos do criador (tempo e dinheiro, por exemplo), que poderá escolher alocá-los em outra atividade se não for adequadamente recompensado por sua inventividade¹⁵¹. A intervenção estatal mostra-se, assim, desejável para criar, de forma artificial, uma estrutura jurídica que tutele o uso de bens coletivos de forma a recompensar seus produtores, mantendo um incentivo à sua produção. Essa é a justificativa econômica para a criação dos direitos de propriedade intelectual¹⁵².

A lógica da regulação da propriedade intelectual é exatamente contrária à regulação para promoção da concorrência, discutida no item anterior. Sol Picciotto¹⁵³ definiu os direitos de propriedade intelectual como uma concessão do Estado de um direito de exploração sob a forma de monopólio sobre criações e invenções da mente humana. O criador passa, então, a ter direito a explorar sua criação intelectual de forma exclusiva – o que geraria incentivos à inovação.

Ocorre que, pela facilidade com a qual a informação circula na Internet, pode ser difícil garantir a proteção dos direitos de propriedade intelectual. O uso não autorizado de materiais protegidos por direito de propriedade intelectual, especialmente por direitos do autor, pode acontecer em grande escala, inclusive afetando direitos autorais em diversos Estados

¹⁴⁹ ELKIN-KOREN, Niva; SALZBERGER, Eli M, Law and Economics in Cyberspace. **International Review of Law and Economics**. 1999. Disponível em: https://law.haifa.ac.il/images/Publications/Law_and_economics_in_cyberspace.pdf. Acesso em 15 jan. 2022, passim.

¹⁵⁰ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAN, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. Tradução Rachel Sztajn. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 71.

¹⁵¹ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAN, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. Tradução Rachel Sztajn. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 299.

¹⁵² PICCIOTTO, Sol. **Regulating Global Corporate Capitalism**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 269.

¹⁵³ PICCIOTTO, Sol. **Regulating Global Corporate Capitalism**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 269.

simultaneamente¹⁵⁴. Por isto, muitos dos esforços regulatórios tem se centrado em encontrar mecanismos para tornar efetivos os direitos intelectuais no ambiente digital.

É digno de nota, porém, que o equilíbrio adequado entre a promoção da inovação por meio de direitos de propriedade intelectual e a necessidade de disseminação da informação e acesso ao conhecimento não é simples de ser encontrado. Como se mencionou no item anterior, a existência de direitos de propriedade intelectual na infraestrutura tecnológica básica da Internet é um dos fatores que limitam a concorrência no setor. Por isso, mostra-se necessário que a regulação do bem coletivo da informação não seja pensada apenas a partir da lógica da recompensa aos produtores, mas que considere também os interesses coletivos. Denis Borges Barbosa¹⁵⁵, nesse sentido, aponta ao paradoxo existente hoje nos debates sobre propriedade intelectual: apesar da própria existência do sistema de proteção dos direitos de criadores e inventores basear-se na existência de uma falha de mercado, há muita resistência às iniciativas de intervenção regulatória que transcendam a proteção do interesse do investidor.

A criatividade humana pode ter diversos gatilhos, os quais não dependem necessariamente de uma compensação financeira¹⁵⁶. Não obstante, todo novo conhecimento só pode ser produzido a partir do acesso e da compreensão ao conhecimento produzido anteriormente. Dessa maneira, o desafio regulatório na seara da proteção intelectual é encontrar o equilíbrio entre os incentivos à produção do bem coletivo da informação por meio de ferramentas de Direito que recompensem o criador, ao mesmo tempo em que não travem os progressos e desenvolvimentos futuros ao impedirem que o conhecimento humano possa ser usado também em benefício da coletividade.

2.4.3 Informações assimétricas

As escolhas econômicas são orientadas por informações. A teoria da escolha racional defende que os agentes escolherão, entre as opções disponíveis, aquela que lhes ofereça a maior satisfação. Para tanto, as pessoas precisam de informações sobre as opções existentes e as consequências de cada escolha¹⁵⁷. Contudo, as pessoas nem sempre dispõem de toda a

¹⁵⁴ HASTREITER, Michele A; WACHOWICZ, Marcos. Derechos de autor y Derecho Internacional Privado: la necesaria superación del paradigma de la territorialidad en la sociedad informacional. In: TERLIZZI, María Sol; WACHOWICZ, Marcos. **Propriedade Intelectual, sociedad y desarrollo**. Reflexiones desde Latinoamérica. Buenos Aires: Flacso Argentina; Curitiba: GEDAI-UFPR, 2020, p. 67.

¹⁵⁵ BARBOSA, Denis Borges. **A Propriedade Intelectual e a teoria do *market failure***. Disponível em: https://www.dba.com.br/wp-content/uploads/pi_teorias_market_failure.pdf. Acesso em 18 set. 2022, p. 5.

¹⁵⁶ PICCIOTTO, Sol. **Regulating Global Corporate Capitalism**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 269.

¹⁵⁷ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAN, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. Tradução Rachel Sztajn. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 31-32.

informação necessária e raramente possuem capacidade para inventariar e avaliar todas as opções existentes. No mundo real, os agentes operam com informações incompletas e, em muitos casos, assimétricas.

A assimetria informacional pode ser definida como a situação em que uma das partes possui mais informação sobre a relação contratual do que a outra, podendo comportar-se de modo oportunista ao se utilizar de forma desproporcional ou injusta de sua condição de superioridade¹⁵⁸. Tal situação pode resultar em posições de vulnerabilidade que demandam a intervenção protetiva do Estado. Uma das justificativas para a criação de normas protetivas aos consumidores é, justamente, a sua vulnerabilidade técnica, que advém do presumido desconhecimento específico quanto ao objeto ou serviço adquirido, sendo o consumidor, por isso, facilmente enganado quanto às características e utilidades de sua aquisição¹⁵⁹.

A relação entre um usuário e uma empresa provedora de aplicações na Internet é uma relação de consumo¹⁶⁰, permeada pela assimetria informacional. Isto porque o código – que, como se viu, é o ponto de partida regulatório nas aplicações da Internet – não lhe é conhecido. De maneira geral, os usuários têm poucas informações sobre como funcionam os algoritmos que governam as funcionalidades que utilizam na Internet. Esse aspecto é, por si só, um ponto a suscitar uma intervenção.

Por outro lado, uma das características da Internet é o fato de que ela reduziu enormemente os custos para obtenção de informação. Em princípio, essa redução de custos teria o potencial de reduzir a inerente assimetria informacional existente nas relações de consumo. Antes de fazer uma compra, por exemplo, o consumidor pode pesquisar o produto na Internet e, em poucos minutos, informar-se sobre suas características, compará-lo com alternativas,

¹⁵⁸ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAN, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. Tradução Rachel Sztajn. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 412.

¹⁵⁹ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 8ª ed. rev. atual., ampl, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 326 e ss.

¹⁶⁰ Neste sentido, há jurisprudência no Brasil. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA SUSCITADO POR CÂMARA CÍVEL ESPECIALIZADA. PROVEDOR DE CONTEÚDO. FACEBOOK. MENSAGENS OFENSIVAS. RELAÇÃO CONSUMERISTA. O Facebook é um site que presta o serviço de rede social, permitindo que os usuários conversem entre si e compartilhem mensagens, links, vídeos e fotografias. Neste sentido, como bem observado pelo Ministério Público, a relação jurídica firmada entre o prestador do serviço e o usuário pode ser qualificada como de consumo, já que preenchidos os requisitos previstos nos artigos 2º e 3º, do Código de Defesa do Consumidor. Frisa-se que há claro posicionamento do Superior Tribunal de Justiça de que a legislação consumerista é aplicável aos serviços prestados em sítio eletrônico. Ao oferecer um serviço por meio do qual se possibilita que os usuários externem livremente sua opinião, deve o provedor de conteúdo ter o cuidado de propiciar meios para que, após notificado sobre os acontecimentos, não mais ocorram lesões aos usuários ou a terceiros, que poderão ser equiparados aos consumidores que se utilizam diretamente do serviço. Resolve-se o conflito para declarar a competência da Câmara Suscitante, 25ª Câmara Cível, para julgar o referido agravo de instrumento. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Conflito de Competência nº 0043027-43.2014.8.19.0000, suscitado pela 25ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 27 de outubro de 2014, Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-rj/150098208>. Acesso em: 03 fev. 2023).

pesquisar preços em diferentes estabelecimentos comerciais, ler comentários de pessoas que adquiriram o mesmo produto, assistir vídeos que o mostram em funcionamento e, assim, concluir se, realmente, a aquisição atenderá às suas expectativas.

Não obstante, a abundância da informação existente na Internet trouxe consigo o problema da confiabilidade. As fontes descentralizadas de informação no ambiente virtual por vezes carecem de mecanismos capazes de mensurar sua credibilidade¹⁶¹. Para seguir no exemplo da busca por informações sobre um determinado produto, pode ser difícil distinguir uma postagem feita por uma pessoa que de fato o adquiriu e que está expressando sua opinião genuína quanto ao bem, de uma postagem feita pelo próprio fornecedor, se passando por um comprador verdadeiro com comentários elogiosos. Um exemplo disto é a prática comum do *marketing* contemporâneo de utilizar influenciadores digitais para a divulgação positiva de produtos e serviços em troca de remuneração. Ocorre que, nem sempre, os anúncios feitos por tais influenciadores são transparentes e deixam claro que se trata de publicidade, o que pode induzir o consumidor ao erro¹⁶².

A abundância informacional existente na Internet torna difícil distinguir a informação verdadeira e confiável do denominado “ruído”: a informação falsa, que conduz a erros de medição, avaliação e julgamentos¹⁶³. Como bem expressou o *cartoon* de Peter Steiner, publicado em 1993 na revista *The New Yorker* (Figura 1), no que já se tornou um bordão popular: “Na Internet, ninguém sabe que você é um cachorro”.

¹⁶¹ ELKIN-KOREN, Niva; SALZBERGER, Eli M. *Law and Economics in Cyberspace*. Disponível em: https://law.haifa.ac.il/images/Publications/Law_and_economics_in_cyberspace.pdf. Acesso em 15 jan. 2022, p. 559.

¹⁶² OLIVEIRA, Jordan Vinicius. **Hashtag Hashtag Publi? influenciadores Digitais, o CONAR e a Regulação da Publicidade Velada na Rede**. Disponível em: <https://www.viannasapiens.com.br/revista/article/view/590>. Acesso em 14 mai. 2022.

¹⁶³ CRISTOFANI, Claudia Cristina. Contratos Relacionais, informação e resolução de litígios. In: POMPEU, Ivan Guimarães; GONÇALVES, Lucas Fulanete; BENTO, Renata Guimarães Pompeu. (Coord.) **Estudos sobre negócios e contratos: uma perspectiva internacional a partir da análise econômica do Direito**. São Paulo: Almedina, 2017, p. 216.

FIGURA 1 - Cartoon de Peter Steiner (The New Yorker, 1993)



Fonte: Washington Post¹⁶⁴

De fato, uma pesquisa realizada em 2014 pelo *Center for the Digital Future* concluiu que 59,3% dos usuários da Internet acham que menos da metade das informações disponíveis na Internet são confiáveis¹⁶⁵. Don Tapscott e Alex Tapscott, ao tratar do tema, afirmam: “Fazer negócios pela Internet requer um salto de fé”¹⁶⁶.

Sob a ótica da AED, Ejam Mackaay e Stéphane Rousseau¹⁶⁷ destacam que a informação falsa pode minar o funcionamento do mercado, razão pela qual convém desencorajar sua disseminação. Isso se reflete nas disposições que sancionam o dolo, a fraude e a publicidade enganosa, por exemplo. Todavia, os mecanismos existentes no Direito para combater a disponibilização de informações falsas na Internet não têm se mostrado suficientes,

¹⁶⁴ CANVA, Michael. “*Nobody knows you’re a dog: As iconic Internet cartoon turns 20, creator Peter Steiner knows the joke rings as relevant as ever*”. *The Washington Post*. 31 jul. 2013. Disponível em: https://www.washingtonpost.com/blogs/comic-riffs/post/nobody-knows-youre-a-dog-as-iconic-internet-cartoon-turns-20-creator-peter-steiner-knows-the-joke-rings-as-relevant-as-ever/2013/07/31/73372600-f98d-11e2-8e84-c56731a202fb_blog.html. Acesso em 03 fev. 2023.

¹⁶⁵ CENTER FOR THE DIGITAL FUTURE. *The 2014 Digital Future Report*. University of Southern California. Disponível em: <http://www.digitalcenter.org/wp-content/uploads/2014/12/2014-Digital-Future-Report.pdf>. Acesso em 17 jun. 2022.

¹⁶⁶ “*Doing business in the Internet requires a leap of faith*” (TAPSCOTT, Don; TAPSCOTT, Alex. **Blockchain Revolution: how technology behind bitcoin and other cryptocurrencies is changing the world**. New York: Porfolio/Penguin, 2016, p. 5).

¹⁶⁷ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*. Tradução Rachel Sztajn. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 299

o que é bem demonstrado pela circulação das chamadas *fake news*, uma das grandes preocupações regulatórias da atualidade.

2.4.4 O problema da desinformação e a importância da confiança na Internet

A disseminação de notícias falsas tem comprometido o processo eleitoral em diferentes Estados e, até mesmo, prejudicado o enfrentamento da pandemia de Covid-19¹⁶⁸. A necessidade de equilibrar a liberdade de expressão com o combate a desinformação, reconhecendo a existência de uma linha tênue entre a regulação e a censura, é central para o Direito contemporâneo. Um dos pontos mais importantes neste debate é definir os limites e o alcance da responsabilização dos intermediários – provedores de conteúdo e aplicações na Internet – pela informação veiculada em seus canais. Isto porque uma das maneiras encontradas pelos usuários para lidar com a abundância da informação da Internet tem sido confiar nos intermediários e em sua capacidade de autenticação.

Niva Elkin-Koren e Eli M. Salzberger¹⁶⁹ exemplificam a questão ao afirmar que, no mundo analógico, era possível distinguir a confiabilidade da informação fornecida por um tabloide da informação fornecida pelo *The New York Times*, por exemplo. Não obstante, responsabilizar um intermediário pelo conteúdo veiculado, tal qual seria responsabilizado um jornal por suas decisões editoriais, pode gerar efeitos indesejados: um sistema rígido de responsabilização das plataformas pela informação que veiculam criará incentivos para a existência de um controle excessivo capaz de minar a essência da rede, que se pauta, precisamente, na possibilidade de qualquer pessoa ser uma fonte de informação.

O CDA estadunidense foi pioneiro ao se deparar com o problema. Referida lei federal estadunidense objetivava controlar a distribuição de material pornográfico *online*, e foi, em grande medida, considerada inconstitucional pela Suprema Corte daquele Estado. Não obstante, a Seção 230 do documento persiste e é tida, ainda hoje, como uma das maiores medidas de proteção à liberdade de expressão na Internet, justamente por garantir que os provedores de aplicações não sejam considerados como editores que não tenham responsabilidades sobre o conteúdo veiculado em suas plataformas¹⁷⁰.

¹⁶⁸BARCELOS, Thainá do Nascimento *et all.* Análise de fake news veiculadas durante a pandemia de Covid-19 no Brasil. **Revista Panamericana de Salud Publica**, n° 45, 2021. Disponível em: <https://iris.paho.org/handle/10665.2/53907>. Acesso em 22 mai. 2022.

¹⁶⁹ ELKIN-KOREN, Niva; SALZBERGER, Eli M. **Law and Economics in Cyberspace**. Disponível em: https://law.haifa.ac.il/images/Publications/Law_and_economics_in_cyberspace.pdf. Acesso em 15 jan. 2022, p. 563

¹⁷⁰ EFF (Eletronic Frontier Foundation). **Section 230 of the Communications Decency Act**. Disponível em: <https://www.eff.org/issues/cda230>. Acesso em 23 set. 2022.

Embora seja importante para garantir a liberdade de expressão na rede, a isenção de responsabilidade dos intermediários quanto ao conteúdo veiculado desincentiva seu comprometimento quanto ao conteúdo do que disponibilizam, fazendo que a checagem da veracidade e a remoção de conteúdos ofensivos passassem a ser feitas com base nos interesses privados destas empresas, sem a transparência e a consistência necessária para tornar confiável o conteúdo que disseminam. O tema tem tido grande atenção na atualidade e é esperado que a Suprema Corte dos Estados Unidos se posicione quanto a continuidade da validade das premissas da Seção 230 do CDA diante da Internet ao decidir os casos *Gonzalez v. Google LLC e Twitter, Inc. v. Taamneh*, que questionam a responsabilidade das plataformas digitais na promoção de mensagens relacionadas ao terrorismo¹⁷¹. Os julgamentos estão em andamento e espera-se que um resultado seja alcançado até julho deste ano.

Quando há incentivos de mercado, porém, alguns intermediários têm sido bastante eficientes em garantir a confiabilidade da informação. Exemplo disto é o surgimento de novos modelos de negócio, baseados na chamada economia compartilhada¹⁷². A base desta nova economia é a confiança na informação fornecida pelos intermediários. Um exemplo emblemático é o *Airbnb*. A empresa revolucionou o setor de hospedagens permitindo que qualquer proprietário de imóvel possa compartilhar do seu bem (ou de parte dele) e hospedar alguém por um tempo determinado em troca de uma contraprestação financeira¹⁷³. No entanto, a verdadeira inovação do *Airbnb* não recai no serviço de hospedagem em si, já que a possibilidade de hospedar alguém em sua casa não é, exatamente, inovadora.

Muito antes do advento da Internet, as pessoas já viajavam e se hospedavam na casa de conhecidos. Poucos, no entanto, se atreveriam a viajar e se hospedar na casa de um desconhecido. Isto porque seria muito difícil obter informações sobre a acomodação de maneira imparcial e independente do anfitrião, sobre quem também seria impossível mensurar a confiabilidade. A assimetria informacional inerente a tal situação – o fato de o anfitrião saber

¹⁷¹ FEINER, Lauren. Supreme Court considers whether Twitter can be held liable for failing to remove terrorist content. Disponível em: <https://www.cnbc.com/2023/02/22/supreme-court-hears-twitter-v-taamneh-case-about-terrorist-content.html>. Acesso em 12 de março de 2023.

¹⁷² Nos dizeres de Arun Sundararajan, a economia compartilhada pode ser definida como um sistema econômico amplamente voltado ao mercado que permite que tudo seja usado em níveis mais próximos de sua plena capacidade, em trocas feitas numa multidão descentralizada de indivíduos. (SUNDARARAJAN, Arun. **Economia compartilhada**: o fim do emprego e a ascensão do capitalismo de multidão. São Paulo: Editora Senac, 2016, p. 54).

¹⁷³ SCHIRRU, Luca; GONÇALVES, Lukas Ruthes; HASTREITER, Michele Alessandra. Um mundo de dispositivos conectados: a Internet das Coisas, a indústria 4.0 e a digitalização de serviços. In: WACHOWICZ, Marcos; CANUT, Leticia (Org.) **Análise da Estratégia Brasileira para a Transformação Digital**: Comentários ao Decreto nº 9.319/2018. Curitiba: GEDAI, UFPR, 2018. Disponível em: https://www.gedai.com.br/wp-content/uploads/2018/08/livro_An%C3%AAllise-da-estrat%C3%A9gia-brasileira-para-transforma%C3%A7%C3%A3o-digital.pdf. Acesso em: 15 ago. 2021.

mais sobre a qualidade das suas acomodações e sobre suas intenções do que o potencial hóspede – reduzia o nível de atividades econômicas passíveis de ocorrerem e muitos imóveis desocupados eram subutilizados por não se vislumbrar a possibilidade de sua utilização como uma hospedagem¹⁷⁴.

A verdadeira inovação do *Airbnb*, assim, está na possibilidade de um potencial hóspede conhecer as qualidades de um potencial anfitrião pela leitura de relatos e experiências de outros hóspedes na plataforma. A abundância e confiabilidade da informação, neste caso, fazem que o desconhecido anfitrião se torne, na realidade, um conhecido, alguém em quem se pode confiar, o que impulsiona a realização de transações que, de outra forma, não ocorreriam.

Avanços tecnológicos como a *blockchain* também despontam como mecanismos para aumentar a confiança nas informações disponibilizadas *online*. O emprego dos livros-razão, distribuídos em diversos computadores ao redor do globo, traz consigo a promessa de eliminar os intermediários nas transações digitais, ao basear seu funcionamento na imutabilidade e autenticação das transações registradas¹⁷⁵. Isto permitiu a formação de uma pujante economia de ativos digitais (criptomoedas, *non-fungible tokens* - NFTs¹⁷⁶, entre outros) que tem cada vez mais conquistado espaço no mercado.

Exemplos como as criptomoedas e o *Airbnb* demonstram que é tecnologicamente possível adotar mecanismos de autenticação que tornem confiáveis as trocas e informações do ambiente digital. Em outras palavras: tornar o conteúdo da Internet confiável não é impossível.

Ocorre que, no caso do *Airbnb*, a lucratividade da plataforma depende justamente da confiança no seu papel de validação da informação. Da mesma forma, a valorização de ativos digitais – como uma criptomoeda – sem que haja o respaldo de um intermediário confiável tal qual um Banco Central, só é possível porque o aparato tecnológico existente por detrás da compra e venda de uma criptomoeda é considerado extremamente seguro¹⁷⁷. Nos dois casos, há incentivos de mercado para que a integridade da informação seja vista como uma prioridade, razão pela qual ela pode ser alcançada independente de interferência externa.

¹⁷⁴ SUNDARARAJAN, Arun. **Economia compartilhada: o fim do emprego e a ascensão do capitalismo de multidão**. São Paulo: Editora Senac, 2016, p. 198.

¹⁷⁵ TAPSCTOTT, Don; TAPSCOTT, Alex. **Blockchain Revolution: how technology behing bitcoin and other cryptocurrencies is changing the world**. New York: Porfolio/Penguin, 2016, p. 5

¹⁷⁶ NFT é a abreviação de *nonfungible token*, certificados de autenticidade digitais usados para proteção de objetos virtuais, como arte virtual, vídeos, memes, etc. INFOMONEY. **O que são NFTs?** Entenda como funcionam os tokens não fungíveis. Disponível em: <https://www.infomoney.com.br/guias/nft-token-nao-fungivel/>. Acesso em 11 jun. 2022.

¹⁷⁷ TAPSCTOTT, Don; TAPSCOTT, Alex. **Blockchain Revolution: how technology behing bitcoin and other cryptocurrencies is changing the world**. New York: Porfolio/Penguin, 2016, p. 8.

Nem todos os modelos de negócio digitais, porém, têm como pilar de sustentação a confiabilidade das informações que disponibilizam. Outros provedores de conteúdo, como as redes sociais da *Meta* e o *Twitter*, baseiam-se em modelos de negócios distintos, que requerem o engajamento dos usuários para a coleta de dados pessoais. Os incentivos para uma adequada curadoria de conteúdo, neste caso, são menores, uma vez que a informação falsa pode ser, inclusive, mais lucrativa. A esse respeito, destaca-se um relatório publicado pelo *Center for Countering Digital Hate*, que apontou que a desinformação sobre as vacinas contra a Covid-19 durante a pandemia foi lucrativa para as *big techs*¹⁷⁸. Tal situação contribui para a disseminação de ruído e desinformação, os quais além de distorcerem o funcionamento dos mercados *online*, despertam preocupações relevantes de ordem democrática.

2.5 GOVERNANÇA ALGORÍTMICA E AMEAÇA DEMOCRÁTICA

Atualmente, tudo o que é feito por um usuário utilizando um dispositivo conectado à Internet pode ser monitorado: cada clique no *mouse*, pesquisa feita no buscador, curtida nas redes sociais, a velocidade pela qual o usuário rola a tela dos aplicativos de mídias sociais em seu *tablet* ou telefone celular, a localização exata do usuário de um dispositivo equipado com a tecnologia de GPS (*global positioning system*), o número de passos dados por dia utilizando um *smartwatch* – tudo é um dado coletado e, posteriormente, analisado em conjunto com outros dados.

Como bem sustenta Bernard Harcourt¹⁷⁹, há uma massiva operação de vigilância em andamento, e os dados coletados são utilizados para construir complexos perfis psicológicos de centenas de milhares de pessoas ao redor do mundo todo, em tempo real. A partir destes perfis, configurações personalizadas são aplicadas para definir o que é exibido para cada usuário nas telas com conexão à Internet. Trata-se de um mecanismo batizado, por Antoinette Rouvroy e Thomas Berns¹⁸⁰, de governança algorítmica.

A governança algorítmica é um processo que decorre da coleta de dados pessoais, efetuada intensamente a partir dos dispositivos eletrônicos com conexão à Internet, e da

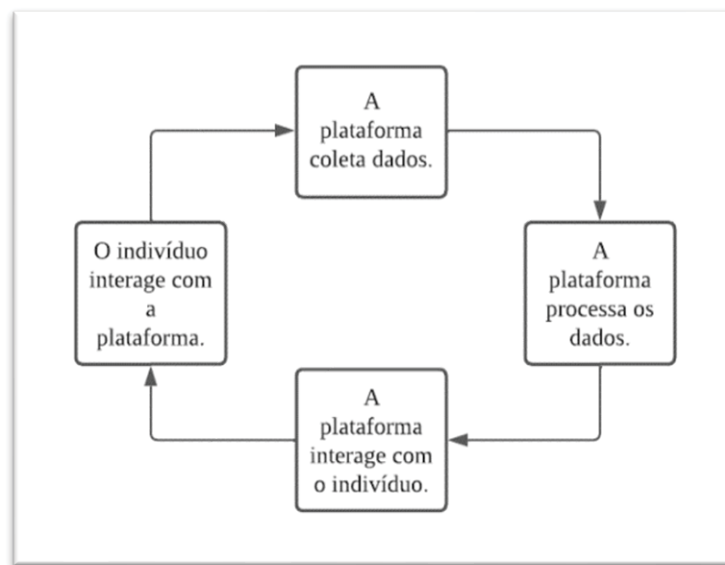
¹⁷⁸ CCDH. **The Anti-Vaxx Industry: how big tech powers and profits from vaccine misinformation.** Disponível em: https://252f2edd-1c8b-49f5-9bb2-cb57bb47e4ba.filesusr.com/ugd/f4d9b9_6910f8ab94a241cfa088953dd5e60968.pdf. Acesso em 20 set. 2021.

¹⁷⁹ HARCOURT, Bernard E. **Exposed: Desire and Disobedience in the Digital Age.** Harvard University Press: 2015, p. 7

¹⁸⁰ ROUVROY, Antoinette. BERNIS, Thomas, **Algorithmic Governmentality and Prospects of Emancipation: Disparateness as a Precondition for Individuation through Relationships?** [2013] Réseaux 163 Disponível em: https://www.cairn-int.info/article-E_RES_177_0163--algorithmic-governmentality-and-prospect.htm. Acesso em 07 fev. 2021, p.1.

utilização destes dados como base para a curadoria de conteúdo exibido ao usuário pelos meios digitais. Os autores explicam que o processo se dá em quatro estágios: (i) os dados são coletados a partir de várias fontes e com base em diferentes propósitos e armazenados em *data warehouses* de capacidade ilimitada e acessíveis de qualquer lugar; (ii) os dados são processados e, a partir deles, são extraídas correlações; e (iii) o conhecimento estatístico é usado para compreender as predileções dos indivíduos e, a partir disso, (iv) antecipar e influenciar seus comportamentos. A Figura 2 evidencia o caráter cíclico deste processo.

FIGURA 2 – Governança Algorítmica



Fonte: Elaboração da autora, a partir do trabalho de Antoinette Rouvroy e Thomas Berns¹⁸¹.

De fato, como bem destacaram Rouvroy e Berns¹⁸², a governança algorítmica não é passiva: ao mesmo tempo em que os dados registram a realidade e antecipam os comportamentos, a tecnologia também tem a capacidade de influenciá-los, criando a realidade de acordo com seus interesses. Isto porque a aplicação destes dados e a maneira como as plataformas interagem com eles podem fortalecer propensões e despertar necessidades de consumo, predileções e desejos nos usuários.

¹⁸¹ ROUVROY, Antoinette. BERNES, Thomas, **Algorithmic Governmentality and Prospects of Emancipation: Disparateness as a Precondition for Individuation through Relationships?** [2013] Réseaux 163 Disponível em: https://www.cairn-int.info/article-E_RES_177_0163--algorithmic-governmentality-and-prospect.htm. Acesso em 07 fev. 2021, p.1.

¹⁸² ROUVROY, Antoinette. BERNES, Thomas, **Algorithmic Governmentality and Prospects of Emancipation: Disparateness as a Precondition for Individuation through Relationships?** [2013] Réseaux 163 Disponível em: https://www.cairn-int.info/article-E_RES_177_0163--algorithmic-governmentality-and-prospect.htm. Acesso em 07 fev. 2021, p. 20.

Para entender como esta influência acontece, basta lembrar que os provedores de aplicações da Internet que melhor empregam tais tecnologias - como as diversas redes sociais comandadas pela *Meta* e o mecanismo de busca do *Google* - são, essencialmente, empresas de publicidade. Atualmente, mais de 90% da renda do *Google* e da *Meta* são provenientes da venda de anúncios¹⁸³. Estas empresas são lucrativas em razão do potencial de aplicação da personalização para o chamado *smart marketing*, que consiste, basicamente, em uma hiper segmentação e plasticidade das ofertas comerciais para que sejam capazes de atingir diretamente o público-alvo, garantindo a maior eficiência possível dos anúncios¹⁸⁴. As ofertas ultrapersonalizadas são apresentadas de diferentes maneiras – ora mais ostensivas, ora de formas mais ocultas - e servem para influenciar o comportamento de compra – ou, como no caso do marketing político, influenciar as preferências do eleitor, tendo por base as predileções demonstradas por eles em suas interações anteriores.

Vale ressaltar que coletar dados para entender, antecipar ou interpretar o comportamento dos indivíduos não é algo novo; ao contrário, é a base da estatística¹⁸⁵. A novidade é que a tecnologia que sustenta esta coleta maciça de dados permitiu escapar das previsões de mundo a partir de médias estatísticas para capturar a realidade, diretamente como é, em tempo real e antecipar a resposta dos sujeitos a determinados estímulos com uma precisão que a estatística não possui.

Kevin D. Haggerty e Richard V. Ericson¹⁸⁶ batizaram o fenômeno de *data double*. Isto porque, ao invés das previsões da realidade e das preferências individuais serem efetuadas a partir de um homem médio construído com base em estatísticas, a tecnologia permite que as previsões sejam individualizadas e personalizadas a partir de uma espécie de duplê digital do indivíduo, formado por seus dados pessoais. As informações contidas neste duplê podem ser comercializadas e usadas para diversas funções (como a decisão de um banco de conceder crédito, ou de uma seguradora para definir o risco antes de emitir uma apólice de seguro de vida, por exemplo). Mas, para além de sua utilização por terceiros, as informações são usadas

¹⁸³ BARTLETT, Jamie. **The People vs. tech**: how the Internet is killing democracy (and how we save it). New York: Penguin Random House, 2018, p. 11.

¹⁸⁴ ROUVROY, Antoinette. BERNIS, Thomas, **Algorithmic Governmentality and Prospects of Emancipation: Disparateness as a Precondition for Individuation through Relationships?** [2013] Réseaux 163 Disponível em: https://www.cairn-int.info/article-E_RES_177_0163--algorithmic-governmentality-and-prospect.htm. Acesso em 07 fev. 2021, p. 12.

¹⁸⁵ BOUK, Dan; W. Patrick McCray; Suman Seth. The History and Political Economy of Personal Data over the Last Two Centuries in Three Acts. **History of Science Society**, v. 32, p. 85 - 106, 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.1086/693400>. Acesso em 28 mai. 2021.

¹⁸⁶ HAGGERTY, Kevin D.; ERICSON, Richard V. **The surveillant assemblage**. Disponível em: https://www.uio.no/studier/emner/matnat/ifi/INF3700/v17/bakgrunnsnotat/the_surveillant_assemblage.pdf. Acesso em 15 ago. 2021.

pela própria plataforma, para garantir a fidelização dos usuários ao lhes conceder um conteúdo cada vez mais atrativo.

Assim, a empresa garante que as pessoas passem cada vez mais tempo usando as plataformas e, por consequência, fornecendo dados pessoais e visualizando os anúncios. Para usar a locução cunhada por Tim Wu¹⁸⁷, a dinâmica do funcionamento das redes sociais permite que elas funcionem como mercados de atenção.

Isso significa que não são apenas os *posts* patrocinados que são artificialmente direcionados ao público-alvo a que se destinam. Na realidade, todas as postagens de uma rede social – assim como todos os resultados de uma busca feita no Google – são ordenados tendo em mente o que irá despertar a atenção de cada usuário, visando mantê-lo conectado.

Como bem destacou Rebecca Mackinnon¹⁸⁸, os mecanismos de busca e as redes sociais manipulam o que um usuário encontra na rede ou com quem ele interage de forma a maximizar o valor de cada usuário para os anunciantes, mas também de uma forma que minimiza as possibilidades de exposição a conteúdos diversos que possibilitem boas escolhas políticas e econômicas. Esse fenômeno tornou-se conhecido pelo nome que recebeu de Eli Pariser¹⁸⁹: *filter bubble* ou filtro-bolha. A autora define o conceito como um universo único de informações que existe para cada usuário, criado a partir dos mecanismos de predição alimentados por dados pessoais, os quais alteram profundamente a forma como ideias e informações são disponibilizadas para cada pessoa.

A estratégia da personalização para gerar engajamento é neutra quanto ao conteúdo disponibilizado, já que o seu foco é atrair a atenção do indivíduo com base nas suas preferências individuais, quaisquer que elas sejam. A personalização se baseia nas escolhas dos seres humanos que, como já se mencionou, são falíveis, racionalmente limitados e podem escolher mal. Assim, a ferramenta incorpora preconceitos, enganos e vieses aos perfis pessoais e – sem distinguir a qualidade do conteúdo, mas apenas sua atratividade ao usuário – acaba por reforçá-los¹⁹⁰.

Tome-se como exemplo o papel aberrante das redes sociais no genocídio contra a população Rohingya em Myanmar, em 2017. Estima-se que mais de 10.000 pessoas foram

¹⁸⁷ WU, Tim. **The Attention Merchants: the epic scramble to get inside our heads**. New York: Alfred A. Knopf, 2016.

¹⁸⁸ MACKINNON, Rebecca. **Consent of the Networked: the worldwide struggle for Internet Freedom**. New York: Peseus Books Group, 2012, p. 10.

¹⁸⁹ PARISER, Eli. **The Filter Bubble – What the Internet is Hiding From you**. New York, The Penguin Press, 2011, p. 10

¹⁹⁰ O'NEIL, Cathy. **Weapons of Math Destruction: how big data increases inequality and threatens democracy**. New York: Crown Publishers, 2016.

mortas¹⁹¹ e mais de um milhão de pessoas foram forçadas a sair do Estado, muitas delas encontrando refúgio em Bangladesh¹⁹². Embora a Organização das Nações Unidas (ONU) já denunciasses o uso do *Facebook* para disseminação de discurso de ódio contra a minoria apátrida de origem muçulmana¹⁹³, as respostas da plataforma não foram rápidas o suficiente. Até mesmo a empresa admitiu isso após a publicação de um relatório de uma auditoria independente da ONU encarregada de coletar evidências sobre o genocídio de Myanmar¹⁹⁴.

Diversas postagens na rede social contribuíram para fomentar divisões e incitar a violência contra a população Rohingya. Em 2021, um grupo de refugiados iniciou ações judiciais nos Estados Unidos e no Reino Unido contra a empresa, solicitando mais de 150 bilhões de dólares em indenizações em decorrência da permissibilidade pela qual o *Facebook* lidou com a disseminação de informações falsas e discursos de ódio sobre a minoria étnica, entendendo que a inércia da empresa em banir o conteúdo teve papel central no aprofundamento da crise no Estado¹⁹⁵.

De fato, os efeitos políticos nefastos da hiper segmentação das redes sociais têm sido alvo da atenção de diversos estudiosos recentemente. Rouvroy e Berns¹⁹⁶ chamam esta excessiva personalização – por vezes baseada no engano ou preconceito – de “hipertrofia da esfera privada”, a qual colonizaria o espaço público pelo desaparecimento de experiências compartilhadas que permitem debates e construções coletivas. No mesmo sentido, Cass Sustain¹⁹⁷ chamou a arena virtual de *echo chambers*, um espaço para reforçar as preferências individuais ao torná-las herméticas ao dissenso. Assim, apesar de parecer tornar o mundo cada vez mais conectado, o atual emprego da Internet acaba por conectar apenas aqueles que compartilham as mesmas cosmovisões – e muitas vezes, também os mesmos enganos, desconhecimentos e preconceitos, reforçando-os na ausência do debate.

¹⁹¹ MILES, Tom. **UN investigators cite Facebook role in Myanmar crisis**. Disponível em: <https://www.reuters.com/article/us-myanmar-rohingya-facebook/u-n-investigators-cite-facebook-role-in-myanmar-crisis-idUSKCN1GO2PN>. Acesso em 30 jul. 2022.

¹⁹² ACNUR, **Rohingya**. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/rohingya/>. Acesso em 30 jul. 2017.

¹⁹³ MILES, Tom. **UN investigators cite Facebook role in Myanmar crisis**. Disponível em: <https://www.reuters.com/article/us-myanmar-rohingya-facebook/u-n-investigators-cite-facebook-role-in-myanmar-crisis-idUSKCN1GO2PN>. Acesso em 30 jul. 2022.

¹⁹⁴ WAROFKA, Alex. **An Independent Assessment of the Human Rights Impact of Facebook in Myanmar**. Disponível em: <https://about.fb.com/news/2018/11/myanmar-hria/>. Acesso em 30 jul. 2022.

¹⁹⁵ BBC. **Rohingya sue Facebook for \$150bn over Myanmar hate speech**. Disponível em: <https://www.bbc.com/news/world-asia-59558090>. Acesso em 30 jul. 2022.

¹⁹⁶ ROUVROY, Antoinette. BERNIS, Thomas, **Algorithmic Governmentality and Prospects of Emancipation: Disparateness as a Precondition for Individuation through Relationships?** [2013] Réseaux 163 Disponível em: https://www.cairn-int.info/article-E_RES_177_0163--algorithmic-governmentality-and-prospect.htm.

Acesso em 07 fev. 2021, p. 5

¹⁹⁷ SUSTEIN, Cass. **#Republic** – Divided democracy in the age of Social Media. Princeton: Princeton University Press, 2017.

Muito antes da tecnologia *big data* chamar a atenção de acadêmicos no mundo todo, Amartya Sen já havia destacado a necessidade de libertação das pessoas do que denominou de “isolamento posicional”. Neste sentido, o autor afirmou: “o que podemos ver não é independente de onde estamos em relação ao que estamos tentando ver. E isso, por sua vez, pode influenciar nossas crenças, compreensão e decisões”¹⁹⁸. O autor trabalha com os reflexos das ilusões posicionais na racionalidade – o que pode ajudar a compreender como as redes têm potencializado até mesmo teorias conspiratórias totalmente desconexas, que questionam conhecimentos científicos já bem estabelecidos¹⁹⁹. A radicalização das opiniões conflitantes também tem sido característica predominante dos debates políticos contemporâneos, e pode ser considerada outra consequência desse fenômeno.

Nesse sentido, Cass Sustein²⁰⁰ afirma que a compreensão e as concessões mútuas se tornam muito mais difíceis na medida em que grupos diversos recebem apenas informações opostas e acabam acreditando em “verdades”²⁰¹ opostas. O autor também chama a atenção para o fato de que debates em grupos homogêneos tendem muito mais a insuflar as visões particulares do que a fomentarem reflexões.

Ao analisar as razões para a derrocada das democracias, Stephen Holmes²⁰² destacou a proliferação de plataformas tecnológicas que teriam produzido uma visão distorcida do pluralismo midiático, já que o espaço político foi colonizado por fortalezas ideológicas mutuamente seladas, sem comunicação possível entre si. O autor também chama a atenção para a forma como as sociedades divididas abrem espaços para a ascensão de líderes populistas, muitos dos quais tem se utilizado estrategicamente das redes para alçarem-se ou perpetuarem-

¹⁹⁸ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Tradução de Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 163

¹⁹⁹ O ressurgimento da crença na terra plana é, sem dúvidas, o exemplo mais estridente desta afirmação. Gabriela Fasolo Pivaro¹⁹⁹ analisou postagens terraplanistas na Internet para entender como é possível que pessoas em pleno Século XXI acreditem nesta falácia. Ela identificou que os terraplanistas valorizam o descobrimento pessoal (ao utilizarem a observação de que a terra parece plana aos olhos do observador) em detrimento do conhecimento já estabelecido na sociedade, coletivamente organizado, o que condiz com as considerações sobre a hipertrofia da esfera privada trazidas à discussão: a percepção individual, reforçada em um grupo homogêneo, torna até mesmo os mais indisputados temas científicos passíveis de contestação. (PIVARO, Gabriela Fasolo. A crença numa Terra Plana e os ambientes virtuais: identificando relações e construções de conhecimento. **XII Encontro Nacional de Pesquisa em Educação em Ciências** – XII ENPEC. Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN – 25 a 28 de junho de 2019. Disponível em: https://www.academia.edu/46862745/A_cren%C3%A7a_numa_Terra_plana_e_os_ambientes_virtuais_identificando_rela%C3%A7%C3%B5es_e_constru%C3%A7%C3%B5es_de_conhecimento. Acesso em 12 nov. 2022).

²⁰⁰ SUSTEIN, Cass. **#Republic** – Divided democracy in the age of Social Media. Princeton: Princeton University Press, 2017, p. 70.

²⁰¹ Em 2016, a palavra do ano eleita pelo dicionário da Oxford foi “post-truth” ou “pós verdade”. A palavra foi escolhida pela influência das *fake news* no referendo que decidiu pela saída do Reino Unido da União Europeia. (OXFORD LANGUAGES. World of the Year 2016. Disponível em: <https://languages.oup.com/world-of-the-year/2016/>. Acesso em 12 nov. 2022).

²⁰² HOLMES, Stephen. How Democracies Perish. In Sunstein, Cass. **Can it happen here? Authoritarianism in America**. 2018, p. 400.

se no poder. Neste sentido, Fabrício Bertini Pasquot Polido e Emílio Peluso Neder Meyer²⁰³ citam Donald Trump, Jair Bolsonaro, Matteo Salvini e Viktor Orban como exemplos de populistas digitais, políticos que perceberam que as mídias sociais podem ser um veículo estratégico para sua chegada e manutenção no poder. No Brasil, a questão tem sido central no debate sobre governança digital, especialmente após o processo eleitoral de 2022 e a tentativa de golpe de Estado ocorrida no ataque aos Três Poderes em janeiro de 2023.

Diante do amplo reconhecimento de que alguns dos principais modelos de negócio existentes na Internet representam riscos aos valores humanos e democráticos, o tema da governança das redes mostra-se mais urgente do que nunca. Embora algumas das soluções para as ameaças democráticas da tecnologia precisem passar por uma maior conscientização dos usuários – e, em muitos casos, pelo despertar de ações individuais de enfrentamento aos abusos²⁰⁴ - não há dúvidas de que a regulação precisa assumir o seu papel. Faz-se necessário, e urgente, substituir a governança algorítmica por uma governança com base axiológica, comprometida não apenas com a correção das falhas de mercado mas também dos abusos das ferramentas que reduzem o indivíduo ao papel de produto, permitindo que uma reflexão política sobre o que deve e o que não deve compor o mercado da Internet seja estabelecida dentro de arenas democráticas.

2.6 O CÓDIGO NÃO PODE SER A ÚNICA LEI

Como visto nas seções anteriores, a *lex informática* - ou a regulação da Internet a partir dos códigos e algoritmos envolvidos em suas aplicações – é uma forma de regulação que molda o funcionamento das redes digitais. A grande preocupação que advém destas fontes de normatização privadas é que o poder que tais instituições possuem não vem acompanhado de mecanismos de *accountability* – isto é, de meios para obrigá-las a “prestar informações e

²⁰³ POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot; MEYER, Emílio Peluso Neder. Using Digital Constitutionalism to Curb Digital Populism. **Blog of the International Journal of Constitutional Law**. I-CONnect. Disponível em: <http://www.iconnectblog.com/2021/07/using-digital-constitutionalism-to-curb-digital-populism/>. Acesso em 12 set. 2021.

²⁰⁴ Resistir ao potencial viciante trazido pelas distrações da tecnologia, buscar escapar das bolhas virtuais e ouvir os oponentes, procurar ativamente por serviços que não usem a coleta de dados como forma de monetização do conteúdo, utilizar programas que bloqueiam anúncios são sugestões de ações individuais apresentadas por Jamie Bartlett que, se empregadas em larga escala, poderiam gerar mudanças na forma como a Internet tem funcionado atualmente. (BARTLETT, Jamie. **The People vs. tech: how the Internet is killing democracy (and how we save it)**. New York: Penguin Random House, 2018, p. 100).

justificações sobre suas ações e seus resultados, podendo ser sancionada política, pública, institucional e/ou juridicamente por suas atividades”²⁰⁵.

Enquanto o entendimento positivista da unidade do Direito emanado pelos Estados modernos consolidou-se em meio a debates sobre separação de poderes e controle democrático, nas fontes privadas de normatividade, o poder de criação, julgamento e execução das normas jurídicas permanece concentrado nas mãos de entidades movidas pelo seu auto interesse, muitas vezes sem mecanismos efetivos de controle.

A possibilidade de os mecanismos de mercado funcionarem como incentivos à transparência por parte das empresas, como se viu, esbarra no fato de que os mercados digitais são falhos: as *big techs* concentram o mercado, não se sujeitando a competição com concorrentes. Ademais, há enorme assimetria informacional entre os usuários e as plataformas, de modo que são poucos os usuários que detém o mínimo conhecimento sobre como funcionam os algoritmos de personalização de conteúdo, quais os dados pessoais que são coletados e como eles são utilizados. Por fim, os modelos de negócio no qual se pautam muitas das grandes empresas da Internet não trazem incentivos para uma adequada curadoria do conteúdo disponibilizado, e no cenário em que a informação é abundante, distinguir informação de ruído ou desinformação torna-se difícil. Os efeitos sociais desta combinação de fatores têm sido sentidos na polarização das sociedades, na corrosão de consensos nos mais diversos campos do conhecimento e na derrocada da democracia.

A necessidade de se “vigiar os vigilantes”²⁰⁶ da Internet desponta, assim, como o elemento fundamental das discussões jurídicas sobre regulação das redes na atualidade. Há múltiplas posições quanto ao que deve ser exigido destes intermediários. Em relatório divulgado pela Anistia Internacional, intitulado de “*The Social Atrocity*”²⁰⁷, a organização apontou que o fracasso da Meta em moderar conteúdos com discurso de ódio em Myanmar e o uso das métricas de engajamento como mecanismo para modulação do conteúdo exibido pelo aplicativo foram um combustível determinante para o genocídio. No relatório, a organização sustentou que a Meta falhou em seu dever de proteger direitos humanos e adotar medidas de *due diligence* quanto ao funcionamento de seu sistema de governança algorítmica. Para

²⁰⁵ TOMIO, Fabrício Ricardo de Limas and ROBL FILHO, Ilton Norberto. Accountability e independência judiciais: uma análise da competência do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Revista de Sociologia Política**. 2013, vol.21, n.45, pp.29-46. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0104-44782013000100004>. Acesso em: 30 jan. 2023.

²⁰⁶ Do brocardo latino: *Quis custodiet ipsos custodes?*

²⁰⁷ AMNESTY INTERNATIONAL. **The Social Atrocity**. Meta and the right to remedy for the Rohingya. Disponível em: <https://www.amnesty.org/en/documents/asa16/5933/2022/en/>. Acesso em 22 nov. 2022.

embasar a obrigação, a Anistia Internacional menciona alguns documentos internacionais não vinculantes como o *UN Guiding Principles on Business and Human Rights* e o *OECD Guidelines for Multinational Enterprises*, sustentando – inclusive – a existência de um dever de reparação da Meta às vítimas da violência.

Por outro lado, há quem sustente que as empresas não deveriam poder interferir no conteúdo das redes, posicionando-se como uma arena livre para o debate público²⁰⁸. Diante da constatação de que há incentivos para que as empresas mantenham suas ferramentas de moderação²⁰⁹ alguns fervorosos entusiastas da liberdade no ambiente digital têm defendido que o caminho perpassa, então, pela eliminação dos intermediários da Internet, o que seria possível por meio da tecnologia *blockchain* (responsável pela criação do mercado das criptomoedas e dos *smart contracts*).

O fato da *blockchain* atribuir confiabilidade às transações realizadas sem o Estado ou uma grande corporação como intermediário permite que muitos afirmem que a tecnologia poderia ser capaz de assumir papéis de coordenação jurídica e econômica²¹⁰. Destaca-se, neste sentido, Alexander Savelyev, que afirma que os *smart contracts* “representam uma alternativa legal ao sistema jurídico por completo”²¹¹. Dentre defensores desta premissa, há até mesmo quem utilize a expressão “*Code is law*” fora do contexto da obra de Lessig, procurando sustentar que o código deve ser a única lei a regular a Internet.

Esse discurso, no entanto, não faz mais do que repetir o equívoco fundamental dos primeiros libertários da Internet, que ignoravam a artificialidade dos códigos. Recorde-se que quando Lessig afirmou que o código é a lei da Internet, ele buscava refutar a assunção ciberanarquista que ganhava espaço nos primeiros anos após a disseminação da tecnologia, a qual defendia que a Internet deveria ser mantida livre de qualquer forma de regulação - e não o contrário.

²⁰⁸ SVANTESSON, Dan Jerker B. **Internet & Jurisdição**: Relatório de Status Global 2019. Internet & Jurisdiction Policy Network publication, 2019. Disponível em: <https://www.Internetjurisdiction.net/uploads/pdfs/Portuguese-IJPN-Global-Status-Report-2019.pdf>, p. 53. Acesso em 22 ago. 2021, p. 137.

²⁰⁹ A monetização das plataformas se dá pela venda de anúncios personalizados, o que demanda que interfiram no conteúdo das redes para exibir tais anúncios. Ademais, tornar o ambiente digital agradável aos usuários, garantindo que se mantenham conectados pode ser um destes motivos, que se alinha com o entendimento de que as redes funcionam como “mercadores de atenção”, conforme relatado no item 2.5 supra.

²¹⁰ SINCLAIR, Davidson; DE FILIPPPII, Primavera; POTTS, Jason. **Disrupting governance**: The new institutional economics of distributed ledger technology. 2016. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2811995. Acesso em: 7 out. 2019.

²¹¹ “Strictly speaking, smart contracts don’t have a need in a legal system to exist: they may operate without any overarching legal framework. De facto, they represent a technological alternative to the whole legal system.” (Tradução livre de: SAVELYEV, Alexander. **Contract Law 2.0**: <<Smart>> Contracts as the beginning of the end of Classic Contract Law. Higher School of Economics Research Paper No. WP BRP 71/LAW/2016 Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2885241. Acesso em: 12 jan. 2020).

Os ensinamentos de Lessig permitiram compreender que a programação encravada no código das aplicações que compõem a arquitetura básica da Internet regula o seu funcionamento, de modo que a interação dos usuários em meio digital não é livre, mas sim moldada a partir das escolhas do programador, que faz as vezes de um regulador. Quanto mais interações humanas acontecem por meio do software, maior a influência desta regulação. E se as fronteiras entre o mundo real e o virtual se diluem, a influência da regulação pelo código também permeia o mundo real.

Lessig pretendia, portanto, chamar a atenção justamente à necessidade de complementar a regulação pelo código com uma governança da Internet com base axiológica. Neste sentido, afirmava que “o código nunca é encontrado. Ele só é feito, e só é feito por nós. [...] Mas por quem e com que valores? Essa é a única escolha que nos resta fazer”²¹².

Assim, ainda que o sistema tecnológico possa criar contratos autoexecutáveis, independentes de qualquer interferência jurídica para garantir o cumprimento das obrigações, isto não significa que o sistema jurídico tenha se tornado desnecessário²¹³. Há que se recordar, nesse sentido, que quem programa um *smart contract* (ou o algoritmo de coleta de dados em uma rede social, ou quem escreve os termos de serviço de uma aplicação, etc.), em última instância, são pessoas. Seres humanos e pensantes que fazem escolhas que definem como o sistema ou serviço irá funcionar. Essas pessoas não estão em uma dimensão virtual, mas no mundo real, um mundo onde existe o Direito. O entusiasmo com as novas tecnologias não pode obscurecer o fato de que o sistema, o código, o programa, o *site* apenas executam o que foram programados para fazer, a partir de decisões internas que consideram o interesse do programador.

²¹² “Code is never found; it is only ever made, and only ever made by us (...) But by whom and with what values? That is the only choice we have left to make”. (Tradução livre de: LESSIG, Lawrence. **Code** – version 2.0. New York: Basic Books, 2006, p. 6).

²¹³ Neste contexto, convém observar as lições de Giesela Ruhl sobre o tema. A autora afirmou que: “De fato, enquanto talvez seja verdade que os smart contracts não precisam de um sistema legal para operar ou executar obrigações legais, parece haver poucas dúvidas de que os smart contracts dependem de um sistema legal para determinar se há alguma obrigação legal a ser executada, para início de conversa. Isto porque o smart contract sozinho – como um pedaço de código – não tem meios para saber se uma obrigação legal válida foi criada. Ele não tem sequer meios para saber se as partes que decidiram usar o smart contract consentiram validamente. Tudo que o smart contract pode fazer é o que disseram a ele que fizesse. No entanto, poder fazer algo, não significa que fazê-lo é correto ou legal”. “In fact, while it might be true that smart contracts do not need a legal system to operate and to execute legal obligations, there can be little doubt that smart contracts depend on a legal system to determine whether there is any enforceable legal obligation to begin with. This is because the smart contract itself – as a piece of code – does not have the means of knowing whether an enforceable legal obligation has been validly created. It does not even have the means of knowing whether the parties who decide to make use of a smart contract have validly agreed to do so. All that a smart contract can do is to do what it has been told to do. However, the mere power to do something, does not mean that doing it, is right or legal.” (Tradução livre de: RUHL, Giesela. Smart (legal) contracts or: which (contract) law for smart contracts? In: CAPPIELLO, Benedetta; CARULLO, Gherardo. **Blockchain, Law and Governance**. Springer, 2020, p. 4).

Portanto, se a programação afeta as interações humanas, a atividade humana de programar pode, e deve, ser regulada para que se possa auferir a validade – e até mesmo, dar espaço as considerações de justiça – às transações realizadas por meio do código²¹⁴. Por mais avançado e revolucionário que seja um programa de computador, ele jamais poderá substituir o Direito. Na atividade legiferante, as instituições de governos democráticos têm incentivos maiores para agir em prol do interesse público do que as corporações privadas, que agirão de forma auto interessada e, na ausência de concorrência, oportunista²¹⁵.

Em 2005, os participantes da *World Summit on the Information Society Forum* (WSIS) – uma conferência coordenada pela ONU para tratar da governança das redes e que contou com a participação de representantes dos governos, de empresas privadas da área da tecnologia e de diferentes organizações da sociedade civil – elaboraram a Agenda Tunis para a Sociedade da Informação²¹⁶. A Agenda serviu para expressar os consensos alcançados no debate ocorrido na conferência, e estabeleceu que a governança da Internet deve envolver os governos, o setor privado, atores da sociedade civil e das organizações internacionais. Não obstante, apesar dos debates sobre governança deverem ser permeados pelos diferentes *stakeholders* do universo digital, o documento também firmou o entendimento de que “a autoridade política para questões de políticas públicas relacionadas à Internet pertence aos Estados soberanos”²¹⁷.

Diante de todo o exposto, pode-se sintetizar, como o fez Dan Jerker B. Svantesson, que a questão de regular ou não a Internet é um “assunto encerrado”²¹⁸. A Internet precisa ser regulada e essa regulação precisa emergir do debate público, com foco na promoção do interesse coletivo, tendo em vista que a autorregulação tende a ser enviesada em prol do interesse daqueles que detêm o controle sobre sua programação.

²¹⁴ HASTREITER, Michele Alessandra; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Conflitos de Leis e jurisdições nas Transações celebradas a partir da Blockchain. *Revista Opinião Jurídica*, ano 20, n. 33, p. 63. Disponível em: <https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/3909/1527>. Acesso em 11 jun. 2022.

²¹⁵ O oportunismo pode ser definido como a situação em que uma das partes procura “por trapaça (meios diversionistas) ou mediante força, coerção, modificar em seu proveito e em detrimento a outra, a repartição dos ganhos conjuntos do contrato que cada parte poderia, normalmente, obter no momento de sua conclusão” (MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*. Tradução Rachel Sztajn. 2ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Atlas, 2020, p. 223).

²¹⁶ WSIS. **Tunis Agenda for the Information Society**. Document: WSIS-05/TUNIS/DOC/6(Rev.1)-E. Disponível em: <https://www.itu.int/net/wsis/docs2/tunis/off/6rev1.html>. Acesso em 13 nov. 2022.

²¹⁷ “Policy authority for Internet-related public policy issues is the sovereign right of states. They have rights and responsibilities for international Internet-related public policy issues”. (Tradução livre de: WSIS. **Tunis Agenda for the Information Society**. Document: WSIS-05/TUNIS/DOC/6(Rev.1)-E. Disponível em: <https://www.itu.int/net/wsis/docs2/tunis/off/6rev1.html>. Acesso em 13 nov. 2022.)

²¹⁸ SVANTESSON, Dan Jerker B. **Internet & Jurisdição**: Relatório de Status Global 2019. Internet & Jurisdiction Policy Network publication, 2019. Disponível em: <https://www.Internetjurisdiction.net/uploads/pdfs/Portuguese-IJPN-Global-Status-Report-2019.pdf>, p. 53. Acesso em 22 ago. 2021, p. 71.

3 A (DES)IMPORTÂNCIA DO TERRITÓRIO: PARA O DIP, PARA O DIPRI E PARA A INTERNET

“Imagine there's no countries... It isn't hard to do [...]
Imagine all the people... Sharing all the world.”
(John Lennon. Imagine)²¹⁹

As comunidades humanas, tradicionalmente, se organizam em torno de espaços pré-determinados²²⁰. Não por acaso, os Tratados de Münster e Osnabruque, que marcaram a Paz de Westfalia em 1648 e são considerados fundantes tanto do Estado moderno quanto, por consequência, do DIP, foram firmes ao estabelecer o território como a base física para o exercício jurisdicional dos novos Estados soberanos²²¹. No sistema de DIP westfaliano, os diferentes Estados do mundo convencionaram organizar suas autoridades concorrentes em uma repartição do espaço geográfico²²², delimitando, a partir das fronteiras territoriais, o alcance dos diferentes sistemas jurídicos. Em alguns casos, esta delimitação é materializada pela construção de muros, que concretizam a divisão jurídica e política existente entre duas entidades soberanas²²³.

²¹⁹ LENNON, John. **Imagine**. Santa Mônica. California. Universal Music Publishing Group: 1971

²²⁰ STEIN, Allan R. The Unexceptional Problem of Jurisdiction in Cyberspace. **The International Lawyer** 1167 (1998). Disponível em: <https://scholar.smu.edu/til/vol32/iss4/10/>. Acesso em 12 set. 2021, p. 1168.

²²¹“Que assim como as Cidades livres e outros Estados do Império, tanto gerais como particulares, terão Votos decisivos; deverão, sem molestar, manter seus Registros, Alfândega, Receitas anuais, Liberdades, Privilégios para confiscar, aumentar os Impostos e outros Direitos, obtidos legalmente do Imperador e do Império, ou desfrutados muito antes destas Comemorações, com uma Jurisdição plena dentro do recinto de suas Muralhas, e seus Territórios”. (Tradução livre de: *“That as well as general as particular Diets, the free Towns, and other States of the Empire, shall have decisive Votes; they shall, without molestation, keep their Regales, Customs, annual Revenues, Libertys, Privileges to confiscate, to raise Taxes, and other Rights, lawfully obtain'd from the Emperor and Empire, or enjoy'd long before these Commotions, with a full Jurisdiction within the inclosure of their Walls, and their Territories”*. YALE LAW SCHOOL. **Treaty of Westphalia**. Disponível em: https://avalon.law.yale.edu/17th_century/westphal.asp. Acesso em 14 nov. 2022).

²²² Sem a pretensão de aprofundar o debate em torno dos conceitos emprestados da geografia, utiliza-se aqui a expressão “espaço geográfico” como uma referência à superfície terrestre e que engloba o espaço social, a partir do qual desdobram-se as noções de lugar e território, que serão oportunamente apresentadas neste capítulo. (Sobre o tema, ver em: SOUZA, Marcelo Lopes de. **Os conceitos fundamentais da pesquisa sócio-espacial**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2013, p. 21-38).

²²³ BLUM, Gustavo Glodes. Sobre a tessitura do mundo: deslocamentos topológicos na experiência vivida da política mundial na contemporaneidade. In: CARVALHO JR, Eduardo Teixeira. GALLO, Rafael Mandagaran. **Sociedade em Transição**: Buscando novos temas e novas abordagens para a compreensão do mundo contemporâneo. Rio de Janeiro: Multifoco, 2019, p. 118.

A Internet, por outro lado, foi vista desde o princípio como uma tecnologia indiferente a estas divisões. David Johnson e David Post²²⁴ afirmavam de forma categórica: a Internet “destruiu as barreiras geográficas”. A noção da “www” ou *World Wide Web* traduz a ideia de o mundo todo fazer parte de uma mesma rede, uma “aldeia global”²²⁵. O padrão da Internet é que, independentemente do local físico em que estiver o usuário, ele poderá acessar qualquer *link*. As plataformas digitais, em especial as redes sociais, trazem consigo a promessa de congregar usuários para um compartilhamento de experiências sem qualquer observância de fronteiras ou limites espaciais²²⁶.

Todas estas potencialidades trazidas pela Internet fizeram com que algumas das primeiras visões sobre a natureza transfronteiriça da rede parecessem ter saído do mundo imaginado por John Lennon no maior sucesso de sua carreira solo: o single “*Imagine*” lançado em 1971. A Internet cumpriria a promessa incrustada no artigo 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH)²²⁷ ao viabilizar a transmissão de informações independentemente de fronteiras. Jacob Gorender²²⁸ projetava para o futuro uma sociedade planetária unificada a partir da globalização e da revolução tecnológica. No entanto, as concepções acerca de uma aldeia global que reuniria os “cidadãos da Internet” (“*netizen*”)²²⁹ não tardaram a se mostrar falhas. Na Internet, ao contrário do mundo sem Estados imaginado por John Lennon, as pessoas não viveram suas vidas em paz.

Já nos primeiros conflitos transfronteiriços oriundos do universo digital ficou claro que a existência de tensões culturais e diferenças profundas entre os Estados se tornaria

²²⁴“*These electronic communications play havoc with geographic boundaries*”. (Tradução livre de: JOHNSON, David; POST, David. *Law and Borders: the rise of Law in Cyberspace*. **Stanford Law Review**. Vol. 48, No. 5. May 1996. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1229390>. Acesso em 01 mar. 2022, p. 1379).

²²⁵ O termo aldeia global foi criado pelo filósofo canadense Herbert Marshal McLuhan – muito antes do surgimento da Internet – para indicar como as novas tecnologias poderiam encurtar distâncias e interligar pessoas do mundo todo. (APDSI – Associação para a Promoção e Desenvolvimento da Sociedade da Informação. **Glossário da Sociedade da Informação**. Aldeia Global. Disponível em: <https://apdsi.pt/glossario/a/aldeia-global/#:~:text=%5Bing.%5D&text=%5Bdef.%5D,das%20novas%20tecnologias%20da%20comunica%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em 20 nov. 2022).

²²⁶ CHAPELLE, Bertrand; FEHLNGER, Paul. *Jurisdiction on the Internet: From Legal arms race to transnational cooperation*. **Internet & Jurisdiction Paper**. April 2016. Disponível em: <https://www.Internetjurisdiction.net/uploads/pdfs/Papers/IJ-Paper-Jurisdiction-on-the-Internet.pdf>. Acesso em 02 nov. 2022, p. 7.

²²⁷ Artigo 19: Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; esse direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e **independentemente de fronteiras**. (grifo nosso). (ONU. Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral - Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <https://brasil.un.org/sites/default/files/2020-09/por.pdf>. Acesso em 20 nov. 2022)

²²⁸ GORENDER, Jacob. Estratégias dos Estados nacionais diante do processo de globalização. **Estudos Avançados**, 9(25), 93-112. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/eav/article/view/8888>. Acesso em 20 de nov. 2022, p. 93

²²⁹ HAUBEN, Michael. **The Net and Netizens: the impact the net has on People’s Lives**. Disponível em: <http://www.columbia.edu/~rh120/ch106.x01>. Acesso em 19 nov. 2022.

desafiadora diante da forma como a Internet e o Direito diferiam frente à geografia. Como descrito por Thomas Schultz:

O lado negro da web se manifestou e desencadeou um movimento de retirada cultural e nacionalista. As pessoas começaram a dizer que não queriam que os estrangeiros estranhos fizessem o equivalente a ficar no jardim em frente de sua casa fazendo coisas que eram tão repugnantes à sua comunidade. (...). De repente, o caráter livre e global da Internet começou a ser considerado um mal. A comunidade global da Internet começou a pensar que, afinal, não queria ser uma única comunidade, mas várias, e que cada comunidade deveria poder viver de acordo com seus valores fundamentais internos, de acordo com suas próprias escolhas de políticas públicas²³⁰.

Esse capítulo dedica-se a examinar a segunda premissa desta tese: a de que a Internet e o Direito diferem fundamentalmente quanto à importância do território geográfico, o que desafia as capacidades regulatórias dos Estados soberanos. De fato, ainda que a Internet já esteja perto de completar sua terceira década de utilização civil e comercial, os desafios que trouxe ao modelo de organização política e jurídica das sociedades em torno de espaços determinados seguem mais vivos do que nunca e os sistemas jurídicos nacionais, tanto quanto o DIP, ainda se debatem com a transnacionalidade da Internet.

Esse é, aliás, o problema fundamental que motivou esta pesquisa: as contradições existentes entre a territorialidade do Direito e a virtualidade da rede mundial de computadores. Trata-se de um problema que já é enfrentado no meio jurídico desde o surgimento da Internet. Um levantamento feito pela *Internet & Jurisdiction Policy Network* bem ilustra amplitude do debate: a entidade mapeou as publicações disponibilizadas na *Law Journal Library* da *Hein Online* sobre o tema e identificou que, entre 1994 e 2018, foram escritos e publicados 157.361 artigos acadêmicos sobre Internet, dos quais 7.071 abordaram os desafios jurisdicionais trazidos pela tecnologia²³¹.

Apesar da intensa produção científica já existente quanto ao tema, sua relevância cresce de forma proporcional ao aumento no emprego da tecnologia nas dinâmicas econômicas e sociais. Apesar disso, o relatório identificou que o número de trabalhos dedicados especificamente aos desafios jurisdicionais da Internet tem diminuído nos últimos anos e, ainda, que quando estes temas são debatidos, costumam ser explorados dentro de contextos específicos das áreas respectivas do Direito material envolvido no debate, isto é: em discussões que

²³⁰ SCHULTZ, Thomas. Carving up the Internet: Jurisdiction, Legal Orders and the Private/Public International Law Interface. *The European Journal of International Law* Vol. 19 no.4. 2008. Disponível em: <https://academic.oup.com/ejil/article/19/4/799/349335>. Acesso em 19 nov. 2022.

²³¹ SVANTESSON, Dan Jerker B. *Internet & Jurisdiction*: Relatório de Status Global 2019. Internet & Jurisdiction Policy Network publication, 2019. Disponível em: <https://www.Internetjurisdiction.net/uploads/pdfs/Portuguese-IJPN-Global-Status-Report-2019.pdf>, p. 53. Acesso em 22 ago. 2021, p. 107.

abarcam reformas no direito da propriedade intelectual, a efetividade das leis sobre difamação ou problemas de impunidade nos crimes cibernéticos, por exemplo. A organização, então, apontou a necessidade de resgatar a importância de se discutir os desafios jurídicos transfronteiriços da Internet enquanto um tema *per se*, promovendo uma discussão que abarque os desafios semelhantes que surgem em diferentes contextos, sendo isso, precisamente, o que se propõe nesta tese.

O presente capítulo visa apresentar estes desafios, examinando a relação do Direito – e, em especial, do DIP e do DIPRI - e da Internet com o território geográfico. Para isto, o capítulo se inicia abordando as noções de jurisdição e seus desdobramentos às duas disciplinas jurídicas, evidenciando como as noções de territorialidade e extraterritorialidade entrelaçam o DIP e o DIPRI. Na sequência, traz-se a lume alguns aspectos fundamentais do funcionamento da Internet, com o objetivo de tornar concretas as características da tecnologia que desafiam as premissas da territorialidade. Ao final, também serão exploradas as tecnologias de geolocalização, muitas vezes concebidas como a panaceia para os dilemas jurisdicionais trazidos pela Internet, mas que trazem riscos que não podem ser desconsiderados no debate sobre a governança das redes digitais.

3.1 TERRITORIALIDADE E JURISDIÇÃO

A palavra jurisdição vem do latim *juris dictio*, que significa, literalmente, “dizer o direito”. Trata-se de um conceito que permeia as diversas disciplinas jurídicas, mas que ganha contornos especialmente importantes para o DIP e para o DIPRI, visto que evoca preocupações ligadas tanto às noções de soberania quanto à definição do sistema jurídico responsável por solucionar casos particulares²³².

Sob o prisma do DIP – o ramo do Direito encarregado da regulação da sociedade internacional - pode-se definir jurisdição como a delimitação do poder regulatório de cada Estado²³³, sendo, portanto, a demarcação do exercício de seu poder soberano, em igualdade com os demais. Por outro lado, as regras que abordam as discussões sobre jurisdição permitem que se identifique quando uma pessoa ou um evento estará sujeito à disciplina de um Estado determinado, sendo cruciais à resolução dos problemas de DIPRI, o ramo do Direito encarregado da gestão da diversidade de ordens jurídicas diante dos fatos transnacionais.

²³² RYNGAERT, Cedric. **Jurisdiction in International Law**. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 2.

²³³ MILLS, Alex. **Retrinking Jurisdiction in International Law**. The British Yearbook of International Law – 2014. Disponível em: <https://academic.oup.com/bybil/article/84/1/187/2262836>. Acesso em 14 nov. 2022, p. 1.

O interesse das duas disciplinas sobre o mesmo tema faz com que Dan Jerker Svantesson²³⁴ afirme que, quando o assunto é jurisdição, não há clareza sobre onde começam e terminam o DIP e o DIPRI. É fato, porém, que as duas disciplinas utilizam a palavra jurisdição de maneiras distintas, sendo que o conceito é muito mais amplo sob o prisma do DIP²³⁵, que convencionou dividi-lo em três modalidades:

- (i) a jurisdição prescritiva, que trata da capacidade do Estado de dizer o Direito, por meio de suas normas jurídicas;
- (ii) a jurisdição adjudicativa, ligada a capacidade dos Estados de decidir os casos concretos; e
- (iii) a jurisdição de execução (*enforcement*), que se refere à autoridade do Estado para assegurar a obediência às suas normas, podendo adotar medidas de constrição da liberdade ou propriedade de um indivíduo para assegurar seu cumprimento²³⁶.

Nesta tese, salvo quando expressamente mencionada a intenção de restringir o conceito a uma de suas categorias, o termo jurisdição deve ser entendido na concepção ampla, como o direito de regular de um determinado Estado (que pode ser exercido pelo seu Poder Legislativo, Executivo ou Judiciário), em uma repartição internacional de competências regulatórias com outros Estados.

Observe-se que as três modalidades de jurisdição elencadas pelo DIP abarcam os temas que compõem o objeto do DIPRI, mas apenas o debate quanto a jurisdição adjudicativa é denominado, por esta disciplina, realmente como conflito de jurisdições. As discussões sobre jurisdição prescritiva recebem a denominação de conflito de leis, ao passo que as limitações impostas à jurisdição de execução estão diretamente relacionadas à necessidade de se estabelecer meios para o reconhecimento e a execução de decisões estrangeiras. De toda sorte, a despeito das diferenças terminológicas existentes, pode-se afirmar que as noções em torno da ideia de jurisdição representam, ao mesmo tempo, o que une e separa o DIP e o DIPRI.

As discussões jurisdicionais de DIPRI precederam o surgimento do Estado e do DIP modernos, haja vista que o alcance espacial das leis já era debatido desde as Escolas

²³⁴ SVANTESSON, Dan Jerker B. **Solving the Internet Jurisdiction Puzzle**. Oxford: Oxford University Press, 2017, p. 7.

²³⁵ MILLS, Alex. **The Confluence of Public and Private International Law: Justice, Pluralism and Subsidiarity in The International Constitutional Ordering of Private Law**. United Kingdom: Cambridge University Press, p. 234

²³⁶ KAMMINGA, Menno. Extraterritoriality. Max Planck **Encyclopedia of Public International Law**. Disponível em: <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1040#:~:text=Prescriptive%20jurisdiction%20refers%20to%20a%20State%E2%80%99s%20authority%20to,State%E2%80%99s%20authority%20to%20ensure%20compliance%20with%20its%20laws>. Acesso em 23 jan. 2022.

Estatutárias, tais como a Escola italiana, cujos estudos em Bolonha a partir do século XII e, especialmente, os trabalhos de Bártolo de Sassoferrato (1313-1357), são considerados fundantes do DIPRI²³⁷.

As Escolas Estatutárias desenvolveram o primeiro método de DIPRI, denominado de unilateral, o qual basicamente se encarregava de classificar os diferentes estatutos (pessoal, real ou mistos) de acordo com sua territorialidade ou extraterritorialidade²³⁸. Essas primeiras construções teóricas de DIPRI não o concebiam como uma parte do Direito local cuja aplicação seria diferente em cada cidade-Estado, mas sim como parte de um sistema de Direito Natural que seria, por definição, universal²³⁹.

Contudo, na atualidade, as normas de DIPRI são basicamente normas de Direito doméstico, reguladas por cada Estado de forma independente e conforme os seus próprios interesses. A separação entre o DIP e o DIPRI foi produto de uma série de circunstâncias ocorridas a partir do Século XIX que acabaram por obscurecer as raízes comuns das duas disciplinas. Isso fez com que as soluções encontradas pelas normas de DIPRI de um Estado para as questões jurisdicionais que são apresentadas aos seus tribunais pudessem diferir das soluções encontradas por outro Estado ao se debruçar sobre as mesmas questões.

As próximas subseções examinam como o DIP e o DIPRI se aproximam e se separam em torno das ideias de jurisdição e de territorialidade e extraterritorialidade, para na sequência apresentar como tais conceitos são desafiados nas relações jurídicas travadas pela Internet.

3.1.1 Jurisdição territorial e a convergência do DIP e do DIPRI

Como já se mencionou, ao menos desde a Paz de Westfalia se reconhece que o território de um Estado é a base fundamental para o exercício de sua jurisdição²⁴⁰. Isto significa que, do ponto de vista do DIP, os Estados têm plena jurisdição para regular eventos, pessoas e

²³⁷ Além da Escola italiana, também são chamadas de Escolas Estatutárias as escolas francesa, holandesa e alemã que, ao longo de quase quatro séculos (século XIV ao XVIII) dedicaram-se a interpretação dos estatutos (regras legais ou costumeiras das cidades) (Sobre o tema, ver em: RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direito Internacional Privado**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 29-35; DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado**: parte geral. 10. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 184 a 192).

²³⁸ DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado** – Parte Geral. 10ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011, p. 184.

²³⁹ MILLS, Alex. **The Confluence of Public and Private International Law**: Justice, Pluralism and Subsidiarity in The International Constitutional Ordering of Private Law. United Kingdom: Cambridge University Press, 2009, p. 32.

²⁴⁰ Neste sentido, afirma Valério Mazzuoli que “é irrecusável a constatação de que a soberania do Estado (*imperium*) tem como área geográfica de seu exercício o território”. (MAZZUOLI, Valério. **Curso de Direito Internacional Público**. 9ª ed., rev. Atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 539).

coisas em seu território. Para Alex Mills²⁴¹, também decorre da ideia de territorialidade a possibilidade de regulação de eventos que produzem efeitos no território do Estado regulador. Esta afirmação é, no entanto, controversa, pois outros autores consideram a doutrina dos efeitos como um exercício extraterritorial de jurisdição²⁴².

Da territorialidade da jurisdição, subentende-se que dentro de seu território, o Estado é livre para prescrever normas e aplicá-las, bem como para adjudicar disputas e executar decisões. Em verdade, as ideias de território e jurisdição estão tão intimamente relacionadas que, para Hans Kelsen²⁴³, o elemento dominante do conceito de território não é o seu reconhecimento como uma porção delimitada da superfície terrestre, mas sim o fato de representar a extensão da ordem jurídica estatal.

No DIP, o território é, ao lado do povo e do governo, um dos elementos fundantes do conceito de Estado²⁴⁴. Na disputa arbitral envolvendo Holanda e Estados Unidos em torno da soberania territorial sobre a Ilha de Palmas, o árbitro Max Huber firmou a correlação entre território e soberania ao afirmar que:

Soberania nas relações entre os Estados significa independência. A independência em relação a uma porção do globo é o direito de exercer nela, com exclusão de qualquer outro Estado, as funções de um Estado. O desenvolvimento da organização nacional dos Estados durante os últimos séculos e, como corolário, o desenvolvimento do Direito Internacional, estabeleceu este princípio de competência exclusiva do Estado em relação a seu próprio território é de tal forma que faz dele o ponto de partida para a solução da maioria das questões que dizem respeito às relações internacionais²⁴⁵.

²⁴¹ MILLS, Alex. **Retrinking Jurisdiction in International Law**. The British Yearbook of International Law – 2014. Disponível em: <https://academic.oup.com/bybil/article/84/1/187/2262836>. Acesso em 14 nov. 2022, p. 196.

²⁴² KULESZA, Joanna. **International Internet Law**. Translated by Magdalena Arent and Wojciech Wotoszyk. New York: Routledge, 2012, p. 4-5.

²⁴³ KELSEN, Hans. Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public. In: **Collected Courses of the Hague Academy of International Law** (Volume 14). Disponível em: https://referenceworks.brillonline.com/entries/the-hague-academy-collected-courses/*A9789028605121_03. Acesso em 15 jan. 2022, p. 249.

²⁴⁴ Valério Mazzuoli conceitua Estado como “um ente jurídico dotado de personalidade internacional, formado de uma reunião de indivíduos estabelecidos de maneira permanente em um território determinado, sob a autoridade de um governo independente e com a finalidade precípua de zelar pelo bem comum daqueles que o habitam”. (MAZZUOLI, Valério. **Curso de Direito Internacional Público**. 9ª ed., rev. Atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 483).

²⁴⁵ “Sovereignty in the relations between States signifies independence. Independence in regard to a portion of the globe is the right to exercise therein, to the exclusion of any other State, the functions of a State. The development of the national organization of States during the last few centuries and, as a corollary, the development of International Law, have established this principle of the exclusive competence of the State in regard to its own territory is such a way as to make it the point of departure in settling most questions that concern international relations.” (Tradução livre de: ONU, **Reports Of International Arbitral Awards - Island of Palmas case** (Netherlands, USA) - 4 April 1928. Disponível em: https://legal.un.org/riaa/cases/vol_II/829-871.pdf. Acesso em 19 nov. 2022).

Para Kelsen²⁴⁶, é graças a divisão espacial da ordem jurídica dos Estados soberanos em torno de seus respectivos territórios que os Estados podem coexistir, sendo que cabe ao DIP por excelência delimitar as esferas de atuação de cada Estado e permitir derrogações.

Como decorrência da territorialidade da jurisdição, o exercício soberano do Estado sobre o seu território também lhe concede o direito de excluir qualquer interferência de outros Estados sobre o mesmo território. De fato, corolário do reconhecimento da igualdade soberana dos Estados²⁴⁷ é o princípio da não-intervenção, do qual se depreende o reconhecimento de que todos os Estados devem respeitar a liberdade soberana, a independência e a integridade territorial dos demais²⁴⁸. O princípio foi incorporado ao DIP positivo com sua inclusão no artigo 19 da Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA), que diz:

Nenhum Estado ou grupo de Estados tem o direito de intervir, direta ou indiretamente, seja qual for o motivo, nos assuntos internos ou externos de qualquer outro. **Este princípio exclui não somente a força armada, mas também qualquer outra forma de interferência ou de tendência atentatória à personalidade do Estado e dos elementos políticos, econômicos e culturais que o constituem**²⁴⁹. (grifo nosso)

Assume-se, portanto, que se um Estado impõe sua jurisdição sobre outro Estado, ele age em violação ao princípio basilar da não intervenção e em desrespeito a soberania deste Estado. Sobre isso, inclusive, manifestou-se o Conselho de Segurança das Nações Unidas, por meio de sua Resolução n° 138 de 23 de junho de 1960²⁵⁰ que condenou as ações de Israel quando o Estado capturou Aldolf Eichmann, um dos principais articuladores do Holocausto, que havia fugido da Europa ao final da Segunda Guerra Mundial e vivia escondido na Argentina. O fato de Israel não ter solicitado a extradição do oficial nazista à Argentina e, ao invés disso, agido diretamente por meio de seu serviço secreto para sua captura foi considerado um ilícito internacional, a despeito do reconhecimento universal de que Eichmann deveria ser levado à justiça por seus atos.

²⁴⁶ KELSSEN, Hans. Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public. In: **Collected Courses of the Hague Academy of International Law** (Volume 14). Disponível em: https://referenceworks.brillonline.com/entries/the-hague-academy-collected-courses/*A9789028605121_03. Acesso em 15 jan. 2022, p. 249.

²⁴⁷ A igualdade soberana entre os Estados é premissa basilar do Direito Internacional. Sobre o tema, ver em: ACCIOLY, Hildebrando.; BORBA, Casella.Silva. P.; SILVA, Geraldo.E.do. N. **Manual de Direito Internacional Público**. São Paulo: Editora Saraiva, 2018, p. 304. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553610099/>. Acesso em: 18 dez. 2021.

²⁴⁸ MAZZUOLI, Valério. **Curso de Direito Internacional Público**. 9ª ed., rev. Atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 573.

²⁴⁹ OEA, **Carta da Organização dos Estados Americanos**. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/q.cartaoea.html>. Acesso em 14 nov. 2022.

²⁵⁰ CONSELHO DE SEGURANÇA DA ONU. **138 (1960). Resolution of 23 June 1960**. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/157/27/PDF/NR015727.pdf?OpenElement>. Acesso em 25 nov. 2022.

Na seara do DIPRI, tanto quanto do DIP, a territorialidade também ocupa um papel dominante. No Século XVII, a escola holandesa²⁵¹ de DIPRI – com clara correlação aos estudos do também holandês Hugo Grotius e suas ideias fundantes do DIP²⁵² - foi pioneira no reconhecimento do problema fundamental, emergente do DIP, que resultava na necessidade do DIPRI²⁵³: o fato de que, com a divisão do mundo em diferentes Estados soberanos, inexistia um único *ius civile*²⁵⁴. A solução para tal problema, segundo Ulrich Huber²⁵⁵, se basearia em três axiomas fundamentais, sendo os dois primeiros pautados na ideia de territorialidade, conforme segue:

1) As leis de cada Estado têm força nos limites de seu governo e obrigam todos aqueles sujeitos a ele, mas não vão além disto. 2) Todas as pessoas dentro dos limites de um Estado, ainda que lá estejam temporariamente, são súditos deste Estado²⁵⁶.

Contudo, apesar do território ser o ponto de origem para as discussões jurisdicionais no DIPRI, a mobilidade humana tornou necessário afrouxar os limites territoriais ao exercício da jurisdição. Esse reconhecimento, aliás, é o que está por detrás da própria criação do DIPRI,

²⁵¹ A Holanda era, naquela época, uma emergente potência europeia, com uma atuação intensa no comércio internacional nascente, e elevada produção intelectual, o que favoreceu o surgimento de pensadores de mais alta relevância ao Direito Internacional Público e ao Direito Internacional Privado naquele país. Nesse sentido, afirma Hessel E. Yntema que “*The Netherlands became the chief mart of world commerce, not only in goods but also in ideas and beliefs – to Huguenots and Jews, Pilgrims and Cavaliers – the spirit of Athens again resurgent at the threshold of the modern world*”. (Nesse sentido, ver em: YNTEMA, Hessel E. The Comity Doctrine. **Michigan Law Review**. Volume 65. Issue 1. 1966. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5681&context=mlr>. Acesso em 03 out. 2021, p. 17); Da mesma forma, Lorenzen sustenta que foi a forma federativa de organização da Holanda, associada a sua intensa atuação no comércio internacional no período o que criou as condições para os debates teóricos de Direito Internacional Privado florescerem naquele país. (LORENZEN, Ernest. Huber’s De Conflictu Legum. **Yale Law School**. 1919. Disponível em: https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/4563/. Acesso em 03 out. 2021, p. 201).

²⁵² A obra de Hugo Grotius “*De Iure Belli ac Pacis*” é considerada fundante do Direito Internacional Público. Ela não trata de temas de Direito Internacional Privado, mas concepções fundamentais do seu trabalho serão posteriormente incorporadas ao debate de DIPRI, sobretudo suas concepções relacionadas a soberania territorial. (YNTEMA, Hessel E. The Comity Doctrine. **Michigan Law Review**. Volume 65. Issue 1. 1966. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5681&context=mlr>. Acesso em 03 out. 2021).

²⁵³ YNTEMA, Hessel E. The Comity Doctrine. **Michigan Law Review**. Volume 65. Issue 1. 1966. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5681&context=mlr>. Acesso em 03 out. 2021, p. 26.

²⁵⁴ O *ius civile* era o Direito que se aplicava apenas aos cidadãos romanos. Diante da necessidade de dirimir conflitos entre romanos e estrangeiros, surge o *ius gentium*, baseado nas tradições e praxes do comércio internacional. (ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559640645/>. Acesso em: 18 dez. 2021).

²⁵⁵ Para Dolinger, a teoria de Huber é uma síntese das tradições italianas e francesas, enriquecida com o espírito internacional de Grotius e as doutrinas modernas de soberania. (DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado – Parte Geral**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 191).

²⁵⁶ “1. *The laws of each state have force within the limits of that government and bind all subjects to it, but not beyond.* 2. *All persons within the limits of a government, whether they live there permanently or temporarily, are deemed to be subjects thereof.*” Tradução livre de LORENZEN, Ernest. Huber’s De Conflictu Legum. **Yale Law School**. 1919. Disponível em: https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/4563/. Acesso em 03 out. 2021, p. 200.

pautada na ideia de que podem existir situações em que os Estados deveriam renunciar à aplicação da lei local (conceito que no DIPRI é denominado de *lex fori* ou lei do foro) e aceitar a existência, validade e eficácia extraterritorial de uma lei estrangeira mais bem conectada à causa (ao que se convencionou denominar de *lex causae* ou lei da causa). Tem-se, assim, que é da própria existência do DIPRI o reconhecimento da possibilidade de um exercício extraterritorial da jurisdição.

3.1.2 Jurisdição extraterritorial e a complementariedade do DIPRI ao DIP

A Enciclopédia do Instituto Max Planck de Direito Internacional, define o verbete extraterritorialidade como “a capacidade de um Estado elaborar, aplicar e executar leis sobre pessoas, bens ou eventos situados fora dos seus territórios”²⁵⁷. Embora a palavra seja, muitas vezes, empregada em um sentido pejorativo, para designar um exercício ilegítimo de jurisdição²⁵⁸, tanto a territorialidade quanto a extraterritorialidade são reconhecidas pelo DIP e pelo DIPRI como legítimas.

Este reconhecimento é bem localizado, em termos históricos, no desenvolvimento da ciência do Direito. A busca pela *lex causae*, com o consequente reconhecimento da possibilidade de extraterritorialidade dos diferentes Direitos domésticos, não tem antecedentes históricos na Antiguidade²⁵⁹. Os gregos, por exemplo, mesmo quando diante de conflitos entre estatutos das diferentes cidades-Estados, adotavam a perspectiva da aplicação do Direito do foro (ou seja, a lei da cidade da corte em que a disputa estava sendo apreciada), não

²⁵⁷ KAMMINGA, Menno T. Extraterritoriality. **Max Planck Encyclopedia of Public International Law** [MPEPIL]. September 2020. Disponível em: <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1040>. Acesso em 10 jan. 2022.

²⁵⁸ Neste sentido Cedric Ryngaert afirma que “enquanto ‘extraterritorial’ pode ser um termo curto útil para ‘não exclusivamente territorial’, o termo deve ser evitado porque está manchado por uma conotação pejorativa que adquiriu no passar dos anos. (...) muitos consideram que a jurisdição extraterritorial é ilegítima ou ultrajante”. “While “extraterritorial” may nonetheless be useful as shorthand for “not exclusively territorial,” the term might best be avoided, because it is tainted by the pejorative connotation it has acquired over the years. (...) those who term particular assertions of jurisdiction “extraterritorial” indeed often believe them to be illegitimate or outrageous”. (RYNGAERT, Cedric. **Jurisdiction in International Law**. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 8).

²⁵⁹ Um papiro encontrado preservado em uma múmia de crocodilo do Egito antigo estabelecia que contratos celebrados entre gregos e egípcios deveriam ser resolvidos pelas cortes gregas, caso a forma daquele direito tivesse sido observada, e nas cortes egípcias, caso a forma fosse a do direito Egípcio. Trata-se de uma prova arqueológica que contraria a tese de inexistência do DIPRI na Antiguidade. Naquele período, porém, não se vislumbrava a aplicação do direito estrangeiro perante cortes locais, o que só viria a ser reconhecido muitos anos mais tarde, quando as relações entre povos de comunidades diferentes se tornariam mais amistosas. Por isso, a maior parte dos autores localiza a origem do DIPRI nas disputas comerciais envolvendo mercadores de diferentes cidades-Estado europeias no período medieval (Sobre o tema, ver em: YNTEMA, Hessel E. The Historic Bases of Private International Law. **The American Journal of Comparative Law**, Vol. 2, N. 3 (Summer, 1953), Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/837480>. Acesso em: 05 ago. 2020, p. 299.)

reconhecendo que qualquer lei estrangeira pudesse ter validade local²⁶⁰. Já os romanos recorriam a uma espécie de Direito material diverso para os casos envolvendo estrangeiros, o denominado *jus peregrino*²⁶¹.

Com a desintegração do Império Romano e a emergência do regime feudal, consagrou-se o apelo às regras costumeiras de cada localidade para a solução das questões jurídicas e, em situações que envolviam mais de uma cidade, a dimensão territorialista do feudalismo afastava qualquer possibilidade de aplicação das leis estrangeiras pelas cortes locais²⁶². Assim, também neste contexto apenas a *lex fori* era invocada.

A abordagem da *lex causae* surge, portanto, no período medieval, mais precisamente no Século XII, quando as diferentes cidades italianas, cada qual com seus próprios estatutos, começaram a envolver-se em trocas comerciais intensas e o questionamento sobre qual Direito deveria ser aplicado (se o do foro ou o da outra cidade envolvida na disputa) começou a emergir com alguma frequência²⁶³.

Os comerciantes que projetavam seus negócios para outros locais recebiam subordinar-se totalmente às leis locais, o que criou interesses econômicos para a definição do alcance máximo de uma norma, que não poderia vincular quem não possuísse relação com sua respectiva produção normativa. Por isto, os pensadores italianos - e, mais tarde, os franceses e holandeses - desenvolveram o método denominado unilateral do DIPRI, que se pautava na ideia de que os conflitos de leis no espaço deviam ser solucionados com base na lei que pretendesse alcançar a relação jurídica em exame. Tais pensadores pretendiam identificar a lei aplicável às relações jurídicas esforçando-se para catalogar todas as leis conforme sua pretensão de

²⁶⁰ RUHL, Giesela. Methods and Approaches in Choice of Law: an economic perspective. **Berkeley Journal of International Law**, vol. 24, 2006, p. 804 Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=920999. Acesso em 22 ago. 2021.

²⁶¹ O *jus gentium* dos romanos era um conjunto de regras aplicáveis àqueles que não eram romanos em suas relações com os romanos. Eram, contudo, normas materiais e não de solução de conflitos entre leis. O Direito Romano tinha aspiração universal e, por isso, diversos autores sustentam que não existiam normas de Direito Internacional Privado na Antiguidade (Neste sentido: BASSO, Maristela. **Curso de Direito Internacional Privado**. 4ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 126-128; DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado – Parte Geral**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 180; DEL’OLMO, Florisbal de Souza. **Curso de Direito Internacional Privado**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 9). André de Carvalho Ramos, contudo, sustenta que o Direito Internacional Privado não se resume ao método conflitual e destaca, dentre outros, o direito uniforme como exemplo de como coordenar diferentes sistemas jurídicos. Por isso, sustenta que o *jus gentium* teve, sim, importante contribuição ao Direito Internacional Privado, na medida em que “mostra determinada atenção a relações de uma comunidade com outra distinta” (Ver em: RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direito Internacional Privado**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 29).

²⁶² RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direito Internacional Privado**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 29.

²⁶³ RUHL, Giesela. Methods and Approaches in Choice of Law: an economic perspective. **Berkeley Journal of International Law**, vol. 24, 2006, p. 804 Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=920999. Acesso em 22 ago. 2021.

aplicabilidade territorial ou extraterritorial, o que os levou a criar categorias para os estatutos (primeiramente, o estatuto pessoal e o real; depois, também, os mistos)²⁶⁴.

A obra de Bártolo de Sassoferrato consagrou - como decorrência do brocardo *statutum non ligat nisi subditos* - a noção de extraterritorialidade do estatuto pessoal, assegurando que as normas que disciplinam os atributos constitutivos da individualidade jurídica de uma pessoa lhe acompanharão, onde quer que a pessoa esteja²⁶⁵. A noção de extraterritorialidade também se tornou especialmente importante com o surgimento das primeiras corporações multinacionais: as Companhias das Índias²⁶⁶. Isto porque a falta de existência física da noção de corporação suscitava dificuldades ao pensamento tradicional sobre jurisdição, já que até então o Estado exercia domínio sobre indivíduos quando seus corpos ou propriedade estivessem sob o seu domínio territorial²⁶⁷. As corporações tinham sua existência legal como uma decorrência da lei do local de sua incorporação, mas sua existência poderia repercutir sobre outros Estados. Assim, quando um Estado reconhece uma empresa estrangeira como sujeito de direitos e deveres, ele está dando efeitos extraterritoriais às leis domésticas do Estado que lhe atribuiu personalidade jurídica²⁶⁸.

Com o reconhecimento da soberania Estatal após a Paz de Westfália, os trabalhos de Ulrich Huber conectaram o DIP ao DIPRI, fazendo deste uma ferramenta de coordenação da diversidade normativa entre Estados soberanos. Como se mencionou, os dois primeiros brocardos de Huber pautavam-se na ideia de territorialidade, mas havia um terceiro postulado, o mais importante ao DIPRI, qual seja: “Os soberanos agirão movidos pela cortesia, de modo que os direitos adquiridos em um Estado retenham forças em outros Estados, desde que não causem prejuízos aos direitos deste Estado ou de seus súditos”²⁶⁹. A este princípio, deu-se o

²⁶⁴ SYMEONIDES, Symeon C. **The American Choice of Law Revolution: Past, present and future**. The Netherlands, 2006, p. 367.

²⁶⁵ DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado – Parte Geral**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 299.

²⁶⁶ Neste contexto, destaca-se que os interesses da VOC (*Verenigde Oost-indische Compagnie* ou Companhia Holandesa das Índias Orientais) eram defendidos por Hugo Grotius, pensador que inspirou os tratados de Westfália, fundantes do DIP. (Neste sentido, ver em: MILES, Kate. **The origins of International Investment Law**. United Kingdom: Cambridge University Press, 2013).

²⁶⁷ STEIN, Allan R. The Unexceptional Problem of Jurisdiction in Cyberspace. **The International Lawyer** 1167 (1998). Disponível em: <https://scholar.smu.edu/til/vol32/iss4/10/>. Acesso em 12 set. 2021.

²⁶⁸ A este respeito, observa-se o artigo 11 da LINDB, que diz: “Art. 11. As organizações destinadas a fins de interesse coletivo, como as sociedades e as fundações, obedecem à lei do Estado em que se constituírem”. (BRASIL, **DECRETO-LEI Nº 4.657, DE 4 DE SETEMBRO DE 1942** - Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em 23 nov. 2022).

²⁶⁹ “Sovereigns will so act by way of comity that right acquired within the limits of a government retain their force everywhere so far as they do not cause prejudice to the powers or rights of such government or of their subjects”. (Tradução livre de: LORENZEN, Ernest. Huber’s De Conflictu Legum. **Yale Law School**. 1919. Disponível em: https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/4563/. Acesso em 03 out. 2021, p. 200).

nome de *comitas gentium*, que designa uma espécie de gentileza ou cortesia no reconhecimento das leis estrangeiras pelos Estados soberanos²⁷⁰.

Assim, DIP e DIPRI concordam que o território é a base jurisdicional precípua do Estado, mas que há situações nas quais o Estado pode precisar regular condutas que não são puramente domésticas e que há situações que se apresentam em um Estado que podem ser mais bem resolvidas utilizando-se do Direito de outro Estado. Nesse sentido, em 1909, Frantz Despagnet afirmava que a obrigação de seguir as regras de DIPRI e reconhecer a eficácia de uma lei estrangeira mais adequada às circunstâncias decorreria dos princípios fundamentais de DIP, conforme destaca-se:

A fim de assegurar este respeito recíproco por sua igualdade jurídica, sua personalidade e seu comércio mútuo, os Estados devem admitir certas regras destinadas a resolver os conflitos que surgem entre suas respectivas legislações. A observância dessas regras as levará frequentemente a subordinar a autoridade de sua própria lei à de uma lei estrangeira reconhecida como sendo mais racional e justa nas circunstâncias, e sua submissão a essas regras, que constituem o Direito Internacional Privado, lhes será imposta como uma obrigação legal resultante dos princípios fundamentais do Direito Internacional²⁷¹.

Pode-se apontar, assim, que o respeito à soberania e a igualdade jurídica entre os Estados são fundantes tanto do DIP e do DIPRI, e ambos permitem que certos assuntos sejam regulados de forma extraterritorial.

Na seara do DIP, a Corte Permanente de Justiça Internacional (CPJI) estabeleceu as bases para a interconexão da extraterritorialidade e da territorialidade ao se debruçar sobre o Caso Lotus²⁷², em 1927. O contexto fático do caso em questão aconteceu um ano antes, quando o navio francês (o Lotus) colidiu com um barco turco e causou a morte de nacionais da Turquia. Quando o navio atracou em Constantinopla, a Turquia iniciou procedimento criminal contra os franceses a bordo do navio. A questão que foi apresentada à Corte era se a Turquia tinha ou não

²⁷⁰ DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado** – Parte Geral. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 194.

²⁷¹ “*Pour assurer ce respect reciproque de leus egalite juridique, de leur personalité et de leur commerce mutuel, les Etats doivent admettre certaines regles destinees a trancher les conflits qui naissent entre leurs legislations respectives. L'observation de ces regles de conduira souvent a faire fléchir l'autorité de leur propre loi devant celle d'une loi etrangere reconnue d'une application plus rationnelle et plus juste dans la circonstance, et leur soumission a ces regles, qui constituent le Droit International Privé s'imposera a eux comme une obligation juridique resultant des principes fondamentaux du Droit International.*” (Tradução livre de: DESPAGNET, Frantz. **Précis de Droit International Privé**. Paris: L. Larose & L.Tenin, 1909).

²⁷² PERMANENT COURT OF INTERNATIONAL JUSTICE. **The Case of the S.S. “Lotus”**. Disponível em: https://www.icj-cij.org/public/files/permanent-court-of-international-justice/serie_A/A_10/30_Lotus_Arret.pdf. Acesso em 01 mar. 2022; SVANTESSON, Dan Jerker B. **Solving the Internet Jurisdiction Puzzle**. Oxford: Oxford University Press, 2017, p. 17.

jurisdição sobre o caso, que ocorreu em águas internacionais. A Corte entendeu que sim, estabelecendo uma distinção clara entre a jurisdição prescritiva e a jurisdição de execução.

Segundo o entendimento da CPJI, a Turquia, de fato, poderia processar e julgar os franceses em seu território, aplicando suas leis, porque embora um Estado não possa exercer seu poder no território de outro Estado, isto não o impede de - dentro de seu próprio território - exercer jurisdição sobre pessoas, propriedade e atos ocorridos alhures. As conclusões do Caso Lotus, foram sintetizadas por Cedric Ryngaert, que afirmou:

Um Estado não pode usar seu poder coercitivo para fazer cumprir suas regras fora de seu território. Declarar o contrário significaria quebrar o princípio sacrossanto da igualdade soberana das nações. Um Estado não pode usar força militar para obrigar outro Estado a cumprir suas leis. Da mesma forma, um Estado não pode recorrer a medidas legais de execução tais como penalidades, multas, apreensões, investigações ou demandas por informações para dar efeito extraterritorial a suas regras. Em contraste, a Corte decidiu que o direito internacional permitiria que a jurisdição prescritiva estabelecesse regras extraterritoriais. (...) Assim, sob o Lotus, os Estados poderiam estabelecer regras para pessoas, bens e atos fora de seu território na ausência de uma regra proibitiva, desde que aplicassem essas regras territorialmente (em conformidade com a proibição de jurisdição extraterritorial na execução)²⁷³.

Assim, tem-se como regra geral que tanto o DIP quanto o DIPRI reconhecem que os Estados são livres para prescrever normas com efeitos extraterritoriais, mas, para o DIP, os Estados ficam limitados a aplicá-las internamente. Não obstante, outro Estado poderá concordar em dar eficácia as normas extraterritoriais estrangeiras em seu território, reconhecendo-as como mais adequadas ao caso concreto. É precisamente neste ponto que o DIP e o DIPRI encontram sua mais íntima conexão: será por meio do DIPRI que um Estado poderá definir a aceitabilidade de uma lei estrangeira com pretensões extraterritoriais, optando por aplicar a lei estrangeira em seus tribunais no julgamento de um caso concreto, ou por reconhecer e dar eficácia doméstica a uma decisão estrangeira em seu território.

É a noção de *comitas gentium* de Huber que consolida este entendimento. A expressão em língua latina é, muitas vezes, referida a partir de seu equivalente em inglês – *comity* – haja vista que o conceito foi aprofundado, anos mais tarde, por Joseph Story. O autor estadunidense

²⁷³ “A State cannot use coercive power to enforce its rules outside its territory. Stating the contrary would mean shattering the sacrosanct principle of sovereign equality of nations. A State cannot use military force to compel another State to abide by its laws. Likewise, a State cannot resort to legal implementation measures such as penalties, fines, seizures, investigations, or demands for information to give extraterritorial effect to its rules. In contrast, the Court held that international law would permit jurisdiction to prescribe rules extraterritorially. (...) Thus, under Lotus, States could set rules for persons, property and acts outside their territory in the absence of a prohibitive rule, provided that they enforced those rules territorially (in keeping with the ban on extraterritorial enforcement jurisdiction”. (Tradução livre de: RYNGAERT, Cedric. **Jurisdiction in International Law**. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 59).

- que foi professor de Harvard e ministro da Suprema Corte dos Estados Unidos²⁷⁴ - também enfatizou as implicações internacionais das decisões de DIPRI, afirmando a importância do reconhecimento do Direito estrangeiro para a manutenção de relações amigáveis entre outros Estados e pelo auto interesse dos Estados de contribuírem para um funcionamento adequado do sistema internacional²⁷⁵. Nessa perspectiva pragmática, seria o DIPRI uma expressão das vantagens mútuas da cooperação entre os Estados, que teriam interesses em ver o seu Direito e as suas decisões reconhecidas por outras potências e, por isto, aceitariam reconhecer o Direito e as decisões dos demais em seu território, em situações excepcionais que tivessem maior conexão com o Direito estrangeiro do que com o local.

O exercício extraterritorial da jurisdição para prescrever não é, no entanto, ilimitado pelo DIP, já que a existência de alguma conexão²⁷⁶ entre a situação regulada e o Estado regulador faz-se necessária até mesmo em respeito ao princípio da não-intervenção. O que é razoável ou não a um Estado regular, porém, não está pré-estabelecido de maneira taxativa. A Convenção de Montevideu sobre os Direitos e Deveres dos Estados²⁷⁷ estabeleceu o direito dos Estados de “legislar sobre seus interesses” e, sem aclarar o que representa o interesse de cada Estado, afirma apenas que o único limite ao exercício deste direito são os direitos dos outros Estados.

²⁷⁴ Joseph Story foi juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos, professor na Universidade de Harvard e autor da obra publicada em 1824, “*Commentaries on the Conflict of Laws, foreign and domestic, in regard to marriages, divorces, wills successions and judgements*” – o trabalho precursor do DIPRI nos Estados Unidos e considerado, por alguns autores como a mais importante obra sobre o tema já produzida. (STORY, Joseph. **Commentaries on the Conflict of Laws**. Miami: Hardpress, 2017 (Ed. Kindle); DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado** – Parte Geral. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 193).

²⁷⁵ MAIER, Harold G. Extraterritorial Jurisdiction at a Crossroads: an intersection between Public and Private International Law. **The American Journal of International Law**, Vol. 76, No. 2 (Apr, 1982), pp. 280-320. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/2201454>. Acesso em 29 ago. 2021, p. 283.

²⁷⁶ Destaca-se, neste contexto, a fórmula do *minimum contacts*, utilizada nos Estados Unidos. (LII (Legal Information Institute). **Minimum contacts**. Disponível em: https://www.law.cornell.edu/wex/minimum_contacts#:~:text=Minimum%20contacts%20are%20a%20nonresident,personal%20jurisdiction%20over%20that%20defendant. Acesso em 14 nov. 2022.

²⁷⁷ BRASIL, Decreto nº 1.570 de 13 de abril de 1937, promulga as Convenções sobre direitos e deveres dos Estados e sobre Asilo Político, assinadas em Montevideu a 26 de dezembro de 1933. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d1570.html. Acesso em 15 nov. 2022.

Como regra geral, a nacionalidade²⁷⁸ é apontada como principal base para o exercício extraterritorial da jurisdição²⁷⁹. Ou seja, para além da jurisdição que existe sobre o território - o elemento espacial do conceito de Estado - os Estados também teriam a possibilidade de impor o seu Direito sobre os seus nacionais, que compõem o seu elemento humano.

O exercício da jurisdição do Estado sobre os seus nacionais persistiria ainda que estes viajassem e estivessem em territórios estrangeiros. Exemplo disto é a prática estadunidense de taxar os seus nacionais, ainda que residam no exterior. Para além da nacionalidade, outras possibilidades de jurisdição extraterritorial também são usualmente vistas como legítimas²⁸⁰, como a proteção de interesses do Estado – como a proteção dos representantes do Estado, de seus nacionais ou de seu patrimônio - e, também, a proteção de interesses da comunidade internacional como um todo, no que se convencionou denominar de jurisdição universal²⁸¹.

O exercício jurisdicional por um Estado fora de bases razoáveis aos olhos da comunidade internacional tem dado ensejo às discussões sobre jurisdição exorbitante, as quais se refletem particularmente na sua inexequibilidade em outros Estados²⁸². Não obstante, a nacionalização do DIPRI fez com que não houvesse uniformidade quanto aos critérios determinantes para a aceitação da norma extraterritorial estrangeira o que gera questionamentos

²⁷⁸ Foi Pasquale Mancini quem defendeu a nacionalidade como fundamento tanto do DIP e do DIPRI e, com isto, sustentou o alargamento jurisdicional dos Estados para abarcar também os seus nacionais. Neste sentido, o autor defendia que a lei do local de nacionalidade é a que deveria reger as relações do indivíduo, com exceção apenas para situações em que as partes escolheram outra lei (consagrando também a ideia da autonomia da vontade) ou quando houvesse limites de ordem pública para a aplicação do direito estrangeiro. Esta noção deveria prevalecer sobre a discricionariedade dos Estados soberanos, uma vez que derivaria do Direito Internacional, entendido não como um sistema interestatal, mas como uma comunidade de nações. (MANCINI, Pasquale. **Della Nazionalità come fondamento del diritto delle genti** – Prelezione al Corso di Diritto Internazionale e Marittimo pronunziata nella R. Università di Torino nel dia 22 di gennaio de 1851, 1851, p. 30-31; MILLS, Alex. **The Confluence of Public and Private International Law: Justice, Pluralism and Subsidiarity in The International Constitutional Ordering of Private Law**. United Kingdom: Cambridge University Press, p. 65).

²⁷⁹ MILLS, Alex. **Retrinking Jurisdiction in International Law**. The British Yearbook of International Law – 2014. Disponível em: <https://academic.oup.com/bybil/article/84/1/187/2262836>. Acesso em 14 nov. 2022, p. 198.

²⁸⁰ Um dos documentos importantes para o reconhecimento da legitimidade da jurisdição extraterritorial é *Harvard Research Draft Convention on Jurisdiction with Respect to Crime*, que ficou conhecido como *Harvard Draft*. O documento definiu as bases do que tem sido considerado legítimo exercício de jurisdição na seara criminal: (i) a territorialidade (o local do crime); (ii) a nacionalidade do infrator; (iii) a nacionalidade da vítima; (iv) o interesse nacional tutelado; (v) a jurisdição universal. (DICKINSON, Edwin. (Reporter) **Draft Convention on Jurisdiction with Respect to Crime**. (1935). American Journal of International Law, 29(S1), Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/journals/american-journal-of-international-law/article/abs/draft-convention-on-jurisdiction-with-respect-to-crime/30D6EC4FC2D1E0377E93B7623992A189>. Acesso em 14 nov. 2022).

²⁸¹ A jurisdição universal tem sido reconhecida para casos graves de crimes internacionais, permitindo que qualquer país julgue o criminoso e, assim, evitando a impunidade. (Neste sentido, ver em: ECCHR. **Universal Jurisdiction**. Disponível em: <https://www.ecchr.eu/en/glossary/universal-jurisdiction/>. Acesso em 14 nov. 2022).

²⁸² SPITZ, Lidia. **Homologação de Decisões Estrangeiras no Brasil: a Convenção de Sentenças da Conferência de Haia de 2019 e o controle indireto da Jurisdição Estrangeira**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2021, p. 335.

quanto a pretensão do DIPRI de intitular-se verdadeiramente como um Direito Internacional²⁸³. Faz-se necessário, portanto, examinar o que está por detrás da separação epistemológica entre DIP e DIPRI, antes de concluir pelas dificuldades trazidas pelo cenário contemporâneo para os conflitos jurisdicionais.

3.1.3 A nacionalização do DIPRI e sua separação do DIP

Como se viu nas seções anteriores, a doutrina do *comitas gentium* (ou *comity*) foi crucial para estabelecer a conexão entre o DIP e o DIPRI, firmada em torno do conceito de jurisdição. Enquanto a igualdade soberana dos Estados, premissa basilar do DIP, assegura que cada qual tem jurisdição exclusiva sobre seu próprio território, a cortesia ou a gentileza internacional permitem que um Estado voluntariamente aceite dar eficácia, em seu território, às leis do outro Estado, o que se instrumentaliza pelo DIPRI.

É digno de nota, porém, que os desdobramentos posteriores da teoria do *comity* foram centrais para a separação teórica entre as disciplinas. O conceito era ambíguo, pois ao mesmo tempo em que atrelava o DIPRI às exigências de convívio entre os Estados também o fazia de modo muito pouco incisivo. O fato de Huber ter afirmado que o reconhecimento de direitos calcados na lei de outros Estados era uma mera cortesia e de Story ter mantido este aspecto facultativo em torno da ideia de *comity* abriu espaço para a ideia de que o DIPRI seria fruto do exercício discricionário de um Estado soberano e, portanto, parte do Direito interno deste Estado²⁸⁴, o que deu margem à sua nacionalização.

Joseph Story afirmava que a doutrina do *comity* dependia da adesão voluntária e do consentimento dos Estados e que, de forma alguma, implicaria uma obrigação²⁸⁵. Essa leitura

²⁸³ Neste sentido, afirma Dolinger que “Há um generalizado deleite entre os estudiosos do Direito Internacional Privado em demonstrar que a denominação da disciplina é incorreta e ao mesmo tempo manter-se fiel a ela. A principal fonte do Direito Internacional Privado é a legislação interna de cada sistema, razão por que não cabe falar em direito internacional, uma vez que a autoria de suas regras é interna e não internacional. Denota-se assim a perfeita distinção entre o Direito Internacional Público e o Direito Internacional Privado, pois, enquanto aquele é regido primordialmente por Tratados e Convenções, multi e bilaterais, controlada a observância de suas normas por órgãos internacionais e regionais, o Direito Internacional privado é preponderantemente composto de normas produzidas pelo legislador interno.” (DOLINGER, Jacob, **Direito Internacional Privado**: parte geral. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 23).

²⁸⁴ MILLS, Alex. **The Confluence of Public and Private International Law**: Justice, Pluralism and Subsidiarity in The International Constitutional Ordering of Private Law. United Kingdom: Cambridge University Press, p. 47

²⁸⁵ “Now, this demonstrates, that the doctrine owes its origin and authority to the voluntary adoption and consent of nations. It is therefore, in the strictest sense, a matter of the *comity of nations* and not of any absolute paramount obligation, superseding all discretion on the subject”. STORY, Joseph. **Commentaries on the Conflict of Laws**. Miami: Hardpress, 2017 (Ed. Kindle – posição 1498).

tornou-se proeminente nos desenvolvimentos posteriores da tradição anglo-saxã de DIPRI²⁸⁶, que firmou na teoria dos *vested rights*²⁸⁷ o entendimento do DIPRI como uma ferramenta a garantir direitos individuais privados transnacionais, obscurecendo sua dimensão pública e sua aspiração universal.

Já nos Estados de tradição romano-germânica, o autor mais relevante ao DIPRI foi Friedrich Carl von Savigny²⁸⁸, que também é apontado como um dos principais responsáveis pela nacionalização e privatização do DIPRI²⁸⁹. Este rótulo, porém, não é fiel à sua intenção. Isso porque Savigny aceitava as premissas de Huber sobre a soberania territorial, mas negava as noções do *comity*, justamente pela ausência de coercitividade em normas de mera cortesia²⁹⁰. Para Savigny, o reconhecimento do Direito estrangeiro era uma obrigação decorrente da existência de uma comunidade de Direito formada pelos Estados independentes²⁹¹; uma obrigação de DIP, portanto.

À sua época, Savigny promoveu uma revolução copernicana ao DIPRI²⁹² que, como já se mencionou, era pautado pelo método unilateral, dedicado a ponderar sobre o alcance

²⁸⁶ Neste sentido, na tradição anglo-saxã, os trabalhos de Dicey – fortemente influenciado pela visão positivista de que o Direito Internacional, na ausência de uma autoridade central, não seria verdadeiramente Direito – analisava o DIPRI essencialmente a partir da *common law* inglesa, ajudando a solidificar o entendimento de que o DIPRI é parte do Direito nacional (MILLS, Alex. **The Confluence of Public and Private International Law: Justice, Pluralism and Subsidiarity in The International Constitutional Ordering of Private Law**. United Kingdom: Cambridge University Press, p. 52) Nos Estados Unidos, Joseph Beale dissemina a noção de “*vested-rights*” (ou direitos adquiridos), pautando-se também em premissas estritamente nacionalizadas do DIPRI (GREEN, Michael S. *Legal Realism, Lex Fori and the Choice of Law Revolution*. **Faculty Publications**. 367. Disponível em: <https://scholarship.law.wm.edu/facpubs/367/>. Acesso em 25 jul. 2020, p. 968).

²⁸⁷ Sobre o tema, ver o item 6.3.1

²⁸⁸ O expoente máximo da Escola Histórica do Direito, debruçou-se sobre o DIPRI no oitavo volume de sua obra *Sistema do Direito Romano Atual*, publicado em 1849, obra fundante da metodologia até hoje empregada pelo DIPRI da Europa continental e dos países latino-americanos. (BOTERO-BERNAL, Andrés. *El Positivismo Jurídico En La Historia: Las Escuelas Del Positivismo Jurídico En El Siglo Xix Y Primera Mitad Del Siglo XX*. In: FABRA ZAMORA, Jorge Luis; NUNEZ VAQUERO, Alvaro (Coord). **Enciclopedia de Filosofía y teoría del derecho**, volumen uno. Disponível em: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3875-enciclopedia-de-filosofia-y-teoria-del-derecho-volumen-uno>. Acesso em: 15 mai. 2020.; MILLS, Alex. **The Confluence of Public and Private International Law: Justice, Pluralism and Subsidiarity in The International Constitutional Ordering of Private Law**. United Kingdom: Cambridge University Press, p. 59.

²⁸⁹ MICHAELS, Ralf. **Two Economists, Three Opinions? Economic Models for Private International Law – Cross Border Torts as Example**. In: BASEDOW, Jürgen; KONO, Toshiyuki (Ed.) *An Economic Analysis of Private International Law*. Tübingen: Gulde-Druck, 2006, p. 148; DUTTA, Anatol. *Reciprocity*. In: BASEDOW, Jürgen et. Al. **Encyclopedia of Private International Law**. United Kingdom: Edward Elgar Publishing, 2017, p. 1467;

²⁹⁰ MILLS, Alex. **The Confluence of Public and Private International Law: Justice, Pluralism and Subsidiarity in The International Constitutional Ordering of Private Law**. United Kingdom: Cambridge University Press, p. 59

²⁹¹ SAVIGNY, Friedrich Carl Von. **Sistema do Direito Romano Atual – Volume VIII – Introdução de Erik Jayme**. Coleção clássicos do Direito Internacional. Tradução de Ciro Mioranza. Ijuí: Ed. Unijuí, 2004, p. 50.

²⁹² NEUHAUS, Paul Heinrich. **Savigny und die Rechtsfindung aus der Natur der Sache**. *Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*. Volume 15. Ano 1949-1950. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/27872932>. Acesso em 07 jun. 2022; JAYME, Erik. *Introdução*. In: SAVIGNY, Friedrich Carl von. **Sistema de Direito Romano Atual**. Volume VIII. Tradução de Ciro Mioranza. Ijuí: Ed. Unijuí, 2004, p. 15; LUTZI, Tobias. **Private International Law Online – Internet Regulation and Civil Liability in the UE**. United Kingdom: Cambridge University Press, 2020, p. 51.

territorial ou extraterritorial de cada lei em particular. Pelos trabalhos de Savigny, inaugurou-se o que ficou conhecido como método multilateral, o qual deslocou o foco da análise - que antes recaía sobre o alcance dos sistemas jurídicos - para a relação jurídica transnacional.

Assim, ao invés de inquirir sobre o alcance territorial ou extraterritorial de uma determinada norma de Direito doméstico, a escolha entre dois ou mais ordenamentos jurídicos em conflito passou a pautar-se pela noção de que haveria um Direito certo para a relação em particular²⁹³, o que decorreria de atributos da relação em si, e não do alcance dos poderes soberanos dos Estados que se preocuparam em regulá-la.

Para Savigny, cada relação jurídica teria uma sede, decorrente de sua própria natureza²⁹⁴. Localizá-la demandaria observar elementos existentes na própria relação: como o domicílio da pessoa, sua nacionalidade, o local onde o bem se encontra ou onde deve ser cumprida uma determinada obrigação. A identificação da sede seria não só factível como uniforme entre os diferentes Estados do mundo, oferecendo segurança jurídica e previsibilidade às relações de DIPRI²⁹⁵.

Para Savigny, a uniformidade seria alcançada porque a sujeição das relações a determinadas normas poderia ser percebida da “natureza própria e essencial dessa relação”²⁹⁶.

Contudo, a plausibilidade de um sistema pautado no Direito natural já era alvo de algum ceticismo no Século XIX, e não encontra mais espaço no mundo contemporâneo. Isto levou a uma adaptação do pensamento de Savigny, do qual se desdobrou a técnica atualmente dominante nos Estados de *civil law* de identificação do Direito aplicável por meio de elementos de conexão definidos *a priori* pela legislação.

Por conseguinte, o método multilateral do DIPRI contemporâneo pauta-se em três etapas lógicas e sequenciais, que derivam da teoria de Savigny: (i) a identificação do objeto de

²⁹³ Neste sentido, afirma Savigny que “para decidir sobre relações jurídicas que entram em contato com diferentes Estados independentes, o juiz deveria aplicar o direito local, ao qual pertence a relação de direito litigioso, sem distinguir se esse direito é aquele de seu país ou aquele de um Estado estrangeiro” (SAVIGNY, Friedrich Carl Von. **Sistema de Direito Romano Atual**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2004, p. 53).

²⁹⁴ MILLS, Alex. **The identities of Private International Law: lessons from the U.S. and EU Revolutions**. 23 *Duke Journal of Comparative & International Law* (2013). Disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/djcil/vol23/iss3/2/>. Acesso em: 05 ago. 2020.

²⁹⁵ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direito Internacional Privado**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 39.

²⁹⁶ SAVIGNY, Friedrich Carl Von. **Sistema do Direito Romano Atual – Volume VIII – Introdução** de Erik Jayme. Coleção clássicos do Direito Internacional. Tradução de Ciro Mioranza. Ijuí: Ed. Unijuí, 2004, p. 50.

conexão²⁹⁷, isto é, a inserção dos fatos transnacionais em categorias amplas pré-determinadas (como “obrigações” ou “capacidade jurídica”); (ii) a localização do elemento de conexão²⁹⁸ previamente definido pela legislação para aquele objeto de conexão determinado, o qual indicaria a sede para cada relação jurídica (por exemplo, para determinar a capacidade da pessoa física, o seu domicílio seria a sede); e (iii) aplicação da norma de Direito material do local da sede da relação jurídica para regê-la.

Para André de Carvalho Ramos, “a essência do método conflitual é a racionalidade da determinação das ‘categorias jurídicas’ e seus ‘elementos’, que seriam compreendidos e aceitos pelos diversos Estados”²⁹⁹. O método multilateral savignyano tinha como valores máximos a previsibilidade e a segurança jurídica – características muito valorizadas nos sistemas jurídicos de um capitalismo em expansão tal qual o existente no Século XIX.

Fruto da mesma ideologia liberal então dominante, também foi a acentuada dicotomia entre o público e o privado, a qual repercutiu sobre todo o Direito e especialmente sobre o DIPRI. Como o enfoque do método multilateral deixou de ser o alcance do poder regulatório dos Estados soberanos - ponto que, sob à ótica do unilateralismo no DIPRI, era compartilhado pelo DIP e pelo DIPRI – para recair sobre as relações jurídicas transnacionais e estas, por sua vez eram, à época, majoritariamente relações de caráter comercial, o DIPRI passou a ser visto como ramo do Direito Privado, o que obscureceu o seu papel público de coordenação da diversidade normativa internacional.

Além disto, em meio a um nacionalismo crescente, alguns Estados – em especial, a Itália e a Alemanha – buscaram expressar suas idiosincrasias históricas e culturais pela construção do seu próprio Direito, expressado nos projetos nacionais de codificação, os quais foram altamente influenciados pelas ideias de Savigny³⁰⁰. Isto os levou a inserir disposições de

²⁹⁷ Para Valério Mazzuolli, “os objetos de conexão (...) versam a matéria regulada pela norma indicativa (v.g., bens, casamento, sucessão, obrigações, etc) e abordam sempre questões jurídicas vinculadas a fatos ou elementos de fatores sociais com conexão internacional (v. g. capacidade jurídica, forma de um testamento, nome da pessoa física, direitos reais referentes a bens imóveis, pretensões jurídicas, como as decorrentes de um ato ilícito praticado ou de um acidente de carro, etc)”. (MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Privado**. 2ª ed. São Paulo: Forense, 2017, p. 131).

²⁹⁸ Valério Mazzuolli define elementos de conexão como “os que ligam, contatam ou vinculam internacionalmente a questão de DIPRI, tornando possível saber qual lei (se a nacional ou a estrangeira) deverá ser efetivamente aplicada ao caso concreto a fim de resolver a questão principal”. (MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Privado**. 2ª ed. São Paulo: Forense, 2017, p. 131-132).

²⁹⁹ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direito Internacional Privado**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 154.

³⁰⁰ BOTERO-BERNAL, Andrés. El positivismo jurídico en la historia: las escuelas del positivismo jurídico en el siglo XIX y primera mitad del siglo XX. In: FABRA ZAMORA, Jorge Luis; NUNEZ VAQUERO, Alvaro (Coord). **Enciclopedia de Filosofía y teoría del derecho**, volumen uno. Disponível em: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3875-enciclopedia-de-filosofia-y-teoria-del-derecho-volumen-uno>. Acesso em 15 mai. 2020, p. 97.

DIPRI em seus Códigos, mas sem qualquer preocupação com uma harmonia internacional. Logo, embora Savigny defendesse um DIPRI pautado no Direito Natural, ou em um “direito consuetudinário universal”³⁰¹ ou, ainda, previsto em tratados internacionais³⁰², as normas identificadoras dos elementos de conexão passaram a compor às leis internas, que se tornaram a principal fonte do DIPRI em cada Estado, sem um padrão internacional.

Neste contexto, Symeon C. Symeonides³⁰³ afirma que as técnicas de identificação da sede de cada relação jurídica, defendidas por Savigny, não tinham aceitação universal garantida, o que fez com que, na ausência de um órgão supranacional que pudesse impor uma uniformidade, cada Estado entendesse que era seu papel identificar esta sede. Assim, o método multilateral acabou por se tornar “mais unilateral do que o unilateralismo”³⁰⁴.

As dificuldades práticas para enquadrar as situações concretas aos modelos legais fechados do método multilateral, somada a percepção de que tais critérios poderiam levar a resultados práticos indesejados, motivou o movimento que ficou conhecido como Revolução Americana do DIPRI. Nas palavras de Symeon C. Symeonides, o movimento, ocorrido nos Estados Unidos a partir dos anos 1960, foi uma “rebelião acadêmica e depois judicial, com a intenção de abruptamente e completamente demolir ao invés de reformar o sistema tradicional”³⁰⁵. Seu principal alvo era a ideia central do DIPRI clássico e multilateral: a de que um conjunto de regras pré-definidas poderia ser utilizado para a identificação da lei aplicável às diferentes situações jurídicas transnacionais.

O movimento buscou, assim, flexibilizar o DIPRI, permitindo afastar-se dos critérios rígidos quando estes parecessem incorretos ao caso, por meio de soluções com margens de discricionariedade para os juízes, que se pautavam nas peculiaridades do caso concreto. No entanto, muitas das soluções propostas nos Estados Unidos da América retomam as

³⁰¹ SAVIGNY, Friedrich Carl Von. **Sistema do Direito Romano Atual** – Volume VIII – Introdução de Erik Jayme. Coleção clássicos do Direito Internacional. Tradução de Ciro Mioranza. Ijuí: Ed. Unijuí, 2004, p. 51.

³⁰² Savigny apontava para a existência de tratados celebrados pela Prússia com Estados vizinhos para tratar ta matéria. (SAVIGNY, Friedrich Carl Von. **Sistema do Direito Romano Atual** – Volume VIII – Introdução de Erik Jayme. Coleção clássicos do Direito Internacional. Tradução de Ciro Mioranza. Ijuí: Ed. Unijuí, 2004, p. 52).

³⁰³ SYMEONIDES, Symon C. The American Revolution and the European Evolution in Choice of Law: Reciprocal Lessons. **Tulane Law Review**. Vol. 82. N. 5. 2008. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1104284. Acesso em 05 ago. 2020, p.368.

³⁰⁴ “Multilateralism has become more unilateral than unilateralism ever has been”. (SYMEONIDES, Symon C. The American Revolution and the European Evolution in Choice of Law: Reciprocal Lessons. **Tulane Law Review**. Vol. 82. N. 5. 2008. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1104284. Acesso em 05 ago. 2020, p.368).

³⁰⁵ “The phenomenon known as the American choice-of-law revolution was a grassroots scholastic, and then judicial, rebellion intent on abruptly and completely demolishing rather than reforming the traditional system” (Tradução livre - SYMEONIDES, Symon C. The American Revolution and the European Evolution in Choice of Law: Reciprocal Lessons. **Tulane Law Review**. Vol. 82. N. 5. 2008. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1104284. Acesso em 05 ago. 2020., p.2.)

perspectivas unilateralistas para enfocar a reivindicação extraterritorial ou territorial das normas sob uma perspectiva nacionalizada, que privilegia os interesses estadunidenses na questão³⁰⁶.

Desse modo, atualmente, os Códigos dos sistemas de *civil law* atuais tratam do DIPRI sem qualquer preocupação com os princípios de DIP e com uma aspiração de uniformização.

Nos Estados de *common law*, por sua vez, a jurisprudência nacional desenvolveu seus próprios critérios para definir o alcance da lei do foro e a possibilidade de reconhecimento extraterritorial das leis domésticas, mas o fez de forma a privilegiar o interesse doméstico e desconsiderando qualquer preocupação com o DIP. No contexto estadunidense atual, Harold G. Maier³⁰⁷ ilustra a cisão do DIPRI e o DIP no fato de que as produções mais relevantes às duas matérias - o *Restatement (Second) of Conflict of Laws* e o *Restatement (Second) of Foreign Relations Law of the United States* respectivamente - foram elaborados sem qualquer consideração ou referência a existência uma da outra³⁰⁸.

Assim, apesar do método savignyiano manter-se vivo no DIPRI contemporâneo, seu objetivo de universalização da disciplina fracassou, dando lugar a fragmentariedade de um DIPRI particular e nacionalista que prejudica justamente o objetivo de previsibilidade e segurança jurídica inicialmente defendido pelo autor. Neste sentido, vale destacar as palavras de Alex Mills³⁰⁹:

Enquanto os métodos e técnicas de Savigny permanecem populares, sua teoria subjacente, com seu comprometimento com a existência de uma comunidade internacional de Direito e a sua concepção do Direito Internacional Privado como parte de um sistema internacional único, e não como parte do Direito interno, tem sido largamente, e lamentavelmente, esquecida.³¹⁰

³⁰⁶ A este respeito, ver item 6.3.2 infra.

³⁰⁷ MAIER, Harold G. **Extraterritorial Jurisdiction at a Crossroads: an intersection between Public and Private International Law**. *The American Journal of International Law*, Vol. 76, No. 2 (Apr., 1982), pp. 280-320. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/2201454>. Acesso em 29 ago. 2021, p. 285.

³⁰⁸ Os chamados “*Restatements of the Law*” são publicados pelo American Law Institute com o objetivo de explicitar os princípios gerais da *common law* americana para juízes, advogados e estudantes. (Sobre o tema, ver em: ALI (The American Law Institute). *The Story of ALI*. Disponível em: <https://www.ali.org/about-ali/story-line/>. Acesso em 05 ago. 2020).

³⁰⁹ MILLS, Alex. **The Confluence of Public and Private International Law: Justice, Pluralism and Subsidiarity in The International Constitutional Ordering of Private Law**. United Kingdom: Cambridge University Press, p. 60;

³¹⁰ “*However, while Savigny’s methods and techniques remain popular, his underlying theory, with its commitment to the existence of an international community of law, and his conception of private international law as part of a single international system, not as part of domestic law, has been largely, and regrettably, forgotten.*” (Tradução livre de MILLS, Alex. **The Confluence of Public and Private International Law: Justice, Pluralism and Subsidiarity in The International Constitutional Ordering of Private Law**. United Kingdom: Cambridge University Press, p. 60).

A pluralidade de sistemas domésticos de DIPRI, desconectados das preocupações do DIP, traz consequências indesejadas que prejudicam, inclusive, o objetivo da segurança jurídica, o qual era visto como fundamental ao método multilateral de DIPRI. A situação agrava-se também, porque as relações jurídicas transnacionais do mundo globalizado e contemporâneo não se encaixam com facilidade às regras de conexão definidas pelas abordagens multilaterais, ao mesmo tempo em que a distinção entre territorialidade e extraterritorialidade que marca o unilateralismo perde clareza com a intensificação das atividades transfronteiriças e a valorização de bens de natureza incorpórea – como é o caso da informação – que não se assentam com facilidade nas premissas tradicionais.

3.1.4 Desafios do mundo digital

A compatibilidade do DIPRI com a regulação da Internet divide pesquisadores desde os primeiros debates sobre o tema, nos anos 1990. Enquanto Allan Stein³¹¹ não via nada de excepcional nos dilemas jurisdicionais trazidos pela Internet, Darrel Menthe³¹² afirmava que “o ciberespaço pega todos os princípios tradicionais de DIPRI e os reduz ao absurdo”.

De fato, a distinção entre territorialidade e extraterritorialidade – típicas do método unilateral do DIPRI – tornou-se menos nítida diante novas tecnologias digitais, e também diante de outras circunstâncias do mundo globalizado que afetam simultaneamente múltiplas jurisdições, como os debates sobre meio ambiente, as discussões sobre lavagem de dinheiro, tráfico internacional (de drogas, armas, objetos culturais ou pessoas), as disputas concorrenciais, e as preocupações com a efetivação dos direitos humanos.

O que se nota é que podem existir muitos pontos de ancoragem territoriais para uma demanda jurisdicional emergente do ambiente *online*, o que permite que diversos Estados reivindiquem sua jurisdição sobre o que acontece na rede³¹³. O local do *download*, o local do *upload*, o local em que o dado foi coletado, o local em que o dado foi armazenado, por exemplo, podem ser usados como bases para reivindicações jurisdicionais calcadas na existência de um elemento territorial, mas que podem criar obrigações para sujeitos que não têm qualquer

³¹¹ STEIN, Allan R. The Unexceptional Problem of Jurisdiction in Cyberspace. **The International Lawyer** 1167 (1998). Disponível em: <https://scholar.smu.edu/til/vol32/iss4/10/>. Acesso em 12 set. 2021, p. 1172.

³¹² “Cyberspace takes all the traditional principles of conflicts of law and reduces them to absurdity” (Disponível em: MENTHE, Darrel. Jurisdiction in Cyperspace: a theory of international spaces. **Michigan Telecommunications and Technology Law Review**. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1163&context=mttlr>. Acesso em: 14 nov. 2022, p. 70).

³¹³ SVANTESSON, Dan Jerker B. **Internet & Jurisdição: Relatório de Status Global 2019**. Internet & Jurisdiction Policy Network publication, 2019. Disponível em: <https://www.Internetjurisdiction.net/uploads/pdfs/Portuguese-IJPN-Global-Status-Report-2019.pdf>, Acesso em: 22 ago. 2021, p. 119.

presença física no território regulador, com efeitos claramente extraterritoriais. Tudo isto faz com que Dan Jerker Svantesson seja, atualmente, contrário à distinção dos conceitos de territorialidade e extraterritorialidade. Segundo o autor, “o Direito tentou e falhou ao desenhar, e manter, uma distinção significativa entre o que é territorial e o que é extraterritorial. Foi uma tentativa importante, mas que falhou e agora devemos aceitar este fracasso e seguir em frente”³¹⁴.

Por outro lado, a perspectiva multilateral do DIPRI, que se afasta das discussões sobre o alcance territorial ou extraterritorial das normas, também atribui considerável a importância ao espaço em que os eventos acontecem. Assim, veja-se: *lex loci celebrationis* – a lei do local da celebração do contrato; *lex loci delicti* – a lei do local do ato ilícito; *lex rei sitae* - o local onde está o bem; *lex loci domicilii* - o local do domicílio da pessoa. Todas estas regras de conexão se baseiam na ideia de que é possível atrelar a relação jurídica a um lugar determinado, a um território particular.

Como bem afirmou Jack Goldsmith³¹⁵, uma vez que as transações digitais acontecem simultaneamente em mais de um território (ou em todos), sua regulação por qualquer Estado em particular produz externalidades que recaem sobre os demais. Isto contraria uma das premissas fundamentais da AED aplicada ao DIPRI: a de que os Estados devem internalizar os custos de suas próprias leis³¹⁶. Como a Internet funciona, em princípio, como uma única Internet global, os custos de uma norma nacional destinada a disciplinar a Internet, ao afetar o seu conteúdo, acabam sendo suportados por outros Estados da comunidade internacional.

A questão torna-se bastante complexa porque, na atualidade, os Estados têm encontrado meios para assegurar o cumprimento de suas normas em outros Estados sem precisar recorrer à cooperação internacional ou ao DIPRI³¹⁷. Sob o prisma do DIP, os efeitos gerados por uma norma de um Estado em outro – sem que este outro Estado tenha consentido em suportar tais efeitos pela aplicação doméstica da norma estrangeira a partir do seu DIPRI interno - podem ser vistos como uma violação dos princípios da igualdade soberana e da não

³¹⁴ “The law has tried and failed to draw, and maintain, a meaningful distinction between what is territorial and what is extraterritorial. This venture was worthwhile, but it has failed and we should now accept this failure and move on; a continued use of this distinction is both a source, and a sign, of confusion” (tradução livre).SVANTESSON, Dan Jerker B. **Solving the Internet Jurisdiction Puzzle**. Oxford: Oxford University Press, 2017, p. 44.

³¹⁵ GOLDSMITH, Jack. Against Cyberanarchy. **Occasional Papers from The Law School – The University of Chicago**. Number 40. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1001&context=occasional_papers. Acesso em: 05 mar. 2022.

³¹⁶ MUIR WATT, Horatia. **Aspéctes économiques du droit international privé: réflexions sur l’impact de la globalisation économique sur les fondements des conflits de lois et de juridictions**. Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye. V. 307, 2004, p. 44.

³¹⁷ Ver item 3.2.

intervenção³¹⁸. Sob a ótica privada, a incerteza dos agentes sobre qual lei disciplina os seus comportamentos pode tornar-se um obstáculo para a realizações de transações benéficas, bem como prejudicar a eficácia de normas que visam desincentivar condutas contraproducentes.

Dessarte, as dificuldades para localizar uma relação jurídica celebrada pela Internet, somadas à multiplicidade de critérios estabelecidos nos diferentes “DIPRI” existentes no mundo, para além da multiplicidade de Direitos nacionais regulando materialmente de forma diversa uma mesma e única situação ocorrida em ambiente digital, representam dificuldades para a fixação dos limites jurisdicionais sobre a rede mundial de computadores, borrando as distinções entre territorialidade e extraterritorialidade e demandando respostas que o DIP e o DIPRI parecem ter dificuldade para fornecer.

Para entender com maior clareza porque as normas clássicas de jurisdição não se ajustam facilmente aos contextos digitais, mostra-se importante entender, ainda que superficialmente, alguns aspectos técnicos do funcionamento da Internet. É o que se passa a analisar adiante.

3.2 ONDE FICA A INTERNET?

A pergunta que intitula a seção também deu início a um artigo escrito em 1998, por Darrel Menthe³¹⁹, no qual o autor, após discorrer sobre os desafios jurisdicionais trazidos pela nova tecnologia, basicamente defendeu que a Internet deveria ser considerada um espaço internacional, tanto quanto o alto mar, a Antártida e o espaço sideral. Já para David Johnson e David Post³²⁰ - que também nos anos 1990 debruçaram-se sobre a complexa relação entre a nova tecnologia e as fronteiras nacionais - a solução seria outra: a Internet deveria ser considerada como uma nova jurisdição, sujeita apenas à sua própria autorregulação³²¹.

Embora diferissem quanto às suas conclusões, tanto Darrel Menthe quanto David Johnson e David Post partilhavam uma visão comum: a de que a Internet seria um “lugar”. O conceito de lugar não é jurídico, mas tem relevância em outras ciências sociais. Sob o prisma

³¹⁸ CHAPELLE, Bertrand de la; PORCIUNCULA, Lorraine **We Need to Talk About Data: Framing the Debate Around Free Flow of Data and Data Sovereignty**. Internet and Jurisdiction Policy Network. Disponível em: <https://www.Internetjurisdiction.net/uploads/pdfs/We-Need-to-Talk-About-Data-Framing-the-Debate-Around-the-Free-Flow-of-Data-and-Data-Sovereignty-Report-2021.pdf>. Acesso em 15 nov. 2022.

³¹⁹ MENTHE, Darrel. Jurisdiction in Cyberspace: a theory of international spaces. **Michigan Telecommunications and Technology Law Review**. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1163&context=mttlr>. Acesso em 14 nov. 2022.

³²⁰ JOHNSON, David; POST, David. Law and Borders: the rise of Law in Cyberspace. **Stanford Law Review**. Vol. 48, No. 5. May 1996. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1229390>. Acesso em 01 mar. 2022, p. 1379

³²¹ Sobre isto, falou-se no tópico 2.2 infra.

da geografia, Marcelo Lopes de Souza³²² define lugar como um “espaço percebido e vivido, dotado de significado e com base no qual desenvolvem-se e extraem-se sentidos de lugar e as imagens de lugar”. Dentro deste contexto, o autor afirma que a noção de lugar se distingue da noção de território porque enquanto neste conceito a dimensão do poder é central, o elemento que caracteriza aquele é cultural e simbólico.

Ao considerar a Internet como um lugar, os autores – que, não por acaso, preferiam a expressão “ciberespaço” à expressão Internet – faziam uma alusão à existência de uma cibercomunidade reunida em torno de um determinado local que, embora não fosse dotado de materialidade, reuniria as condições simbólicas para que fosse considerado um lugar separado do real. Neste sentido, convém destacar uma passagem de David Johnson e David Post, bastante ilustrativa sobre as visões da época quanto a novel tecnologia:

Tratar o ciberespaço como um espaço separado no qual leis distintas devem aplicar-se é algo que deve ser percebido com naturalidade. Há um “lugar” para o ciberespaço porque (...) entrar no universo das mensagens arquivadas online requer a utilização de uma tela e, muitas vezes de uma senha, de modo que você sabe quando está lá. Ninguém acidentalmente cruza a fronteira para o ciberespaço. (...) As linhas que separam as transações virtuais do mundo real são tão distintas quanto as fronteiras entre os governos territoriais – e talvez até mais³²³.

Não é preciso ser um *expert* em tecnologia para concluir que a descrição de David Johnson e David Post poderia até ser adequada para a Internet dos anos 1990, quando o texto foi escrito. A Internet em seus primórdios – com os fóruns, *chats* e comunidades virtuais – poderia ser considerada um espaço de interação entre pessoas que raramente estariam juntas face a face para qualquer interação do mundo real³²⁴. Nos dias atuais, porém, qualquer fronteira que porventura tenha um dia existido entre o mundo virtual e o real se erodiu. A Internet de hoje permeia a vida em sociedade e as interações humanas de modo incomparável com qualquer outro meio tecnológico. A proliferação do uso da Internet por meio de telefones celulares, os

³²² SOUZA, Marcelo Lopes de. **Os conceitos fundamentais da pesquisa sócio-espacial**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2013, p. 114.

³²³ “*Treating Cyberspace as a separate “space” to which distinct laws apply should come naturally. There is a “placeness” to Cyberspace because the messages accessed there are persistent and accessible to many people. Furthermore, because entry into this world of stored online communications occurs through a screen and (usually) a password boundary, you know when you are “there”. No one accidentally strays across the border into Cyberspace. To be sure, Cyberspace is not a homogenous place; groups and activities found at various online locations possess their own unique characteristics and distinctions, and each area will likely develop its own set of distinct rules.*”³² *But the line that separates online transactions from our dealings in the real world is just as distinct as the physical boundaries between our territorial governments - perhaps more so*”. (Disponível em: JOHNSON, David; POST, David. Law and Borders: the rise of Law in Cyberspace. **Stanford Law Review**. Vol. 48, No. 5. May 1996. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1229390>. Acesso em 01 mar. 2022, p. 1379).

³²⁴ GOLDSMITH, Jack; WU, Tim. **Who Controls the Internet?** Illusions of Bordersless World. Nova Iorque: Oxford University Press, 2006, p. 16.

avanços da Internet das coisas e a digitalização de diversos aspectos da vida impulsionados pela necessidade de distanciamento social após a pandemia de Covid-19 demonstraram definitivamente que não há mais separação entre o mundo *online* e o mundo *offline*.

Assim, se é que um dia foi³²⁵, a Internet já não é mais um lugar no qual se precisa entrar. Já se está nela, o tempo todo. Afirmarções como esta, contudo, por vezes parecem sugerir que há algo de metafísico na rede mundial de computadores. Assim, antes de concluir por uma onipresença quase esotérica da Internet, parece ser necessário alterar a pergunta que iniciou esta seção e fazer um recuo epistemológico: o que, afinal, é a Internet?

A Internet é “um sistema global de troca de dados que opera com base em interconexões de redes locais distribuídas em diferentes locais físicos, permitindo a simultânea e multidimensional interação global de usuários”³²⁶. Este sistema engloba uma dimensão física - sua infraestrutura técnica, composta por dispositivos, equipamentos, cabos e servidores - e outra incorpórea, que corresponde ao seu conteúdo: os dados que trafegam por meio da infraestrutura técnica e que, após serem decodificados, são convertidos em informação³²⁷.

O funcionamento da Internet é o resultado da ação coordenada de diferentes entes – organizações não governamentais, empresas privadas e governos – que atuam na prestação de diversos serviços essenciais às dinâmicas da rede. Estes entes são reais, formados – em última instância - por seres humanos que não existem apenas na Internet e, por isto, estão presentes fisicamente em algum lugar do mundo, sujeitos à alguma jurisdição territorial determinada. Suas ações são instrumentalizadas por diversos equipamentos da tecnologia da informação – desde um pequeno dispositivo como um *smartwatch* a um grande servidor - conectados por meio de cabos e *backbones*³²⁸, que também tem uma existência física bastante concreta.

Aprofundar o papel destes atores, o longo histórico que levou à existente estrutura de governança dos aspectos técnicos da Internet e, ainda, o detalhamento técnico da engenharia e da computação que viabilizam o funcionamento da rede mundial de computadores – evidentemente - transcende o escopo desta tese. Uma visão geral sobre o tema, no entanto, é

³²⁵ Lawrence Lessig já nos anos 1990 refutava a ideia da Internet como um lugar: “O ciberespaço, é claro, não é um lugar; você não vai a lugar nenhum quando está lá”. (LESSIG, Lawrence. **Code** – version 2.0. New York: Basic Books, 2006, p. 17).

³²⁶ “a global data Exchange system operating based on the interconnections of local networks distributed in a number of physical locations allowing simultaneous, multidimensional worldwide interaction of users”. (Tradução livre de: KULESZA, Joanna. **International Internet Law**. Translated by Magdalena Arent and Wojciech Wotoszyk. New York: Routledge, 2012, p. 31).

³²⁷ SVANTESSON, Dan Jerker B. **Internet & Jurisdição**: Relatório de Status Global 2019. Internet & Jurisdiction Policy Network publication, 2019. Disponível em: <https://www.Internetjurisdiction.net/uploads/pdfs/Portuguese-IJPN-Global-Status-Report-2019.pdf>, Acesso em 22 ago. 2021, p. 312.

³²⁸ O *backbone* é uma rede principal por onde trafegam os dados da Internet. (CANALTECH. **O que é um backbone?** Disponível em: <https://canaltech.com.br/telecom/o-que-e-backbone/>. Acesso em 18 nov. 2022).

crucial para que se compreenda que os desafios jurisdicionais trazidos pela Internet decorrem de circunstâncias concretas ligadas à tecnologia e não de qualquer transcendência às leis naturais ou físicas, como muitas vezes parecem supor as discussões sobre a natureza incorpórea da *web*.

3.2.1 A governança técnica da Internet

A Internet tem sua origem nos avanços militares provocados pela Guerra Fria. Em 1969, o Departamento de Defesa dos Estados Unidos criou a Arpanet, uma rede de comunicação que permitia que os diferentes grupos da *Advanced Research Projects Agency* (ARPA) se comunicassem através de seus computadores. Com o sucesso da Arpanet, a ARPA começou a administrar outras redes de computadores, e logo surgiu a necessidade de que tais redes se comunicassem. Para que isto fosse possível, era necessário um protocolo de comunicação padronizado, o que deu origem ao *Internet Protocol Suite* (TCP/IP), que até hoje é o padrão de conexão utilizado pela Internet³²⁹.

O que permitiu, contudo, que a Internet saísse do universo militar e ganhasse o mundo todo foi o desenvolvimento da rede mundial de computadores (a *World Wide Web* ou ‘*www*’) em 1990, por um programador inglês chamado Tim Berners-Lee. Foi ele quem criou um *software* que permitia obter e acrescentar informações de e para qualquer computador conectado à Internet³³⁰. O WWW funciona a partir de três funções essenciais: a *Uniform Resource Locator* (URL), que permite localizar as informações na Internet por meio de seus endereços de *Internet Protocol* (IP)³³¹, o *Hypertext Transfer Protocol* (HTTP), que permite a comunicação entre sistemas³³², e a *HyperText Markup Language* (HTML), que é a linguagem de comunicação utilizada para a construção de páginas na Internet, acessíveis aos diferentes navegadores³³³.

O protocolo TCP/IP e a WWW, com suas funções essenciais, compõe a infraestrutura básica da comunicação via Internet. Além deles, acrescenta-se o DNS (*Domain Name System* ou Sistema de Nomes de Domínio), que permite transformar endereços de IP (a sequência

³²⁹ CASTELLS, Manuel. **A Galáxia da Internet**: reflexões sobre a Internet, os negócios e a sociedade. Tradução Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2003, p. 13.

³³⁰ CASTELLS, Manuel. **A Galáxia da Internet**: reflexões sobre a Internet, os negócios e a sociedade. Tradução Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2003, p. 17.

³³¹ TECNOBLOG. **O que é URL?** Disponível em: <https://tecnoblog.net/responde/o-que-e-url/>. Acesso em 15 nov. 2022.

³³² TECNOBLOG. **O que é HTTP?** Disponível em: <https://tecnoblog.net/responde/o-que-e-http/>. Acesso em 15 nov. 2022.

³³³ TECNOBLOG. **O que é HTML?** (Guia para iniciantes). Disponível em: <https://tecnoblog.net/responde/o-que-e-html-guia-para-iniciantes/>. Acesso em 15 nov. 2022.

numérica que identifica dispositivos conectados à Internet³³⁴) em nomes de domínio, que são mais facilmente memorizáveis³³⁵.

Desde à época da *Arpanet*, os endereços de IP são gerenciados pela IANA (*Internet Assigned Numbers Authority*), uma organização sem fins lucrativos, com sede nos Estados Unidos, criada por Jon Postel, a quem Jack Goldsmith e Tim Wu chamaram de “o Deus da Internet”³³⁶. Apesar de muitos esforços feitos por Jon Postel para assegurar a independência dos trabalhos da organização, as atividades eram desempenhadas a partir de um contrato firmado com o Departamento de Defesa dos Estados Unidos, que comandava a ARPA.

O DNS, por sua vez, era administrado pela *National Science Foundation* (NSF), uma agência governamental estadunidense que, em 1993, firmou um acordo de cooperação com um consórcio de empresas privadas americanas denominada *InterNic*. Era a partir deste consórcio que os nomes de domínio eram registrados quando a Internet passou a ser parte do dia a dia das pessoas, em 1995, com a inclusão, pela *Microsoft*, do *Internet Explorer* no *Windows 95*³³⁷. A entidade, que cobrava uma taxa pelo registro de nomes de domínio, passou a ter o seu monopólio questionado publicamente, o que levou, em 1998, à criação da ICANN. A ICANN – além de tornar-se responsável pela gestão do DNS - assumiu também o gerenciamento da alocação de endereços de IP, já que a IANA se tornou parte da nova organização.

A ICANN é uma organização sem fins lucrativos, criada sob as leis da Califórnia, com participação da sociedade civil, empresas privadas e governos, sendo por isto denominada de multisetorial. Em sua origem, a entidade era vinculada contratualmente ao Departamento de Comércio dos Estados Unidos, mas o contrato que existia entre a entidade e o governo americano acabou em 2016³³⁸. Ao menos formalmente, isso marcou a retirada do governo dos Estados Unidos do gerenciamento do principal organismo da governança técnica da Internet. Não obstante, o fato de a organização não ter sido reconhecida como um sujeito de DIP – o que

³³⁴ Ver em: G1. **Localização de endereço de IP: entenda como pode ser feito o rastreamento e o que é mito.** Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/blog/altieres-rohr/post/2021/03/02/localizacao-de-endereco-de-ip-entenda-como-pode-ser-feito-o-rastreamento-e-o-que-e-mito.ghtml>. Acesso em: 18 dez. 2021.

³³⁵ GOLDSMITH, Jack; WU, Tim. **Who Controls the Internet?** Illusions of Bordersless World. Nova Iorque: Oxford University Press, 2006, p. 171.

³³⁶ GOLDSMITH, Jack; WU, Tim. **Who Controls the Internet?** Illusions of a Bordless World. Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 29.

³³⁷ CASTELLS, Manuel. **A Galáxia da Internet:** reflexões sobre a Internet, os negócios e a sociedade. Tradução Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2003, p. 19.

³³⁸ ICANN. **Finaliza a supervisão das transições das funções da IANA à comunidade da Internet global conforme estipulado no contrato com o governo dos EUA.** Disponível em: <https://www.icann.org/en/announcements/details/stewardship-of-iana-functions-transitions-to-global-Internet-community-as-contract-with-us-government-ends-1-10-2016-pt>. Acesso em: 18 nov. 2022.

poderia lhe garantir imunidade de jurisdição – a torna sujeita às leis dos Estados Unidos, o que ainda é visto como uma forma de controle estadunidense sobre a Internet³³⁹.

As tarefas desempenhadas pela ICANN são centrais ao funcionamento da rede mundial de computadores no mundo todo. A distribuição de números de IP precisa ser coordenada globalmente, já que um mesmo número não pode se repetir para que a comunicação seja estabelecida com sucesso. No entanto, a ICANN, por meio da IANA, atua apenas como uma espécie de estoque central de blocos de IP e os distribui para organismos regionais encarregados de sua distribuição local, os quais são chamadas de *Regional Internet Registries (RIR)*³⁴⁰.

Há atualmente cinco registros regionais em operação, quais sejam: (i) a *American Registry for Internet Numbers (ARIN)*, que é responsável pela distribuição de IPs para os Estados Unidos, Canadá e partes do Caribe; (ii) o *Réseaux IP Européens Network Coordination Centre (RIPE NCC)*, responsável principalmente pela alocação de IPs na Europa, mas também de algumas partes da Ásia; (iii) a *Asia-Pacific Network Information Centre (APNIC)*, responsável pela alocação de IPs na Ásia e Oceania; (iv) a *Latin American and Caribbean Internet Addresses Registry (LACNIC)*, alocadora de IPs na América Latina (incluindo México, América Central e do Sul e partes do Caribe na região); e (v) *African Network Information Centre (AfrinIC)*, que distribui os números de IPs na África.

Em alguns Estados, há organizações nacionais também responsáveis pela distribuição de números de IP, os chamados *National Internet Registries (NIR)*. É o caso do Brasil, onde a função é exercida pelo NIC.br (o Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR), entidade civil sem fins lucrativos, criado para implementar as atividades do Comitê Gestor da Internet no Brasil - CGI.br, órgão multissetorial criado pelo Decreto Federal nº 4.829, de 3 de setembro de 2003³⁴¹. Apesar da existência de um NIR específico para o Brasil, os blocos de IPs são únicos para toda a região administrada pela LACNIC³⁴².

O mapa abaixo (Figura 3) mostra como os Estados do mundo dividem-se em regiões na tarefa de alocação dos IPs.

³³⁹ SALIBA, Aziz Tuffi; BAHIA, Amael Notini Moreira. A jurisdição da ICANN: desafios atuais e perspectivas futuras. *Revista de Direito Internacional, Brasília*, v. 16, n. 2, p. 334-345, 2019. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/6143/pdf>. Acesso em 15 nov. 2022.

³⁴⁰ NIC.BR. *Fascículos sobre a Infraestrutura da Internet – Endereços IP e ASNS: alocação para provedores Internet*. Disponível em: <https://www.nic.br/media/docs/publicacoes/13/fasciculos-sobre-a-infraestrutura-da-Internet-endere%C3%A7os-ip-e-asns-alocacao-para-provedores-Internet.pdf>. Acesso em 18 nov. 2022.

³⁴¹ BRASIL, **DECRETO Nº 4.829, DE 3 DE SETEMBRO DE 2003**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/d4829.html. Acesso em 18 nov. 2022.

³⁴² NIC.BR. *Fascículos sobre a Infraestrutura da Internet – Endereços IP e ASNS: alocação para provedores Internet*. Disponível em: <https://www.nic.br/media/docs/publicacoes/13/fasciculos-sobre-a-infraestrutura-da-Internet-endere%C3%A7os-ip-e-asns-alocacao-para-provedores-Internet.pdf>. Acesso em 18 nov. 2022, p. 22.

FIGURA 3 - Registros Regionais da Internet



Fonte: Rir.gif; DorkBlankMap-World6,_compact.svg; Canuckguy et al.derivative work; Sémhur, CC BY-SA 3.0 Wikipedia Commons³⁴³.

A distribuição de IPs a partir de registros regionais tem feito com que a localização geográfica de IPs seja vista como uma forma de adequar o conteúdo da Internet para cada Estado e mesmo de identificar um usuário ou o seu endereço a partir da identificação do número de IP respectivo. Apesar da distinção em regiões, porém, os endereços de IPs não necessariamente são alocados de acordo com critérios geográficos³⁴⁴, e ainda quando o são, a distribuição de endereços de IP não considera endereços individuais, mas grandes blocos de endereço, capazes de numerar uma grande quantidade de dispositivos. Assim, a utilização de endereço de IP para identificar um usuário não pode ser feita tão facilmente quanto por vezes se supõe³⁴⁵.

Como visto, além da alocação de endereços de IP, a distribuição de nomes de domínio também é coordenada, desde 1998, pela ICANN. O nome de domínio consiste, basicamente, no nome do *site*, que aparecerá após o “www.” em uma URL. Após o nome de domínio, os endereços na Internet são complementados pelo domínio de topo (*top level domain* – TLD), que é o que vem após o ponto que segue o nome de domínio, como o “.com”, o “.net” e o

³⁴³ WIKIPEDIA COMMONS. File:Regional Internet Registries world map.svg. Disponível em: https://commons.wikimedia.org/wiki/File:Regional_Internet_Registries_world_map.svg#/media/Ficheiro:Regional_Internet_Registries_world_map.svg. Acesso em 18 nov. 2022.

³⁴⁴ ROHR, Altieres. **Localização de Endereço de IP:** entenda como pode ser feito o rastreamento e o que é mito. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/blog/altieres-rohr/post/2021/03/02/localizacao-de-endereco-de-ip-entenda-como-pode-ser-feito-o-rastreamento-e-o-que-e-mito.ghtml>. Acesso em 15 nov. 2022.

³⁴⁵ NIC.BR. **Fascículos sobre a Infraestrutura da Internet** – Endereços IP e ASNS: alocação para provedores Internet. Disponível em: <https://www.nic.br/media/docs/publicacoes/13/fasciculos-sobre-a-infraestrutura-da-Internet-endere%C3%A7os-ip-e-asns-alocacao-para-provedores-Internet.pdf>. Acesso em 18 nov. 2022, p. 22.

“.org”³⁴⁶. Cada TLD é gerenciado por uma empresa ou organização específica. O domínio de topo “.com” é gerido pela *VeriSign*, empresa estadunidense³⁴⁷. Pode existir, ainda, o *country code TLD* (ccTLD), que são os domínios de nível de topo associados a códigos de Estados, como o “.br” ou “.uk”. Eles são administrados em conformidade com as diretrizes definidas pelos Estados e seus registradores locais, que atuam em cooperação com a ICANN³⁴⁸. O uso de ccTLD não é obrigatório, mas serve para sinalizar que o *site* em questão se destina a um Estado específico. Apesar disto, não há, em princípio³⁴⁹, impedimento técnico para que um *site* “.br” seja acessado por qualquer lugar do mundo.

Para além destas instituições que cumprem papel fundamental na arquitetura básica da Internet, outras entidades são também cruciais para que a Internet seja o que é hoje. Os denominados “intermediários da Internet” foram definidos pelo Comitê de Ministros do Conselho da Europa³⁵⁰ como uma gama ampla, diversificada e em rápida evolução de atores que “facilitam as interações da Internet entre pessoas físicas e jurídicas, oferecendo e desempenhando uma variedade de funções e serviços”.

Dentre os intermediários, Patrícia Peck Pinheiro distingue duas figuras essenciais: os provedores de conexão e os provedores de aplicação³⁵¹. Já Denise Estrella Tellini³⁵² adotou as terminologias *Content Service Provider (CSP)* e *Internet Service Provider (ISP)*. Os ISPs consistem, basicamente, nas empresas provedoras de intermediação técnica da rede, que fornecem o serviço de conexão à rede e/ou exploram as redes de telecomunicação e os cabos

³⁴⁶ CALABRICH, Bruno Freire de Carvalho. Sistema de Nomes de Domínio (DNS), ICANN e interesses brasileiros. *Revista de Direito, Estado e Telecomunicações*, v. 11, nº 2, p. 127-152, outubro 2019. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/RDET/article/download/27027/23481/55562>. Acesso em 16 nov. 2022, p. 128.

³⁴⁷ CALABRICH, Bruno Freire de Carvalho. Sistema de Nomes de Domínio (DNS), ICANN e interesses brasileiros. *Revista de Direito, Estado e Telecomunicações*, v. 11, nº 2, p. 127-152, outubro 2019. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/RDET/article/download/27027/23481/55562>. Acesso em 16 nov. 2022, p. 129.

³⁴⁸ O “.br” é administrado pelo Registro.br, departamento do Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR (NIC.br) que, por sua vez, implementa as decisões do Comitê Gestor da Internet no Brasil – órgão multissetorial criado por decreto presidencial (o Decreto nº 4829/2003). (CALABRICH, Bruno Freire de Carvalho. Sistema de Nomes de Domínio (DNS), ICANN e interesses brasileiros. *Revista de Direito, Estado e Telecomunicações*, v. 11, nº 2, p. 127-152, outubro 2019. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/RDET/article/download/27027/23481/55562>. Acesso em 16 nov. 2022, p. 133).

³⁴⁹ Salvo quando países adotam ferramenta para restringir o acesso a sites com ccTLD determinados (como firewalls).

³⁵⁰ COUNCIL OF EUROPE. *Internet Intermediaries*. Disponível em: <https://www.coe.int/en/web/freedom-expression/Internet-intermediaries#:~:text=duties%20and%20responsibilities%3F-The%20Council%20of%20Europe%20has%20developed%20human%20rights%2Dbased%20guidelines,between%20natural%20and%20legal%20persons>. Acesso em: 28 jul. 2022.

³⁵¹ PINHEIRO, Patrícia Peck. *#Direito Digital*. 7ª. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 146.

³⁵² TELLINI, Denise Estrela. *Regime de Direito Internacional Privado na Responsabilidade dos Provedores de Internet: Content Service Providers e Intermediary Service Providers pela qualidade dos serviços executados online*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006, p. 61.

de fibra óptica que transmitem os dados da Internet. Já os CSPs podem ser definidos como aqueles que provêm a Internet com informações, como um portal de notícias, um *site* de buscas ou uma rede social.

Ao analisar a multiplicidade de instituições que cumprem papéis distintos e essenciais para o funcionamento da Internet, nota-se a natureza essencialmente descentralizada desta tecnologia. São várias entidades (nacionais, regionais e globais) com diversas naturezas jurídicas (públicas, privadas e parcerias público-privadas, com fins lucrativos ou sem) que atuam de forma coordenada, cada qual cumprindo seu respectivo papel e garantindo o funcionamento da rede. A alusão a palavra “rede”, portanto, não deve servir para obscurecer esta descentralização. Conforme afirmou Denise Estrella Tellini³⁵³, a Internet é uma rede que, “ao contrário da teia de aranha, não possui um nó central, de forma que não está afeita a uma organização central estruturada”.

A Internet funciona, de modo geral, de forma independente da localização dos usuários ou servidores, já que - exceto se houver alguma restrição implementada nos servidores instalados nos Estados para o recebimento de dados, por meio da instalação de *firewalls*³⁵⁴, como faz a China por exemplo³⁵⁵, a utilização de um protocolo de comunicação comum garante o livre influxo de dados por meio da rede em âmbito global, de forma indiferente à geografia. Essa indiferença faz que, em princípio, quando alguém publica uma informação na Internet, está automaticamente disponibilizando sua publicação a qualquer usuário com acesso à rede, que poderá encontrá-la se tiver acesso à sua URL ou se puder chegar a ela através de um *hiperlink*³⁵⁶.

³⁵³ TELLINI, Denise Estrela. **Regime de Direito Internacional Privado na Responsabilidade dos Provedores de Internet: Content Service Providers e Intermediary Service Providers** pela qualidade dos serviços executados online. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006, p. 28.

³⁵⁴ Um *firewall* é basicamente uma ferramenta que atua sobre os servidores locais para controlar os dados que entram no servidor. (MICROSOFT. **O que é um firewall?** Disponível em: <https://support.microsoft.com/pt-br/office/o-que-%C3%A9-um-firewall-6870c88d-69b6-4db4-9cb1-0e4afa7a8603>. Acesso em 18 nov. 2022).

³⁵⁵ A China utiliza-se de diversas ferramentas para controlar o que entra nos servidores do país, desde bloqueios de endereços de IP, técnicas de *filtering* que scaneiam os dados para controlar conteúdos com certas “palavras-chave” e, mais recentemente, até técnicas de reconhecimento facial. As técnicas vão se desenvolvendo conforme os avanços tecnológicos, mas o Ministério da Segurança Pública chinês já adota ferramentas de controle sobre a Internet desde os primórdios da tecnologia, em 1998. Atualmente, empresas chinesas que prestam serviços na Internet também usam de seus algoritmos para contribuir na restrição de conteúdos feita pelo governo chinês. (Sobre o tema, ver em: GRIFFITHS, James. **The Great Firewall of China**. London: Zedbooks, 2019, passim).

³⁵⁶ Os *hiperlinks* são os elementos clicáveis que levam a outras páginas ou outros recursos, com os quais formam um vínculo de conexão. Como explicado por Patrícia Peck Pinheiro “O usuário ativa o vínculo dando um clique sobre o elemento vinculado, que é geralmente sublinhado ou apresentado em cor diferente do restante do documento para indicar que o elemento está vinculado. Os *links* são indicados em um documento de hipertexto por meio de *tags* de linguagens de marcação, como a SGML e a HTML. Em geral, essas *tags* não são visíveis ao usuário.” (PINHEIRO, Patricia Peck. **#Direito Digital**. 7ª. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 648).

Isto torna a Internet sensivelmente diferente de outros meios de comunicação, que precisam direcionar deliberados esforços para que um determinado conteúdo chegue aos destinos desejados. Neste sentido, observe-se trecho de decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) no caso conhecido como *eDate Advertising*, que tratou da publicação de conteúdo difamatório *online*:

a colocação em linha de conteúdos num sítio na Internet distingue-se da difusão, circunscrita a um território, de um meio de comunicação impresso, na medida em que visa, em princípio, a ubiquidade dos referidos conteúdos. Estes podem ser consultados instantaneamente por um número indefinido de internautas em todo o mundo, independentemente de qualquer intenção da pessoa que os emitiu³⁵⁷.

A indiferença das redes à geografia e a possibilidade de conteúdos serem acessados de qualquer lugar pode ser visualizada com maior facilidade quando se compreende os caminhos feitos pelos dados que trafegam na Internet para permitir que um usuário acesse um *site* qualquer na Internet.

3.2.2 O tráfego da Internet

Uma das características mais relevantes da Internet – e a que mais desconcerta os debates sobre jurisdição – é a sua indiferença à localização: um e-mail enviado a um vizinho pode fazer o mesmo caminho do que um e-mail enviado a uma pessoa do outro lado do mundo³⁵⁸. Para visualizar esta afirmação, faz-se necessário compreender, ainda que superficialmente, como se dá a comunicação realizada pela rede mundial de computadores.

Suponha que o usuário X, residente na cidade de Curitiba, no Brasil, deseja acessar o *site* de notícias australiano Y, hospedado em um servidor³⁵⁹ localizado em Sidney, na Austrália. Como qualquer usuário – profissional ou doméstico – que acesse a Internet, o usuário X precisará, em primeiro lugar, de um dispositivo (*hardware*), como um computador, que contenha *softwares* (como o seu sistema operacional – o *Windows* – e um navegador – como o

³⁵⁷ UNIÃO EUROPEIA. **Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Seção) de 25 de outubro de 2011**. Processos C-509/09 e C-161/10. Disponível em: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=3C7FB6567254397A76EEF852EFA76AB2?text=&docid=111742&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=797263>. Acesso em 16 nov. 2022.

³⁵⁸ SVANTESSON. Dan Jerker. Time for the Law to Take Internet Geolocation Technologies Seriously. **Journal of Private International Law**. December 2012. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/263346552_Time_for_the_Law_to_Take_Internet_Geolocation_Technologies_Seriously/link/5ba5819445851574f7dd1c09/download. Acesso em 15 nov. 2022.

³⁵⁹ Hospedar um *site* significa, basicamente, manter os dados de um site disponíveis em um servidor para que seja acessado a qualquer momento por um interessado. Trata-se, basicamente, da locação de espaço em um servidor. (CERTIFIQUEI. **Hospedagem de site: como funciona e como se relaciona à LGPD?** Disponível em: <https://www.certifiquei.com.br/hospedagem-site/>. Acesso em 18 nov. 2022).

Microsoft Edge, por exemplo) que viabilizem a navegação. Ele precisará, também, dos serviços de um ou mais ISPs, que lhe garantam a conexão via Internet (como as empresas de telefonia brasileiras, por exemplo).

Uma vez conectado à Internet, o dispositivo utilizado pelo usuário X receberá automaticamente um número (o endereço de IP), por meio do qual pode ser localizado na transmissão de dados. No navegador instalado em seu dispositivo, o usuário X pode, então, digitar a URL (pelo endereço de IP ou pelo nome de domínio) do *site* Y, que ele deseja acessar³⁶⁰. O navegador enviará uma requisição via HTTP ao roteador da ISP contratado pelo usuário X para lhe dar acesso à Internet, solicitando o código de HTML que contém a programação daquela página da *web*. O roteador é uma espécie de computador ou servidor que exerce a função de um correio ou carteiro dos dados, direcionando-os ao destino desejado³⁶¹. Assim, este servidor, por sua vez, enviará a mensagem com o pedido do código ao servidor de destino (o que hospeda o *site* Y).

A mensagem, com o pedido de acesso ao *site* feito pelo usuário, irá, então, viajar para chegar ao servidor no qual o *site* Y está hospedado. A viagem é feita pelos cabos de fibra óptica que estão nas paredes de nossas casas, nas ruas de nossas cidades e, até mesmo, submersos no oceano. Em 2022, a *TeleGeography*³⁶², empresa de consultoria em telecomunicação que mapeia dados do setor, registrava a existência de 530 cabos submarinos ativos em uma área de mais de 1,3 milhões de quilômetros.

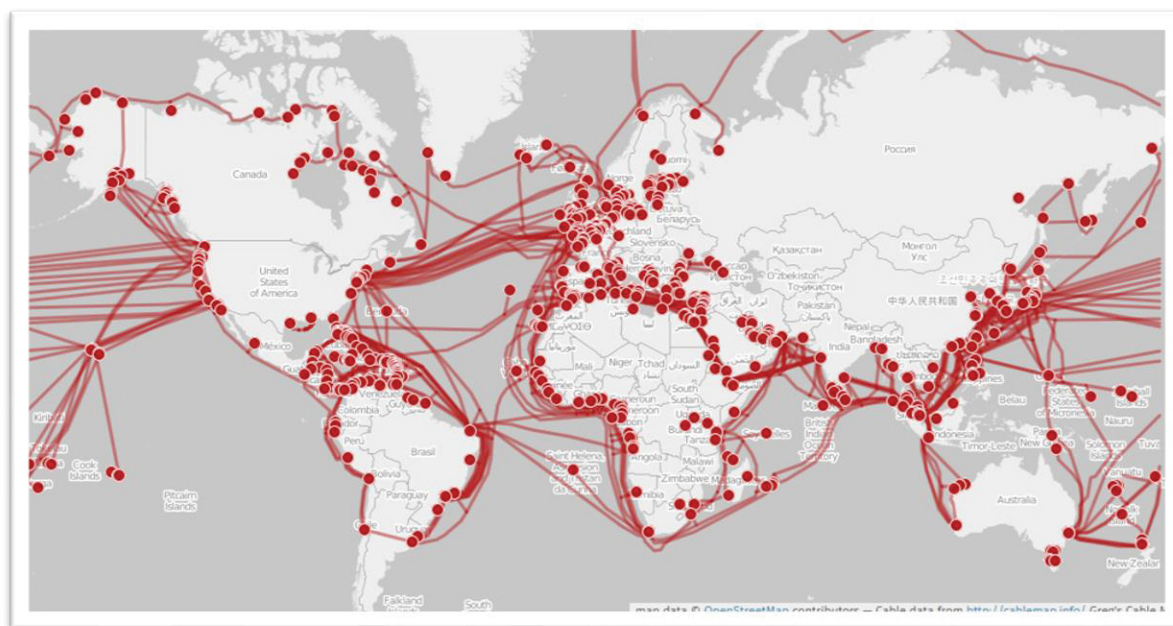
O mapa abaixo (Figura 4), retirado do Wikipedia, mostra algumas das conexões feitas pelos mapas submarinos ao redor da Terra.

³⁶⁰ Ele poderá, também, digitar a URL de seu buscador preferido (como o Google, por exemplo), e a partir do *hyperlink* fornecido pelo Google, solicitar acesso ao site Y.

³⁶¹ ANTUNES, Laila Damascena; ROSA, Matheus; VILELA, Pedro. **Jurisdição e Internet**: Estudo sobre mecanismos de bloqueio e fragmentação da rede. Instituto de Referência em Internet e Sociedade: Belo Horizonte, 2017. Disponível em: <http://bit.ly/2PjUqYT>. Acesso em: 27 nov. 2022.

³⁶² TELEGEOGRAPHY. **Submarine Cable**. Disponível em: <https://www.submarinecablemap.com/>. Acesso em 18 nov. 2022.

FIGURA 4 – Cabos de fibra óptica submarinos



Fonte: OpenStreetMap contributors - Wikipedia Commons³⁶³

Um olhar atento ao mapa acima possivelmente percebeu um obstáculo à viagem feita pelos dados enviados pelo usuário X: não há cabos que conectam diretamente a América do Sul à Oceania. Isto acontece porque o influxo de dados entre estes continentes não é, ainda, significativo a ponto de justificar investimentos para o cabeamento direto³⁶⁴. Isto, contudo, não será um obstáculo para que o usuário acesse o *site* Y, pois, no caminho, a mensagem pode transitar por outros continentes, passar por um ou vários servidores, independentemente de onde estejam, já que todos falam a mesma linguagem.

Quando chega ao servidor de destino, este responderá à requisição feita pelo usuário, enviando o seu código HTML ao endereço de IP do dispositivo do usuário – novamente passando por meio de um caminho que pode ser diferente em cada comunicação, envolvendo qualquer (ou quaisquer) servidor(es) disponível(is) antes de chegar ao servidor do provedor de acesso do usuário. O código será, então, recebido e interpretado pelo navegador do destinatário

³⁶³ WIKIPEDIA COMMONS. File:Submarine cable map umap.png. Disponível em: https://commons.wikimedia.org/wiki/File:Submarine_cable_map_umap.png. Acesso em 18 nov. 2022.

³⁶⁴ Neste sentido, afirma a TeleGeography: “Undersea cables are built between locations that have something ‘important to communicate.’ Europe, Asia, and Latin America all have large amounts of data to send and receive from North America. This includes Internet backbone operators ensuring that emails and phone calls are connected and content providers who need to link their massive data centers to each other. This explains why you see so many cables along these major routes. Conversely, there’s just not much data that needs to go between Australia and South America directly. If that situation were to change, you can be sure someone would build a new cable in the South Pacific”. (TELEGEOGRAPHY. **Submarine Cable**. Disponível em: <https://www.submarinecablemap.com/>. Acesso em 18 nov. 2022).

e este o reconstitui a página na tela do usuário, tal como descrita no código de HTML que a compõe.

O que o usuário verá em sua tela, portanto, é uma réplica daquilo que foi programado pelo programador do *site* Y na Austrália, reconstituída a partir da descrição feita pelo código HTML que – literalmente – atravessou oceanos para chegar ao computador do usuário X. À grosso modo – *data maxima venia* aos estudiosos com mais conhecimento sobre tecnologia – é assim que funciona a Internet.

O caminho físico pelo qual uma mensagem trafega na Internet pode variar com base em inúmeras situações, incluindo a existência de fontes de energia baratas e renováveis, riscos de desastres naturais, qualidade da conectividade, clima local favorável e a previsibilidade de seu ambiente regulatório³⁶⁵. Ademais, o local onde os dados de um *site* foram hospedados não precisa necessariamente estar próximo ao seu controlador e, se for necessário realizar uma manutenção nos servidores por exemplo, este local pode mudar temporariamente, sem que qualquer aviso ao dono do *site* ou aos seus usuários seja necessário³⁶⁶.

Não obstante, há ao menos quatro territórios físicos pelos quais circula uma informação: (i) o local onde está o usuário que buscou a informação; (ii) o local do servidor dos dados; (iii) o local onde está quem dispõe da informação (outro usuário, ou a empresa que presta um determinado serviço digital); e, ainda, (iv) potencialmente, o local de registro do nome de domínio do *site* acessado³⁶⁷. Apesar disto, para a definição da jurisdição para regular o fluxo desta informação, algumas destas conexões podem ser bastante tênues³⁶⁸, ou, até mesmo, acidentais.

Para ilustrar a dificuldade de conciliar a natureza da Internet com os critérios geográficos atrelados ao Direito, Dan Jerker Svantesson utiliza-se, como exemplo, da hipotética situação de compartilhamento de um *e-book* entre uma pessoa de um Estado com uma pessoa de outro e a hipótese de, na jornada feita pelos dados em que consiste o livro digital, estes passarem por um servidor localizado em um terceiro Estado, no qual o conteúdo do *e-book* é

³⁶⁵ CHAPELLE, Bertrand de la; PORCIUNCULA, Lorraine **We Need to Talk About Data: Framing the Debate Around Free Flow of Data and Data Sovereignty**. Internet and Jurisdiction Policy Network. Disponível em: <https://www.Internetjurisdiction.net/uploads/pdfs/We-Need-to-Talk-About-Data-Framing-the-Debate-Around-the-Free-Flow-of-Data-and-Data-Sovereignty-Report-2021.pdf>. Acesso em 15 nov. 2022.

³⁶⁶ DASKAL, Jennifer. The Un-Territoriality of Data. **The Yale Law Journal**. 2015. Disponível em: https://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2108&context=facsch_lawrev. Acesso em 21 nov. 2022.

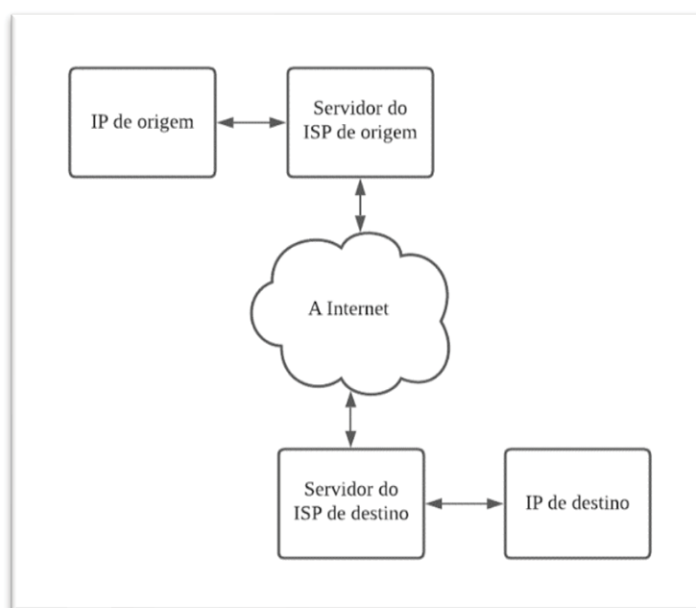
³⁶⁷ CHAPELLE, Bertrand; FEHLINGER, Paul. **Jurisdiction on the Internet: From Legal arms race to transnational cooperation**. Internet & Jurisdiction Paper. April 2016. Disponível em: <https://www.Internetjurisdiction.net/uploads/pdfs/Papers/IJ-Paper-Jurisdiction-on-the-Internet.pdf>. Acesso em 02 nov. 2022.

³⁶⁸ LUTZI, Tobias. **Private International Law Online** (Oxford Private International Law Series). OUP Oxford. Edição do Kindle, 2020, p. 27.

ilegal. Tal situação poderia fazer que as partes descumprissem a lei do Estado do servidor sem sequer saberem disso³⁶⁹.

É válido, ainda, fazer um esclarecimento adicional: tornou-se comum, ao falar de Internet, afirmar que algo está na nuvem, o que pode reforçar a impressão sobre a existência de um caráter etéreo da rede mundial de computadores. Esta nuvem nada mais é do que uma referência aos servidores, espalhados pelo mundo todo, que armazenam e transferem dados que se situam na Internet. O desenho de uma nuvem é utilizado, desde a década de 1970, para representar a Internet em fluxogramas, indicando que não importa o caminho pelo qual a comunicação irá transitar para que chegue ao seu destinatário³⁷⁰. Assim, uma comunicação pela Internet, emprestando a ilustração gráfica de Jonathan Zittrain, pode ser representada da forma expressa pela Figura 5 (abaixo).

FIGURA 5 – Como funciona a Internet



Fonte: Adaptação da autora a partir de Jonathan Zittrain – Internet Points of Control³⁷¹

Nota-se, portanto, que não é fácil estabelecer em que medida um evento virtual ocorreu no território de um Estado determinado. É possível invocar, sob o argumento da territorialidade,

³⁶⁹ SVANTESSON, Dan Jerker B. **Solving the Internet Jurisdiction Puzzle**. Oxford: Oxford University Press, 2017, p. 34

³⁷⁰ CANALTECH. **O que é armazenamento em nuvem e como funciona?** Disponível em: <https://canaltech.com.br/Internet/armazenamento-em-nuvem-o-que-e/>. Acesso em 15 nov. 2022.

³⁷¹ ZITTRAIN, Jonathan. Internet Points of Control. **Boston College Law Review**. Disponível em: http://ssrn.com/abstract_id=388860. Acesso em 15 nov. 2022.

que o simples fato de determinados dados terem passado por servidores localizados em um Estado seja um evento ocorrido no território daquele Estado, gerando a competência das cortes e a possibilidade de incidência da lei deste local, sem que as partes possam razoavelmente antever este resultado. Não obstante, um olhar também atento ao mapa dos cabamentos submarinos (Figura 4) permite constatar a existência de uma grande quantidade de cabos na costa oeste dos Estados Unidos. A explicação está na localização das principais empresas de tecnologia e no fato de que tais empresas funcionam como pontos de passagem obrigatórios para grande parte da comunicação realizada pela Internet. Daí decorre o fato de que grande parte das relações digitais estão – ao menos em parte – conectadas à jurisdição territorial dos Estados Unidos da América.

3.3 TODOS OS CAMINHOS LEVAM AO VALE DO SILÍCIO

Como já se mencionou anteriormente³⁷², muitas das funcionalidades fundamentais da Internet atual são comandadas pelas *big techs* e grande parte destas empresas estão situadas nos EUA (assim como a ICANN e a *VeriSign*). Como as grandes empresas de tecnologia estão sediadas nos EUA, o país tem, em geral, muito menos dificuldade para impor seus padrões normativos sobre a Internet do que outros Estados. As grandes empresas sujeitam-se às leis estadunidenses e o Estado também têm acesso aos seus bens para garantir eventual necessidade de execução forçada das obrigações.

A tabela abaixo (Tabela 1) apresenta as 10 maiores empresas do segmento digital, ranqueadas conforme seus faturamentos em 2021, e a localização de suas respectivas sedes, evidenciando que, se tivéssemos de atrelar a Internet a um lugar específico no espaço geográfico, este lugar seria – sem dúvidas - o Vale do Silício³⁷³.

³⁷² Item 2.3.1 supra

³⁷³ A expressão Vale do Silício tem sido utilizada para designar a região da Baía de São Francisco na Califórnia, local onde estão sediadas grande parte das empresas de tecnologia. A denominação faz referência aos circuitos integrados baseados em silício, desenvolvidos na região. (TECHTARGET. **Silicon Valley – Definition**. Disponível em: <https://www.techtarget.com/searchcio/definition/Silicon-Valley#:~:text=Silicon%20Valley%20is%20in%20northern,number%20of%20silicon%20chip%20manufacturer>. Acesso em 19 nov. 2022).

TABELA 1 - Sede das 10 maiores empresas digitais (conforme faturamento em 2021)

#	Empresa	Receita em 2021	Sede
1	Amazon.com	469,82	Seattle, Washington, EUA
2	Apple	365,82	Cupertino, Califórnia, EUA
3	Google	256,74	Mountain View, Califórnia, EUA
4	Alibaba	134,57	Hangzhou, China
5	Meta (formerly Facebook Inc.)	117,93	Menlo Park, Califórnia, EUA
6	Tencent	87,85	Shenzhen, China
7	Netflix	26,70	Los Gatos, Califórnia, EUA
8	PayPal	25,37	San José, Califórnia, EUA
9	Baidu	19,54	Pequim, China
10	eBay	10,42	San José, Califórnia, EUA

Fonte: Elaboração própria da autora com base em dados da Statista³⁷⁴ e informação de sede do *site* das empresas (variadas fontes).

A esse respeito, também se manifestou Lucas Borges de Carvalho, que, refutando a perspectiva do ciberespaço como um “lugar” separado do real, afirmou:

O ciberespaço sempre refletiu um lugar muito particular e facilmente identificável. Com efeito, seus valores, suas instituições e seus principais agentes estavam vinculados, física e simbolicamente, aos Estados Unidos e – não seria exagero acrescentar – ao Estado da Califórnia. Sob esse ponto de vista, o ciberespaço não era um “novo mundo” ou um espaço “sem paralelo no ambiente físico”, mas, sim, em boa medida, a reprodução de uma cultura e de valores ancorados em um território específico³⁷⁵.

Não por acaso, os Estados Unidos têm se posicionado de forma contrária as reivindicações extraterritoriais feitas por outras jurisdições. Embora o façam com frequência a partir de argumentos liberais – muitas vezes ancorados na Primeira Emenda da Constituição dos Estados Unidos e no valor atribuído pela sociedade estadunidense à liberdade de expressão – as posturas contrárias às reivindicações extraterritoriais feitas por outros Estados sobre à Internet também atendem os interesses do governo americano por lhes possibilitar a supervisão unilateral das entidades que estão localizadas fisicamente sob sua jurisdição³⁷⁶.

³⁷⁴ STATISTA. **Leading online companies ranked by revenue from 2017 to 2021**. Disponível em: <https://www.statista.com/statistics/277123/Internet-companies-revenue/>. Acesso em 19 nov. 2022.

³⁷⁵ CARVALHO, Lucas Borges. Soberania digital: legitimidade e eficácia da aplicação da lei na Internet. **Revista Brasileira de Direito**. Passo Fundo, vol. 14, n. 2, p. 213-235, Maio-Agosto, 2018. Disponível em: <https://seer.atitus.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/2183/1838>. Acesso em 01 fev. 2023.

³⁷⁶ SALIBA, Aziz Tuffi; BAHIA, Amael Notini Moreira. A jurisdição da ICANN: desafios atuais e perspectivas futuras. **Revista de Direito Internacional, Brasília**, v. 16, n. 2, p. 334-345, 2019. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/6143/pdf>. Acesso em 15 nov. 2022.

De fato, o liberalismo estadunidense não significa que o governo americano renuncie ao controle da informação. Ao contrário, como bem apontou Sofia de Vasconcelos Casimiro³⁷⁷, o interesse norte-americano está na livre circulação de dados em todos os Estados para que possam ser captados pelas grandes empresas tecnológicas, as quais, por sua vez, por estarem nos Estados Unidos, poderão ser então reguladas pelo governo daquele Estado conforme os seus próprios interesses.

O exemplo mais evidente, sem dúvidas, é o *USA Patriot Act*, assinado por George W. Bush logo após o 11 de setembro de 2001 e que, com o objetivo de prevenir atentados terroristas, passou a permitir ações de monitoramento e vigilância por aquele Estado quanto as comunicações feitas pela Internet. A *American Civil Liberties Union (ACLU)*³⁷⁸ verificou que entre 2003 e 2006, o FBI (*Federal Bureau of Investigation*) encaminhou às empresas de telecomunicação e instituições financeiras 192.499 *national security letters*. Este documento permitia, segundo o *USA Patriot Act*, que a agência de investigação solicitasse e obtivesse dados pessoais de investigados sem a necessidade de ordem judicial. No mesmo período, apenas uma pessoa foi condenada nos Estados Unidos por terrorismo, em uma condenação que, segundo a ACLU, teria ocorrido mesmo sem o mecanismo de acesso à informação estabelecido pelo *USA Patriot Act*, um forte indicativo de que a medida não estava sendo utilizada apenas na investigação de atos terroristas.

As revelações de Edward Snowden sobre a espionagem feita pela NSA (*National Security Agency*) aos servidores das grandes empresas de tecnologia nos Estados Unidos também evidenciaram as vantagens geopolíticas dos Estados Unidos sobre a Internet. Basicamente, Edward Snowden revelou que a agência de inteligência estadunidense interceptava os cabos submarinos localizados nos Estados Unidos e, com isto, conseguia acessar informações importantes trocadas via Internet a partir de servidores de empresas estadunidenses (como o *Google*, por exemplo)³⁷⁹.

³⁷⁷ CASIMIRO, Sofia de Vasconcelos. Novas guerras em novos campos de batalha: o RGPD europeu e as gigantes tecnológicas norte-americanas. In: WACHOWICZ, Marcos. **Proteção de Dados Pessoais em perspectiva: LGPD e RGPD na ótica do Direito Comparado**. Curitiba: Gedai, UFPR, 2020, p. 107. Disponível em: https://www.gedai.com.br/wp-content/uploads/2020/11/Protecao-de-dados-pessoais-em-perspectiva_ebook.pdf. Acesso em 14 nov. 2022.

³⁷⁸ ACLU. **Surveillance under the Patriot Act**. Disponível em: <https://www.aclu.org/issues/national-security/privacy-and-surveillance/surveillance-under-patriot-act>. Acesso em 21 nov. 2022.

³⁷⁹ THE NEW YORK TIMES, **The spying that changed Big Tech**. 16 de setembro de 2021. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2021/09/16/technology/snowden-spying-big-tech.html>. Acesso em 14 nov. 2022.

A descoberta avançou desenvolvimentos tecnológicos na área da criptografia³⁸⁰. Isto porque, tendo em vista que a comunicação via Internet acontece a partir de uma linguagem universal (o HTML), se as mensagens não forem criptografadas elas poderão ser lidas por qualquer pessoa que as interceptar. Na definição feita pelo próprio Edward Snowden, criptografar significa “colocar roupas” na comunicação, “de forma que não andem peladas por aí”³⁸¹. A criptografia, assim, é a transformação da mensagem legível (escrita em HTML, linguagem comum na Internet) em uma mensagem cifrada, que precisa ser decodificada para que possa ser compreendida. Para decodificá-la, é preciso ter a chave, basicamente o pedaço de informação que permite decifrar a mensagem.

Algumas plataformas – como o *WhatsApp* – funcionam com criptografia ponta a ponta, de modo que uma mensagem só é decodificada quando chega ao destinatário, não podendo ser interceptada e decifrada antes disto. Outras plataformas, porém, trabalham com a criptografia entre o usuário e o servidor, de modo que, uma vez recebida no servidor da plataforma, o dado torna-se acessível à finalidade que a plataforma desejar.

A centralidade ocupada pelas *big techs* na intermediação de comunicações feitas pela Internet explica o porquê de tais empresas disporem de enormes quantidades de dados de usuários no mundo todo: quando um brasileiro manda um e-mail para outro brasileiro utilizando de sua conta no *Gmail*, a comunicação realizada precisa passar pelos servidores do Google. Assim, grande parte dos dados que compõem a Internet trafegam pelo território estadunidense e são controlados por empresas que se sujeitam à jurisdição territorial dos Estados Unidos da América.

De toda sorte, os problemas que justificam uma maior intervenção regulatória na Internet – explorados no capítulo anterior – impulsionam os Estados do mundo todo a buscarem meios para disciplinar a rede mundial de computadores. Como bem destacam Jack Goldsmith e Tim Wu³⁸², os Estados têm utilizado uma série de técnicas regulatórias para controlar a Internet – mesmo fora de suas fronteiras nacionais. A própria Internet passou a reconhecer a

³⁸⁰ A importância estratégica da criptografia se disseminou com a Segunda Guerra Mundial, quando os países do Eixo e dos Aliados a utilizavam como forma de protegerem suas mensagens. O Colossus - a máquina criada pelo britânico Alan Turing para decifrar a criptografia nazista - é considerada um dos inventos mais importantes para o desenvolvimento da computação. (TECNOBLOG. **Quem inventou o computador?** Disponível em: <https://tecnoblog.net/responde/quem-inventou-o-computador/>. Acesso em: 16 nov. 2022).

³⁸¹ MARTON, Fábio. **Por que você devia se preocupar com a criptografia ponta-a-ponta? Edward Snowden explica.** Disponível em: <https://olhardigital.com.br/2021/10/22/seguranca/por-que-voce-devia-se-preocupar-com-criptografia-ponta-a-ponta-edward-snowden-explica/>. Acesso em: 16 nov. 2022.

³⁸² GOLDSMITH, Jack; WU, Tim. **Who Controls the Internet?** Illusions of Bordersless World. Nova Iorque: Oxford University Press, 2006, p. VIII.

importância da geografia³⁸³ e, na experiência atual dos usuários, o local de acesso é apenas um dos muitos dados utilizados para definição do conteúdo em configurações personalizadas.

A Internet está reconstruindo as fronteiras dos Estados, mas é preciso ter cautela para evitar que os custos desta mudança não sejam superiores aos seus benefícios.

3.4 A GEOLOCALIZAÇÃO E O SURGIMENTO DE FRONTEIRAS NA INTERNET

Atualmente, há diversas tecnologias que permitem localizar um usuário da Internet e, a partir disto, configurar as aplicações de forma personalizada. Qualquer usuário de *smartphone* já está familiarizado com isto. O GPS é hoje um item obrigatório nos celulares e certamente oferece uma das soluções tecnológicas de maior precisão. No entanto, o GPS demanda uma quantidade bastante grande de energia (sendo frequentemente um vilão para a bateria dos celulares)³⁸⁴. Por isto, a geolocalização do GPS ainda não substituiu em importância as tecnologias de geolocalização de endereços de IPs. Sua precisão é sensivelmente menor, mas geralmente satisfatória em boa parte dos casos para, ao menos, indicar o Estado no qual se encontra o usuário³⁸⁵.

Além do GPS e da geolocalização de IPs, há outras possibilidades para a identificação da localização do usuário. As plataformas podem coletar alguns dados do *smartphone* do usuário que fornecem pistas quanto a sua localização, tais como os dados de idioma selecionados pelo usuário e a referência ao fuso horário ao qual ele está atrelado; ainda, sempre será possível perguntar ao usuário qual é a sua localização³⁸⁶, podendo, se for o caso, solicitar alguma forma de confirmação (como um comprovante de endereço, por exemplo). Há, também, a possibilidade de se utilizar dos diferentes ccTLD para oferecer configurações personalizadas de acordo com o público-alvo de cada página (um domínio “.br” oferecendo informações personalizadas aos usuários brasileiros, enquanto um domínio “.uk” ofereceria configurações personalizadas ao Reino Unido). Naturalmente, tais soluções estão longe de ser infalíveis, mas podem servir como meios para abrir espaço a uma maior personalização do conteúdo a partir da localização e têm sido adotados na prática pelas grandes empresas do universo digital.

³⁸³ GOLDSMITH, Jack; WU, Tim. **Who Controls the Internet?** Illusions of Bordersless World. Nova Iorque: Oxford University Press, 2006, p. 49.

³⁸⁴ TECMUNDO. **Porque apps com GPS consomem tanta bateria? E como evitar?** Disponível em: <https://www.tecmundo.com.br/dispositivos-moveis/133341-apps-gps-consomem-tanta-bateria-evitar.htm>. Acesso em: 18 nov. 2022.

³⁸⁵ SVANTESSON, Dan Jerker B. **Private International Law and the Internet**. The Netherlands: Kluwer Law International BV, 2016, p. 624-625.

³⁸⁶ SVANTESSON, Dan Jerker B. **Private International Law and the Internet**. The Netherlands: Kluwer Law International BV, 2016, p. 644.

Segundo Dan Jerker Svantesson³⁸⁷, o número de operadores de serviços digitais que utiliza ferramentas de geolocalização é cada vez maior, sendo possível afirmar que a Internet já não funciona mais de forma independente da localização. De fato, sobre o uso da geolocalização, uma equipe de observadores independentes afirmou, em um relatório endereçado ao Conselho de Relações Externas dos Estados Unidos, que “a era da Internet global acabou³⁸⁸”.

A geolocalização serve à vários propósitos, muitos dos quais são puramente mercadológicos³⁸⁹. Não obstante, para além das soluções que proporciona ao mercado, a geolocalização também pode servir para dar uma resposta aos tradicionais problemas jurisdicionais da Internet, ao estabelecer o local do usuário como base jurisdicional e, a partir disto, oferecer aos usuários configurações personalizadas adequadas às exigências feitas por cada Estado³⁹⁰.

A geolocalização também tem sido vista como uma forma de impedir que decisões locais tenham efeitos globais sobre o conteúdo da Internet. De fato, desde as primeiras discussões sobre Internet e jurisdição, a geolocalização foi pensada como uma forma de modular os efeitos de uma decisão nacional, limitando o escopo de ordens domésticas a territórios predeterminados, no que Dan Jerker Svantesson denominou de “jurisdição para remediar”³⁹¹.

A discussão sobre o alcance da jurisdição para remediar foi central aos debates europeus sobre o direito ao esquecimento – que em contextos digitais envolve a desindexação, em plataformas de busca, de resultados atrelados ao nome de um indivíduo que contenham informações desatualizadas, excessivas, não pertinentes ou não mais pertinentes em razão do

³⁸⁷ SVANTESSON, Dan Jerker. Time for the Law to Take Internet Geolocation Technologies Seriously. **Journal of Private International Law**. December 2012. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/263346552_Time_for_the_Law_to_Take_Internet_Geolocation_Technologies_Seriously/link/5ba5819445851574f7dd1c09/download. Acesso em 15 nov. 2022, p. 474.

³⁸⁸ COUNCIL ON FOREIGN RELATIONS. **Confronting Reality in Cyberspace: Foreign Policy for a Fragmented Internet**. Independent Task Force Report No. 80. Disponível em: <https://www.cfr.org/report/confronting-reality-in-cyberspace/introduction>. Acesso em 25 out. 2022.

³⁸⁹ O idioma em que um site será exibido pode ser definido de acordo com a localização do usuário, lhe oferecendo assim uma melhor experiência de navegação. Serviços de *streaming* podem incluir ou destacar em seu catálogo músicas ou filmes de sucesso regional. O sucesso do Tinder, por exemplo, é baseado sobretudo no uso da geolocalização para aproximar pessoas que estão fisicamente próximas e que podem ter interesse em uma aventura amorosa. Ademais, o transporte por aplicativos – como o Uber – só foi viabilizado pela existência e ampla disseminação das tecnologias de geolocalização, que permite conectar motoristas e passageiros em tempo real.

³⁹⁰ Plataformas como a Netflix, Amazon Prime Video e YouTube, por exemplo, utilizam-se da geolocalização para definição do conteúdo que disponibilizam aos usuários, tendo em vista as diferentes exigências de direitos autorais existentes nos países, bem como à possibilidade de terem licenciado certos materiais para exibição apenas em jurisdições específicas. (BRADFORD, Anu. **The Brussels Effect: How the European Union rules the world**. New York: Oxford University Press, 2020, p. 275).

³⁹¹ SVANTESSON, Dan Jerker B. **Private International Law and the Internet**. The Netherlands: Kluwer Law International BV, 2016, p. 53.

tempo ocorrido desde a ocorrência dos fatos³⁹². A disputa pioneira envolveu um cidadão espanhol, que solicitou, em 2010, à Agência Espanhola de Proteção de Dados, a desindexação de determinados resultados ligados ao seu nome do mecanismo de buscas³⁹³. O argumento era o de que as publicações não tinham mais interesse público, mas a perpetuação da exposição do conteúdo violava seu direito à privacidade e a proteção dos dados pessoais. A autarquia concordou com os argumentos do espanhol e determinou que a plataforma retirasse estas menções do resultado de pesquisas feitas utilizando o seu nome no buscador. A base legal da decisão foi a Diretiva 95/46 de 24 de outubro de 1995 da União Europeia, que era, à época, o documento que regulava a proteção de dados pessoais no bloco europeu³⁹⁴.

Insatisfeita com a decisão da autarquia espanhola, o *Google* foi ao TJUE reclamar o que considerou uma afronta à liberdade de expressão. Para escapar da decisão, contudo, ancorou-se no debate sobre o alcance espacial da normativa europeia. A Diretiva acima mencionada estabelecia, em seu Artigo 4º a obrigatoriedade de sua aplicação pelos Estados Membros sempre que o tratamento de dados fosse efetuado no contexto das atividades de um estabelecimento situado no território do respectivo Estado³⁹⁵. A empresa do *Google* com sede na Espanha (a *Google Spain*) alegava que não exercia qualquer controle sobre o buscador eletrônico, atuando apenas como uma vendedora de anúncios. Por isto, afirmava não ter poder para retirar o conteúdo e cumprir a ordem da autarquia espanhola. A empresa americana que

³⁹² KOEKKOEK, Marieke. **Internet and jurisdiction after Google Spain**: the extraterritorial reach of the 'right to be delisted'. *International Data Privacy Law*, 2015. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/275227288_Internet_and_jurisdiction_after_Google_Spain_the_extraterritorial_reach_of_the_'right_to_be_delisted. Acesso em 12 set. 2021.

³⁹³ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. ACÓRDAO NO PROCESSO C-131/12. **Google Spain SL. Google INC. contra Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) e Mario Costeja González**. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:62012CJ0131&from=en>. Acesso em 29 ago. 2021.

³⁹⁴ Em 2018, a Diretiva 95/46 foi substituída pelo Regulamento Geral de Proteção de Dados Europeu (Regulamento 2016/679).

³⁹⁵ Artigo 4º - Direito nacional aplicável: 1. Cada Estado-membro aplicará as suas disposições nacionais adoptadas por força da presente directiva ao tratamento de dados pessoais quando: a) O tratamento for efectuado no contexto das actividades de um estabelecimento do responsável pelo tratamento situado no território desse Estado-membro; se o mesmo responsável pelo tratamento estiver estabelecido no território de vários Estados-membros, deverá tomar as medidas necessárias para garantir que cada um desses estabelecimentos cumpra as obrigações estabelecidas no direito nacional que lhe for aplicável; b) O responsável pelo tratamento não estiver estabelecido no território do Estado-membro, mas num local onde a sua legislação nacional seja aplicável por força do direito internacional público; c) O responsável pelo tratamento não estiver estabelecido no território da Comunidade e recorrer, para tratamento de dados pessoais, a meios, automatizados ou não, situados no território desse Estado-membro, salvo se esses meios só forem utilizados para trânsito no território da Comunidade. 2. No caso referido na alínea c) do nº 1, o responsável pelo tratamento deve designar um representante estabelecido no território desse Estado-membro, sem prejuízo das acções que possam vir a ser intentadas contra o próprio responsável pelo tratamento. (UNIÃO EUROPEIA. **Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho**, de 24 de Outubro de 1995, relativa à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados. *Jornal Oficial nº L 281 de 23/11/1995 p. 0031 – 0050*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:31995L0046&from=PT> Acesso em 12 set. 2021).

controlava o mecanismo de busca (a *Google Inc*), por sua vez, afirmava não estar obrigada a observar as normas europeias de proteção de dados pessoais, uma vez que seu estabelecimento estava situado nos Estados Unidos da América³⁹⁶.

O tribunal europeu, contudo, entendeu que a *Google Spain* poderia ser considerada um estabelecimento da *Google Inc* e que as atividades das duas empresas estavam intrinsicamente conectadas, razão pela qual a obrigação de seguir a Diretiva imperaria. A decisão foi precursora de uma série de outras decisões no mesmo sentido no âmbito do bloco europeu, e tornou-se célebre não só pelo seu aspecto material (no qual o direito ao esquecimento foi reconhecido e, dele, derivou-se o direito a desindexação em plataformas de busca), mas também pelo reconhecimento da possibilidade de se exigir o respeito às leis domésticas por meio da responsabilização das subsidiárias locais pelo cumprimento de obrigações da matriz – uma das formas que têm sido utilizada por empresas do mundo todo para forçar o cumprimento de decisões locais por empresas multinacionais³⁹⁷.

Apesar do TJUE ter encontrado um meio para contornar a limitação ao alcance espacial da Diretiva pela responsabilização da subsidiária local do *Google*, quando a empresa americana cumpriu a ordem, desindexou o conteúdo apenas para as versões europeias do *site*, sendo que as páginas desindexadas continuaram sendo exibidas ao realizar a busca na versão “.com”. Na ocasião, nenhuma medida foi adotada para impedir que usuários europeus acessassem o *site* internacional. Ao contrário, o Google passou a inserir um aviso nas páginas europeias da plataforma, de modo que sempre que alguém buscasse por um nome nas versões europeias *site*, veria a seguinte mensagem: “Alguns resultados podem ter sido removidos em razão das normas de proteção de dados europeias”³⁹⁸.

A mensagem aparecia em todas as buscas por nomes próprios de pessoas físicas, independentemente de a pessoa em questão ter solicitado ou não a remoção de um conteúdo atrelado ao seu nome da página de buscas na Internet. De toda sorte, o aviso servia como um lembrete ao usuário de que, se desejasse acessar os resultados completos, bastaria ingressar na página do “*Google.com*” (ao invés da “*Google.sp*”, por exemplo).

³⁹⁶ JAASKINEN, Niilo; WARD, Angela. **The External Reach of EU Private Law in the Light of L’Oreal versus eBay and Google and Google Spain**. In: CREMONA, Marise; MICKLITZ, Hans W. Private Law in the External Relations of the EU. New York: Oxford University Press: 2016, p.141.

³⁹⁷ Sobre isto, ver item 4.2.3 infra.

³⁹⁸ “Some results may have been removed under data protection law in Europe”. ALSENOY, Brendan Van; KOEKKOEK, Marieke. **Internet and jurisdiction after Google Spain: the extraterritorial reach of the ‘right to be delisted’**. International Data Privacy Law, 2015. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/275227288_Internet_and_jurisdiction_after_Google_Spain_the_extraterritorial_reach_of_the_'right_to_be_delisted'. Acesso em 12 set. 2021.

Em caso semelhante julgado no Canadá (*Google Inc v. Equustek Solutions Inc*) - no qual se discutiu a desindexação do mecanismo de busca do Google dos *sites* de uma empresa que violava a propriedade intelectual de outra – a Corte da Columbia Britânica expressamente endereçou a dificuldade para garantir os efeitos da decisão, ao afirmar que:

Embora o *Google* tenha um site para cada Estado onde as buscas podem ser feitas de acordo com as preferências de cada Estado, os usuários podem escapar destas preferências acessando o site de outros Estados. Por exemplo, se o site dos réus for bloqueado das buscas conduzidas por meio do mecanismo www.google.ca, os usuários canadenses podem ir ao www.google.uk ou www.google.fr e obter resultados que incluem o site dos réus³⁹⁹.

Em 2017, a *Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés* (CNIL), entidade responsável pela proteção de dados pessoais na França, determinou ao Google que removesse determinados conteúdos de pesquisas associadas aos nomes de cidadãos franceses que apresentaram a solicitação de remoção ao órgão, invocando o direito ao esquecimento⁴⁰⁰. Enquanto a empresa defendia que a desindexação deveria ocorrer apenas nos *sites* europeus, a CNIL impôs sua aplicação a todas as extensões do *Google*, argumentando que apenas assim haveria uma proteção efetiva e completa à privacidade das pessoas. A controvérsia entre as partes também foi levada ao TJUE, que decidiu em favor do *Google* e contra o alcance extraterritorial da ordem de remoção de conteúdo francesa, mas demandando a adoção de mecanismos mais sofisticados de geolocalização.

O TJUE reconheceu que retirada do conteúdo apenas dos *sites* com ccTLD europeus era insuficiente, mas estabeleceu que a retirada do conteúdo deveria se restringir as pesquisas feitas pelo público europeu, demandando que o bloqueio geográfico fosse realizado a partir do endereço de IP do usuário, independentemente do nome de domínio usado pelo internauta. A técnica, mais robusta em termos tecnológicos do que apenas a personalização a partir do ccTLD dos *sites* de busca, ainda permitiria que usuários europeus acessassem o conteúdo, já que a identificação de endereços de IPs não é infalível. Os usuários também podem tornar seus

³⁹⁹ “Further, although Google has a website for each country to which searches made within that country default, users can override that default and access other country’s Google websites. For example, even if the defendants’ websites were blocked from searches conducted through www.google.ca, Canadian users can go to www.google.co.uk or www.google.fr and obtain results including the defendants’ websites”. (Tradução livre de: SUPREME COURT OF BRITISH COLUMBIA. *Equustek Solutions Inc. v. Jack*, 2014 BCSC 1063. Disponível em: <https://www.canlii.org/en/bc/bcsc/doc/2014/2014bcsc1063/2014bcsc1063.html>. Acesso em: 05 mar. 2022).

⁴⁰⁰ Atualmente, o direito está codificado no artigo 17 do Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia, sendo mais adequadamente referido como “direito à desindexação”. (GLOBOCNIK, Jure. The right to be forgotten is taking shape: CJEU Judgements in *GC and Others (C-136/17)* and *Google v. CNIL (C-507/17)*. **GRUR International**, 69 (4), 2020, 380-388. Disponível em: <https://academic.oup.com/grurint/article/69/4/380/5732807>. Acesso em: 12 set. 2021, p. 381).

endereços de IPs ocultos a partir do emprego de meios tecnológicos relativamente simples como os serviços de roteamento de conexão (como *asvirtual private networks* - VPNs⁴⁰¹). Não obstante, o Tribunal considerou que era necessário restringir o alcance territorial da decisão, conforme segue:

Se uma autoridade na União pudesse ordenar uma supressão de referências à escala mundial, estaria a enviar-se um sinal desastroso aos Estados terceiros, os quais poderiam também ordenar uma supressão de referências ao abrigo das suas próprias leis. Imaginemos que, por qualquer razão, Estados terceiros interpretam alguns dos seus direitos num sentido que impede as pessoas situadas num Estado-Membro da União de aceder a uma informação procurada. Existiria um risco real de nivelamento por baixo, em detrimento da liberdade de expressão, à escala europeia e mundial⁴⁰².

Apesar da preocupação manifestada pelo TJUE, o que se nota é que a fragilidade dos mecanismos simples de geolocalização impulsiona os governos a demandar das empresas a adoção de medidas mais complexas (que podem também ser mais custosas). Em última instância, as brechas da geolocalização podem desestimular a autocontenção dos decisores que, diante da ineficácia da restrição local, podem optar por solicitar a remoção global dos conteúdos.

Foi o que aconteceu, recentemente, no Brasil, no âmbito do Inquérito 4.781 DF (Inquérito das *fake news*). O Ministro do STF Alexandre de Moraes determinou o bloqueio de contas do *Twitter* e do *Facebook* de usuários aliados ao ex-presidente Jair Bolsonaro, que disseminavam notícias falsas. Ao cumprir a ordem, em um primeiro momento, as empresas permitiram que os perfis continuassem sendo acessados por meio de endereços IP de fora do Brasil e/ou por aqueles que tivessem em suas configurações pessoais um endereço no exterior.

Contudo, instruídos por aliados do ex-presidente, alguns usuários brasileiros alteraram deliberadamente o Estado em suas contas de usuários. Outros, conseguiam burlar o bloqueio pelo uso de VPNs. Isto motivou nova decisão do Ministro, a qual, baseou-se em laudo pericial que, em trecho transcrito na decisão, sustentou que:

⁴⁰¹ VPN ou Virtual Private Network, é uma rede de comunicações privada construída sobre uma rede de comunicações pública (CIPOLI, Pedro. **O que é VPN?** Disponível em: <https://canaltech.com.br/Internet/o-que-e-VPN-23748/>. Acesso em 18 dez. 2021).

⁴⁰² TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. **Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) vs. Google.** Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:62017CC0507&from=en>. Acesso em 03 nov. 2022.

Conforme detalhado nos itens 3 e 4 deste relatório, as redes sociais Twitter e Facebook bloquearam apenas parcialmente o acesso aos perfis determinados na ordem judicial descrita no item 2. As redes sociais Twitter e Facebook continuam permitindo que os perfis sejam acessados por meio de endereços IP de fora do Brasil, ou seja, permitindo que sejam acessados normalmente a partir de outros Estados. Isto possibilita que usuários do Brasil utilizem serviços de roteamento de conexão, como VPNs, contornando este tipo de bloqueio e acessando os perfis em território nacional, como se estivessem em outros Estados. No caso da rede social Twitter, o bloqueio dos perfis no Brasil foi efetuado de forma ineficaz. O Twitter continua permitindo que os perfis sejam acessados por meio de endereços IP do Brasil, desde que o nome do Estado configurado na conta do usuário seja diferente de “Brasil”, por exemplo, “Estados Unidos”. Por isto, qualquer pessoa pode efetuar uma alteração simples em seu perfil do Twitter e continuar acessando livremente os perfis que deveriam estar bloqueados, conforme apresentado no item 3, demonstrando que o bloqueio foi ineficaz. Portanto, para atender corretamente a ordem judicial, as redes sociais Twitter e Facebook deveriam bloquear o acesso aos perfis por meio de qualquer endereço IP⁴⁰³.

Diante das conclusões periciais acima expostas, o Ministro Alexandre de Moraes determinou que as contas fossem banidas globalmente, impedindo acesso as postagens por qualquer IP, no Brasil ou fora dele⁴⁰⁴. Na página de transparência da empresa Meta, consta a informação de que, por ordem do STF, a empresa realizou a remoção de vinte e um itens de modo global em 2021, mas que se opõe veementemente a decisões judiciais com efeitos extraterritoriais e que aguarda o julgamento dos recursos que impetrou pelo plenário do STF para derrubar a decisão⁴⁰⁵.

Sem entrar no mérito das razões que levaram à decisão do Ministro Alexandre de Moraes, é fato que uma decisão judicial brasileira afetou a Internet do restante do mundo. Ela se torna, assim, um bom exemplo das dificuldades para conciliar a Internet, ainda hoje, com o caráter territorialmente limitado do exercício jurisdicional dos Estados. Conforme bem sustentou Lucas Borges de Carvalho⁴⁰⁶, “embora possam parecer necessárias em um caso concreto, medidas extremas podem criar precedentes perigosos, incentivando uma corrida jurídica rumo aos mais baixos e frágeis parâmetros jurídicos”.

⁴⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **INQUÉRITO 4.781 – DISTRITO FEDERAL**. RELATOR MIN. ALEXANDRE DE MORAES. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/decisao-alexandre-moraes-twitter.pdf>. Acesso em 29 ago. 2021.

⁴⁰⁴ “O cumprimento PARCIAL da ordem de bloqueio das contas e, conseqüentemente, da visualização das mensagens, acarreta a imposição da multa determinada. Diante desse fato, intimem-se novamente as empresas TWITTER e FACEBOOK para que cumpram INTEGRALMENTE a decisão de 26/5/2020, reiterada em 22/7/2020, independentemente do acesso a essas postagens se dar por qualquer meio ou qualquer IP, seja do Brasil ou fora dele (nos termos da conclusão do laudo pericial acima transcrita)” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **INQUÉRITO 4.781 – DISTRITO FEDERAL**. RELATOR MIN. ALEXANDRE DE MORAES. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/decisao-alexandre-moraes-twitter.pdf>. Acesso em 29 ago. 2021.).

⁴⁰⁵ META. **Restrições Globais** – Transparency Center. Disponível em: <https://transparency.fb.com/data/content-restrictions/global/>. Acesso em 02 nov. 2022.

⁴⁰⁶ CARVALHO, Lucas Borges. Soberania digital: legitimidade e eficácia da aplicação da lei na Internet. **Revista Brasileira de Direito**. Passo Fundo, vol. 14, n. 2, p. 213-235, Maio-Agosto, 2018. Disponível em: <https://seer.atitus.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/2183/1838>. Acesso em 01 fev. 2023, p. 231.

A decisão brasileira, de fato, foi na contramão das recomendações mais frequentes quanto às ordens de remoção de conteúdo. No guia elaborado pela *Internet & Jurisdiction* acerca da moderação de conteúdo, a entidade defendeu que, exceto quando houver convergência internacional quanto a necessidade de proibição de um determinado conteúdo – ex. abuso infantil – as solicitações locais de remoção de conteúdo devem ser atendidas a partir do estabelecimento de restrições locais, utilizando a geolocalização⁴⁰⁷.

O uso das tecnologias de geolocalização, assim, tem sido visto como uma forma de ordenar as relações jurídicas virtuais replicando as fronteiras do mundo real⁴⁰⁸. Não obstante, há alguns riscos significativos na utilização indiscriminada das ferramentas, os quais precisam ser sopesados antes de se tomar a geolocalização como a panaceia para as dificuldades regulatórias oriundas do ambiente digital.

3.5 A BALCANIZAÇÃO DA INTERNET

O principal e mais relevante risco associado ao uso de tecnologias de geolocalização é a fragmentação da Internet. Esta fragmentação também tem sido chamada de balcanização – em uma analogia à fragmentação política dos Estados do Sul da Europa⁴⁰⁹. Em última instância, a fragmentação poderia até mesmo inviabilizar o funcionamento global da Internet, ao gerar versões da Internet nacionais que, de tão diferentes, podem perder a capacidade de comunicar-se entre si. A rede mundial de computadores deixaria de ser uma única Internet global para se converter em várias “Intranets”⁴¹⁰, uma para cada Estado.

Já há alguns exemplos disto em Estados pouco avessos a ideia de que seus cidadãos façam parte de debates públicos globais. O governo teocrático do Irã, por exemplo, criou a “Internet *Halal*”, uma espécie de Intranet que só contém conteúdo legítimo aos olhos da República Islâmica. Além do Irã, Cuba, Myanmar e Coreia do Norte também são Estados que implementam um rigoroso bloqueio geográfico do que é permitido na Internet de seus

⁴⁰⁷ Internet & Jurisdiction Policy Network. **Toolkit Cross-border Content Moderation** (2021). Disponível em: <https://www.Internetjurisdiction.net/uploads/pdfs/Internet-Jurisdiction-Policy-Network-21-104-Toolkit-Cross-border-Content-Moderation-2021.pdf>. Acesso em 20 nov. 2022.

⁴⁰⁸ GOLDSMITH, Jack; WU, Tim. **Who Controls the Internet?** Illusions of Bordersless World. Nova Iorque: Oxford University Press, 2006, p. VIII.

⁴⁰⁹ ANTUNES, Laila Damascena; ROSA, Matheus; VILELA, Pedro. **Jurisdição e Internet:** Estudo sobre mecanismos de bloqueio e fragmentação da rede. Instituto de Referência em Internet e Sociedade: Belo Horizonte, 2017. Disponível em: <http://bit.ly/2PjUqYT>. Acesso em: 27 nov. 2022.

⁴¹⁰ Intranet é uma rede privada controlada por uma organização. São comuns em ambientes de trabalho e universidades, e permitem que o conteúdo disponível seja estabelecido pelos gerenciadores. ANTUNES, Laila Damascena; ROSA, Matheus; VILELA, Pedro. **Jurisdição e Internet:** Estudo sobre mecanismos de bloqueio e fragmentação da rede. Instituto de Referência em Internet e Sociedade: Belo Horizonte, 2017. Disponível em: <http://bit.ly/2PjUqYT>. Acesso em: 27 nov. 2022.

Estados⁴¹¹. No caso da Coreia do Norte, uma reportagem da BBC de 2016 revelou que seriam apenas 28 sites de acesso permitido, incluindo sites de receitas coreanas, filmes, informações turísticas e notícias, naturalmente, elogiosas ao governo⁴¹².

O exemplo mais notório, evidentemente, é o da China. São diversas as restrições que o Partido Comunista Chinês impõe sobre o funcionamento da Internet e os mecanismos de bloqueio empregados pelo governo chinês são chamados de “*The Great Firewall of China*”, em uma alusão à muralha chinesa⁴¹³. A muralha chinesa sobre a Internet funciona a partir de uma combinação de diferentes métodos que policiam tanto usuários quanto ISPs e CSPs visando filtrar os conteúdos que podem ser exibidos no Estado, o que é feito com o objetivo de controlar conteúdo em favor do governo, mas também como protecionismo para favorecer empresas chinesas de tecnologia.

Há uma grande lista de conteúdos vetados pela Internet chinesa. Pode-se usar de um exemplo real que mais parece anedótico para visualizar a extensão dos bloqueios. Em 2017, o governo chinês decidiu barrar imagens de um suposto algoz do governo: o ursinho Pooh. O motivo da proibição do aparentemente inofensivo ursinho era sua semelhança física com o presidente chinês, Xi Jinping, e a utilização da imagem de forma jocosa em memes e protestos⁴¹⁴.

Observa-se que a China é um Estado com grande poder de mercado, o que permite que algumas empresas façam grandes concessões para acessarem o mercado local. Sobre isto, Jack Goldsmith e Tim Wu⁴¹⁵ chamam a atenção sobre a mudança de postura do *Yahoo!*, que protagonizou a primeira grande disputa sobre as diferentes visões dos Estados quanto à liberdade de expressão na Internet posicionando-se como um forte defensor desta liberdade, como se verá no próximo capítulo⁴¹⁶. A empresa, contudo, movida pelo desejo de acessar mercados na China, aceitou ajustar sua plataforma ao conteúdo permitido por aquele governo.

⁴¹¹ ANTUNES, Laila Damascena; ROSA, Matheus; VILELA, Pedro. **Jurisdição e Internet**: Estudo sobre mecanismos de bloqueio e fragmentação da rede. Instituto de Referência em Internet e Sociedade: Belo Horizonte, 2017. Disponível em: <http://bit.ly/2PjUqYT>. Acesso em: 27 nov. 2022, p. 9.

⁴¹² BBC NEWS. **What the North Korean Internet really looks like**. Disponível em: <https://www.bbc.com/news/world-asia-37426725>. Acesso em: 27 nov. 2022.

⁴¹³ GRIFFITHS, James. **The Great Firewall of China**: How to build and Control an Alternative Version of The Internet. London: Zed Book Ltd, 2019.

⁴¹⁴ BBC, **Por que a China barrou o Ursinho Pooh nas redes sociais**. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-40631815>. Acesso em 26 nov. 2022.

⁴¹⁵ GOLDSMITH, Jack; WU, Tim. **Who Controls the Internet?** Illusions of Bordersless World. Nova Iorque: Oxford University Press, 2006, p. VIII.

⁴¹⁶ Ver capítulo 4.

Mais recentemente, o *Yahoo!* retirou-se do Estado, alegando um endurecimento ainda maior das regras do jogo para o mercado digital⁴¹⁷.

Ocorre que, na atualidade, a China já tem suas próprias empresas digitais, que conseguiram se desenvolver também porque algumas das medidas de bloqueio chinesas não eram pautadas apenas em razões políticas e tinham objetivos econômicos protecionistas. A China criou uma série de barreiras de acesso às empresas americanas, ao mesmo tempo em que favoreceu o surgimento de empresas chinesas no segmento da tecnologia, algumas das quais começam a atuar globalmente. Um exemplo é o *TikTok*, comandado pela *ByteDance* e que é hoje um grande sucesso entre o público jovem brasileiro. A plataforma, como se mencionou no capítulo anterior, é vista atualmente como a principal ameaça ao monopólio da *Meta* no segmento das redes sociais⁴¹⁸.

Retomando a análise dos custos da utilização de mecanismos de geolocalização, vale destacar que alguns dos principais modelos de negócios virtuais são baseados especificamente na existência de uma grande base internacional de usuários e na possibilidade de disseminação livre de informação – como é o caso do *Twitter*, das redes sociais gerenciadas pelo *Facebook*, da *Wikipedia* e de sites de avaliação como o *TripAdvisor*⁴¹⁹. A fragmentação nacional, neste caso, poderia prejudicar a essência do funcionamento destas plataformas.

Outra questão a ser considerada é o fato de que as exigências de geolocalização demandam uma sofisticação tecnológica que pode erguer barreiras de entrada ao mercado digital, ao demandarem investimentos significativos, muitas vezes acessíveis apenas a grandes empresas já bem estabelecidas globalmente⁴²⁰. De fato, não só a tecnologia em si é uma barreira de entrada, mas a necessidade de oferecer conteúdo filtrado de acordo com as exigências de cada jurisdição, para cada usuário, também gera custos expressivos, tanto de mapeamento das diferentes legislações como de personalização do conteúdo.

A possibilidade de as tecnologias falharem e de isto trazer riscos de uma responsabilização judicial às empresas é também uma questão importante, ponderada pela

⁴¹⁷ VALINSKI, Jordan. **Yahoo encerra operações na China em meio a desafios para setor privado**. 02 de novembro de 2021. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/business/yahoo-encerra-operacoes-na-china-em-meio-a-desafios-para-setor-privado/>. Acesso em 24 out. 2022.

⁴¹⁸ Ver item 2.3.1 *supra*.

⁴¹⁹ LUTZI, Tobias. Internet Cases in EU Private International Law – Developing a Coherent Approach. **International & Comparative Law Quarterly**. Volume 66, Issue 3. Cambridge University Press. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/journals/international-and-comparative-law-quarterly/article/abs/Internet-cases-in-eu-private-international-lawdeveloping-a-coherent-approach/D0A2620AFC178147DCBFB7CCA394FC2D>. Acesso em 09 jan. 2022.

⁴²⁰ CHAPELLE, Bertrand; FEHLINGER, Paul. **Jurisdiction on the Internet: From Legal arms race to transnational cooperation**. Internet & Jurisdiction Paper. April 2016. Disponível em: <https://www.Internetjurisdiction.net/uploads/pdfs/Papers/IJ-Paper-Jurisdiction-on-the-Internet.pdf>. Acesso em 02 nov. 2022, p. 15.

empresa na assunção dos riscos relacionados às suas atividades. Até mesmo grandes empresas tiveram dificuldades para segregar usuários europeus de usuários não europeus para delimitarem o alcance do Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento e do Conselho, de 27 de abril de 2016, denominado de Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD), e acabaram optando por ajustar suas políticas de privacidade internas globais ao regulamento, dotando-o de alcance global – prática que pode não resultar apenas na disseminação de boas práticas, mas também de outras iniciativas restritivas de governos com menor tradição democrática, como se verá adiante⁴²¹. A geolocalização também pode ser usada pelas empresas para propósitos que contrariam as expectativas dos governos. Na União Europeia, por exemplo, empresas de aluguel de veículos utilizavam da tecnologia para manipular preços, discriminando os valores pagos por consumidores a depender do local em que residiam – o que é contrário às diretrizes do mercado comum europeu⁴²². A proliferação de tais tecnologias, incentivada pelos Estados, pode gerar situações como esta, sobre as quais os Estados, posteriormente, não terão controle.

Assim, a geolocalização, ao invés de resolver as contradições entre uma Internet global e um Direito local, potencializa a importância desta contradição. A este respeito Uta Kohl⁴²³ afirma que há uma escolha a ser feita no que diz respeito às diferentes leituras do Direito e da Internet quanto aos limites geográficos: ou o Direito se torna mais global, ou a Internet será menos global. Os dois caminhos geram custos e demandam que se escolha o que deve ser mais valorizado: as peculiaridades normativas nacionais, que refletem escolhas morais e políticas locais, ou a abertura de uma Internet global para o livre influxo de informação.

Esta tese sugere, contudo, ser possível chegar a um meio-termo, como se verá adiante⁴²⁴. Não obstante, compartilha-se da observação feita pela Internet Society: “a globalização é uma característica da Internet, não um defeito, e os sistemas jurídicos de todo o mundo devem reconhecer, ao invés de tentar mudar, isto”⁴²⁵. Tem-se, assim, que os dispositivos de geolocalização podem ser complementos tecnológicos importantes a um bom ambiente institucional, mas é preciso que os Estados aprendam a lidar com a natureza transfronteiriça da Internet e entendam a importância da cooperação quando o assunto é Internet e jurisdição.

⁴²¹ Ver tópicos 4.3.2 e 5.1.

⁴²² SVANTESSON, Dan Jerker B. **Private International Law and the Internet**. The Netherlands: Kluwer Law International BV, 2016, p. 616.

⁴²³ KOHL, Uta. **Jurisdiction and the Internet. Regulatory Competence over Online Activity**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, p. 30.

⁴²⁴ Sugere-se que as ferramentas de coordenação do DIPRI podem representar a solução intermediária. Neste sentido, ver Capítulo 6.

⁴²⁵ INTERNET SOCIETY, **The Internet and extra-territorial effects of laws**. Disponível em: <https://www.Internetsociety.org/wp-content/uploads/2018/10/The-Internet-and-extra-territorial-application-of-laws.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2022, p. 1.

4 OS RESULTADOS TRÁGICOS DA FALTA DE COOPERAÇÃO INTERNACIONAL NA REGULAÇÃO DA INTERNET

“É muito difícil fazer negócios se você precisa acordar a cada dia e dizer

‘OK, qual lei eu preciso seguir?’.

Há muitos Estados e muitas leis, e apenas uma Internet”⁴²⁶.

(Heather Killen, ex-vice-presidente do Yahoo!)

A frase que inicia este capítulo foi proferida pelo então vice-presidente da empresa estadunidense Yahoo!, no ano 2000. Na ocasião, a empresa, incorporada sob as leis de Delaware e com sede em Santa Clara, na Califórnia, protagonizava, na França, uma das primeiras e mais emblemáticas disputas judiciais nas quais as dificuldades para definição dos limites jurisdicionais dos Estados soberanos foram enfrentadas.

Naquela época, o Yahoo! oferecia (entre diversos outros serviços) uma plataforma de leilões *online*, na qual usuários podiam anunciar produtos para ofertas de compra por outros usuários, por um determinado tempo, efetivando a venda para quem se dispusesse a pagar o maior preço ao final do período anunciado. Ocorre que alguns usuários começam a utilizar-se da página para oferecer objetos nazistas, como uniformes e itens de propaganda produzidos durante a Segunda Guerra Mundial⁴²⁷. A comercialização destes produtos é estritamente proibida em alguns Estados da Europa e a prática é considerada crime à luz do Direito francês. Por isto, as entidades LICRA (*Ligue Contre Le Racisme Et L’Antisemitisme*) e a UEJF (*Union des Etudiants Juifs de France*), que combatem o racismo e o antissemitismo no Estado, pediram à justiça francesa que ordenasse ao portal a remoção do conteúdo⁴²⁸.

⁴²⁶ Tradução livre, do original em inglês (“It is very difficult to do business if you have to wake up every day and say ‘OK, whose laws do I follow?’ . We have many countries and many laws and just one Internet.”) extraída de GOLDSMITH, Jack; WU, Tim. **Who Controls the Internet? Illusions of Bordersless World**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2006, p. 2.

⁴²⁷ Diversos trabalhos acadêmicos analisam o caso em questão. GREENBERG, Marc H. A return to Lilliput: The LICRA v. Yahoo! Case and the regulation of online content in the world market. **GGU Law Digital Commons**. Disponível em: <https://digitalcommons.law.ggu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1430&context=pubs>. Acesso em: 22 ago. 2021; MUIR WATT, Horatia. Yahoo! Cyber-collision of cultures: who regulates? **Michigan Journal of International Law**. Vol. 24. Iss. 3 (2003). Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/mjil/vol24/iss3/2/>. Acesso em: 12 ago. 2021; OKONIEWSKI, Elissa A. Yahoo!, Inc v. LICRA: The French Challenge to Free Expression on the Internet. **American University International Law Review**. Volume 18. Issue 1. Article 6. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/235401821.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2021. Também abordam o caso Goldsmith e Wu, Svantesson e Lessig, em obras aqui referenciadas.

⁴²⁸ GREENBERG, Marc H. A return to Lilliput: The LICRA v. Yahoo! Case and the regulation of online content in the world market. **GGU Law Digital Commons**. Disponível em: <https://digitalcommons.law.ggu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1430&context=pubs>. Acesso em 22 ago. 2021.

Os tribunais franceses atenderam ao pedido, determinando que a plataforma retirasse os anúncios do ar. O Yahoo!, entretanto, recusou-se a cumprir a ordem, questionando a competência das cortes francesas e ancorando-se na legislação dos Estados Unidos da América, Estado sede da empresa, onde a venda dos itens era protegida sob a rubrica da liberdade de expressão. A empresa chegou a obter uma decisão liminar perante o judiciário da Califórnia, que entendeu que a decisão francesa violava a Primeira Emenda da Constituição Americana, sendo impassível de reconhecimento e execução nos Estados Unidos⁴²⁹.

O caso, que se desdobrou em um intenso debate sobre os limites jurisdicionais dos Estados na Internet, foi pioneiro ao evidenciar as contradições entre a natureza transfronteiriça das redes digitais e o caráter territorialmente limitado do Direito. Ao movimentarem o Poder Judiciário dos dois Estados envolvidos, que deram soluções opostas à disputa, as Partes evidenciaram as diferenças de suas culturas jurídicas locais. Além disto, pela primeira vez, a possibilidade técnica de limitar o alcance de decisões judiciais por meio de dispositivos de geolocalização foi debatida nos tribunais⁴³⁰.

A demanda se encerrou quando o Yahoo! decidiu alterar os seus Termos de Serviço e proibir globalmente a comercialização de artefatos nazistas pelo site. Embora tenha afirmado que a decisão havia sido tomada em virtude dos valores da empresa – e não da decisão judicial francesa – isto causou muita polêmica nos Estados Unidos, onde a retirada do conteúdo foi interpretada como uma espécie de censura determinada pelo Poder Judiciário de outros Estados à liberdade de expressão americana.

Duas décadas após a discussão no caso Yahoo!, muitos dos questionamentos feitos à época permanecem sem uma resposta clara. Os fatos sociais que ensejam tais questionamentos, no entanto, são cada vez mais frequentes. Como afirmou Horatia Muir Watt⁴³¹, as relações jurídicas travadas na Internet podem levar à colisão de valores fundamentais aos Estados. O fato de o embate ter ocorrido entre dois Estados Ocidentais e democráticos apenas evidencia o potencial da Internet para colocar em xeque as diferenças existentes mesmo em sistemas

⁴²⁹ Mais tarde, a decisão californiana acabou sendo derrubada pela *Ninth Circuit Court of Appeals*, sob o argumento de que a Corte da Califórnia não teria jurisdição sobre as entidades francesas e não poderia discutir a questão antes mesmo da tentativa de promover uma execução nos Estados Unidos, iniciada pelas entidades. (SCHWABACH, Aaron. **Internet and the Law: Technology, Society and Compromises**. Santa Barbara, California: ABC-CLIO, 2014, p. 133).

⁴³⁰ GREENBERG, Marc H. A return to Lilliput: The LICRA v. Yahoo! Case and the regulation of online content in the world market. **GGU Law Digital Commons**. Disponível em: <https://digitalcommons.law.ggu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1430&context=pubs>. Acesso em: 22 ago. 2021; GOLDSMITH, Jack; WU, Tim. **Who Controls the Internet? Illusions of Borderless World**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2006, p. 8.

⁴³¹ MUIR WATT, Horatia. Yahoo! Cyber-collision of cultures: who regulates? **Michigan Journal of International Law**. Vol. 24. Iss. 3 (2003). Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/mjil/vol24/iss3/2/>. Acesso em 12 ago. 2021, p. 677.

relativamente homogêneos. Embora nenhum dos dois Estados menospreze o valor da liberdade de expressão, ambos divergiram quanto ao seu alcance e sobre como endereçar a situação na qual este direito colidia com outros, igualmente válidos e importantes⁴³².

As diferenças na compreensão dos limites à liberdade nas redes tornam-se ainda mais evidentes quando as diferenças culturais entre os Estados envolvidos são mais estridentes. O exemplo da muralha chinesa erguida sobre a Internet e narrada ao final do capítulo anterior é, sem dúvida, o mais evidente, mas há muitas outras situações nas quais os Estados podem divergir. A este respeito, Lessig afirmou:

Todos os Estados terão algo que desejam controlar [na Internet]. O que será alvo de controle, porém, será diferente em cada Estado. Os franceses desejaram regular discursos nazistas; os americanos irão buscar regular a pornografia; os alemães desejaram regular as duas coisas e os suecos nenhuma das duas⁴³³.

Conforme demonstrado no primeiro capítulo, as falhas de mercado e ameaças democráticas trazidas pelas ferramentas digitais justificam a necessidade de regulação pública da Internet, o que têm impulsionado países do mundo todo a editarem normas visando a disciplinar o funcionamento das redes. O segundo capítulo evidenciou que a repartição da jurisdição em torno de critérios territoriais tem sido tradicionalmente o meio pelo qual os Estados contemplam a pluralidade normativa e cultural existente no mundo. Inobstante, o funcionamento descentralizado da Internet e sua essência indiferente à geografia tornam constantes as externalidades regulatórias; isto é, quando uma norma emanada por um Estado afeta os demais. A pluralidade de Direitos domésticos confronta a ideia de uma unicidade da Internet global, e a saída da fragmentação da rede para refletir a repartição geográfica do mundo pode não ser a melhor solução.

Este capítulo se propõe a aprofundar a discussão sobre os problemas oriundos das diferenças nas soluções normativas domésticas, examinando sua terceira premissa: a de que as iniciativas nacionais de regulação da Internet pelos Estados soberanos são ineficientes e prejudicam o bem-estar global. O capítulo busca demonstrar que o cumprimento de diferentes exigências simultâneas pode comprometer negativamente o funcionamento da *web* e aborda as soluções descoordenadas, adotadas pelos Estados de maneira isolada e auto interessada para garantir respeito às suas normas domésticas. Na sequência, o trabalho evoca as metáforas

⁴³² LESSIG, Lawrence. **Code** – version 2.0. New York: Basic Books, 2006, p. 308.

⁴³³ “*Every nation will have something it wants to control. Those things, however, will be different, nation to nation. The French will want to regulate Nazi speech; the Americans will want to regulate porn; the Germans will want to regulate both; the Swedes will want to regulate neither*” (tradução livre). LESSIG, Lawrence. **Code** – version 2.0. New York: Basic Books, 2006, p. 295.

célebres de Garrett Hardin⁴³⁴ e Michael Heller⁴³⁵ sobre as tragédias dos comuns e dos anti-comuns, bastante empregada na discussão sobre direitos de propriedade na AED, para evidenciar as consequências da postura não-cooperativa dos Estados quanto à matéria.

4.1 OS CUSTOS DAS DIFERENÇAS NORMATIVAS

A economia capitalista demanda segurança e previsibilidade. Segundo as lições de Max Weber⁴³⁶, isto favoreceu o monopólio da produção normativa e regulatória nas mãos de uma única instituição coercitiva, fixando o dogma positivista da centralidade do Estado para o Direito. Pela imposição de regras racionais, a ordem jurídica capitalista deveria atender a duas funções fundamentais: garantir que os direitos de propriedade estejam claramente definidos e protegidos contra intrusões de terceiros e fornecer segurança para as transações que envolvam a transferência de propriedade⁴³⁷. Quanto maior o grau de segurança e previsibilidade de um sistema jurídico, maior o fluxo de relações econômicas passíveis de ocorrerem⁴³⁸. Assim, se a promoção do bem-estar global demanda a realização de investimentos inovadores, é preciso que o sistema jurídico impulse a confiança para se investir⁴³⁹.

A Internet, no entanto, ao mesmo tempo em que impulsiona à inovação, ajudou a acelerar o processo de globalização que desafia o paradigma positivista e, como já se mencionou, o monopólio da produção jurídica a partir do Estado⁴⁴⁰. O cenário em que as transações virtuais ocorrem é um cenário de pluralismo das fontes normativas e a possibilidade de contato com múltiplas ordens jurídicas simultaneamente - tanto privadas quanto públicas - que podem trazer soluções opostas na alocação de direitos, faz que tanto segurança para os direitos de propriedade quanto para as transações sejam comprometidas.

⁴³⁴ HARDIN, Garrett. The tragedy of commons. *Science*, Vol. 162. December 13th, 1968. Disponível em: <http://science.sciencemag.org/content/162/3859/1243>. Acesso em 01 mar. 2022.

⁴³⁵ HELLER, Michael. The tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets. *Harvard Law Review*, 111, no 3 (1998). Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1608&context=articles>. Acesso em 01 mar. 2022.

⁴³⁶ WEBER, Max. *Law in Economy and Society*. Cambridge: Harvard University Press, 1954, p. 39.

⁴³⁷ RUHL, Giesela. Methods and Approaches in Choice of Law: an economic perspective. *Berkeley Journal of International Law*, vol. 24, 2006, p. 802 Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=920999. Acesso em 22 ago. 2021.

⁴³⁸ FORGIONI, Paula. A interpretação dos negócios empresariais no Novo Código Civil Brasileiro. *Revista de Direito Mercantil*, n. 130, p. 7-38, abr./jun. 2003.

⁴³⁹ COOTER, Robert; SHAFER, Hans -Bern. *O nó de Salomão: como o Direito pode erradicar a pobreza das nações*. Tradução de Magnum Koury de Figueiro Eltz. Curitiba: CRV, 2017, p. 22.

⁴⁴⁰ Neste sentido, afirma Antonio Manuel Hespanha: “a mobilidade do mundo de hoje não daria aos processos estaduais de criação de direito tempo para acompanhar os ritmos das mudanças e da complexificação das sociedades, pelo que o direito do Estado estaria condenado a chegar sempre atrasado em relação aos estados de coisas a regular”. (HESPANHA, Antonio Manuel. *Pluralismo Jurídico e Direito Democrático*. São Paulo: Annablume, 201, p. 25).

Em verdade, é possível fazer uma analogia entre jurisdição e propriedade, conforme proposto por Joel Trachtman⁴⁴¹, na medida em que as duas noções são construções do Direito voltadas a estabelecer controle sobre certos ativos (bens, no caso da propriedade; pessoas, atividades e território, no caso da jurisdição). Assim, a falta de clareza na definição da alocação de jurisdição sobre a Internet pode trazer efeitos deletérios análogos à falta de clareza quanto a definição de direitos de propriedade, como se verá com mais detalhamento ao longo deste capítulo.

Dan Jerker Svantesson⁴⁴² chamou de “sistema jurídico contextual” o sistema de regras jurídicas de diferentes Estados que se aplicam às atividades exercidas por uma pessoa. Uma primeira dificuldade, segundo o autor, recai sobre a capacidade das empresas e indivíduos que operam na *web* conhecerem por completo seu sistema jurídico contextual, entendendo de antemão todas as normas que incidem às suas atividades *online*. Isso porque pode ser verdadeiramente impossível às empresas atuantes na economia digital se informarem de todas as obrigações legais incidentes sobre suas atividades. Barreiras linguísticas e culturais podem afetar a compreensão das leis e indivíduos e empresas podem estar sujeitos à aplicação de regras de países distantes, elaboradas sem a sua participação. Para ilustrar a problemática que demanda tal equacionamento, o autor utiliza-se de um exemplo trivial: a cotidiana atividade de postar um comentário em uma rede social (como o Facebook, por exemplo)⁴⁴³.

Embora a liberdade de expressão seja um princípio fundamental, não há dúvidas de que tal liberdade “implica em deveres e responsabilidades especiais”, conforme estabelece o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, podendo sofrer restrições previstas em lei para assegurar os direitos e a reputação das demais pessoas e/ou para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral pública⁴⁴⁴. Assim, de modo geral, os sistemas jurídicos aceitam que o conteúdo da postagem se sujeite a limitações legais. O problema surge ao se tentar identificar a quais limitações legais uma única postagem pode estar sujeita.

Naturalmente, o princípio da territorialidade ordenará que a pessoa que faz a postagem observe a lei do Estado no qual se encontra ao fazer a postagem. Caso esteja fora de seu Estado

⁴⁴¹ TRACHTMAN, Joel P. **Economic Analysis of Prescriptive Jurisdiction and Choice of Law**. (March 2001) Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=258183. Acesso em: 22 jan. 2022, p. 8.

⁴⁴² SVANTESSON, Dan Jerker B. **Internet & Jurisdição: Relatório de Status Global 2019**. Internet & Jurisdiction Policy Network publication, 2019. Disponível em: <https://www.Internetjurisdiction.net/uploads/pdfs/Portuguese-IJPN-Global-Status-Report-2019.pdf>. Acesso em 22 ago. 2021, p. 88.

⁴⁴³ SVANTESSON, Dan Jerker. The holy trinity of legal fictions undermining the application of law to the global Internet. **International Journal of Law and Information Technology**, June 2015. Disponível em: <http://ijlit.oxfordjournals.org/>. Acesso em 10 jul. 2022, p. 227.

⁴⁴⁴ Nestes termos estabelece o Artigo 19 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Político. BRASIL, **Decreto nº 592 de 06 de julho de 1992**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em 10 jul. 2022.

de residência habitual ou nacionalidade, a lei deste Estado também pode reclamar sua aplicação. Sendo o Facebook uma empresa estadunidense, a lei dos Estados Unidos poderá ser considerada aplicável. No entanto, muitas soluções normativas aos problemas jurisdicionais sustentam que o fato de uma informação estar disponível ou produzir efeitos em um dado local pode ser base suficiente para o exercício de jurisdição.

Ocorre, porém, que os efeitos onipresentes da comunicação pela Internet podem criar uma quantidade problematicamente grande de conexões em uma mesma situação⁴⁴⁵, ainda mais quando se afirma que o domicílio dos usuários da Internet pode ser o critério determinante para a atração jurisdicional. Retomando o exemplo da postagem no Facebook, parece razoável questionar a exigibilidade da obediência simultânea das possíveis limitações à expressão previstas na lei do país onde está cada pessoa que, com base nas configurações de privacidade do usuário que postou a mensagem, podem ter acesso ao comentário postado (ex. todos os amigos do autor da postagem no Facebook). Ainda, se um usuário postou a mensagem de modo público, isto o sujeitaria, potencialmente, à jurisdição do Estado de origem de todos os usuários do Facebook.

O exemplo ilustra que é perfeitamente possível que uma lei só se torne conhecida a um agente na Internet ao reclamar sua aplicação diante de uma infração – já que ao postar um conteúdo, o agente nem sempre poderá saber em que lugar a postagem irá repercutir. A inescusabilidade do desconhecimento da lei demandaria, neste caso, a obrigatoriedade de que qualquer pessoa conhecesse todas as leis do mundo antes de postar o que quer que seja na Internet.

Ainda que a obrigação de conhecer o Direito aplicável raramente seja invocada ao usuário, mas sim para solicitar às provedoras de conteúdo a remoção de mensagens, pode-se questionar se a mera acessibilidade de um site é uma base jurídica razoável para fixação da jurisdição de um Estado determinado sobre a aplicação em questão, já que esta é a consequência de se publicar algo na Internet: isto é, a menos que se opte por restringir acesso, qualquer um, em qualquer lugar, poderá encontrar qualquer site⁴⁴⁶.

Para Jack Goldsmith⁴⁴⁷, buscar a conformidade com normas simultaneamente incidentes é um custo inerente ao de se fazer negócios na Internet e que não impediu o crescimento exorbitante da economia digital ao longo dos últimos anos. O autor afirma,

⁴⁴⁵LUTZI, Tobias. **Private International Law Online** (Oxford Private International Law Series). OUP Oxford. Edição do Kindle, 2020, p. 27.

⁴⁴⁶ Este tema também será analisado no item 6.4 *infra*.

⁴⁴⁷ GOLDSMITH, Jack. Unilateral Regulation of the Internet: a modest defence. **European Journal of International Law** (11) 2000. Disponível em: <http://www.ejil.org/pdfs/11/1/508.pdf>. Acesso em: 09 jan. 2022.

inclusive, que não é uma novidade do ambiente digital a possibilidade de alguém só vir a conhecer a lei aplicável após estar sujeita a ela. “Uma fábrica que polui em um Estado, causando danos em outro, não fica imune a legislação do local do dano simplesmente porque não poderia prever o local para o qual o vento assopra”⁴⁴⁸, afirma o autor.

Esta perspectiva também foi adotada pelos tribunais australianos no julgamento do caso *Dow Jones & Company Inc v. Gutnick*, em 2002. Um empresário australiano, processou, em seu Estado, a *Dow Jones & Company Inc*, uma editora americana, por uma publicação feita na revista *Barron's*, que, em síntese, acusava-o de obter benefícios pessoais em suas ações à caridade⁴⁴⁹. Embora a revista impressa circulasse apenas nos Estados Unidos, o autor da demanda utilizou a versão *online* para justificar a competência das cortes australianas e a aplicação das leis sobre difamação da Austrália para apreciarem a questão. A Corte Australiana decidiu que haveria base para o exercício da sua jurisdição e para aplicação das leis locais, em razão da disponibilidade da publicação na Austrália. Neste sentido, convém destacar trecho da decisão da Suprema Corte Australiana:

Por mais amplo que seja o alcance de qualquer meio de comunicação em particular, aqueles que tornam as informações acessíveis por um determinado método o fazem sabendo do alcance que suas informações podem ter. **Em particular, aqueles que colocam informações na *World Wide Web* o fazem sabendo que as informações que disponibilizam estão disponíveis para todos sem qualquer restrição geográfica.** Como a publicação é um ato ou evento para o qual há pelo menos duas partes, o editor e uma pessoa para quem o material é publicado, a publicação para numerosas pessoas **pode ter tantas conexões territoriais quanto aquelas para as quais palavras particulares são publicadas.**⁴⁵⁰ (grifo nosso).

⁴⁴⁸ “*A manufacturer that pollutes in one state is not immune from the antipollution laws of other states where the pollution causes harm just because it cannot predict which way the wind blows*”. GOLDSMITH, Jack L. **Against Cyberanarchy**. University of Chicago Law School. 1998. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=12783&context=journal_articles. Acesso em: 21 abr. 2022.

⁴⁴⁹ O artigo em questão ainda pode ser localizado na Internet, em ALPERT, Bill. **Unholy Gains**. *Barron's*. Disponível em: <https://www.barrons.com/articles/SB109889201344257225?tesla=y>. Acesso em: 05 mar. 2022.

⁴⁵⁰ “*However broad may be the reach of any particular means of communication, those who make information accessible by a particular method do so knowing of the reach that their information may have. In particular, those who post information on the World Wide Web do so knowing that the information they make available is available to all and sundry without any geographic restriction. Because publication is an act or event to which there are at least two parties, the publisher and a person to whom material is published, publication to numerous persons may have as many territorial connections as there are those to whom particular words are published. It is only if one starts from a premise that the publication of particular words is necessarily a singular event which is to be located by reference only to the conduct of the publisher that it would be right to attach no significance to the territorial connections provided by the several places in which the publication is available for comprehension.*” HIGH COURT OF AUSTRALIA, **Dow Jones and Company Inc v Gutnick** [2002] HCA 56; 210 CLR 575; 194 ALR 433; 77 ALJR 255 (10 December 2002). Disponível em: <http://www8.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdoc/au/cases/cth/HCA/2002/56.html>. Acesso em 05 mar. 2022.

Como se vê, a corte australiana entendeu que os autores da publicação deveriam antever a possibilidade da publicação feita na Internet sujeitar-se a todas as leis do mundo, ao mesmo tempo. Para Svantesson⁴⁵¹, tanto a decisão do caso *Dow Jones & Company Inc v. Gutnick* quanto a visão exarada por Jack Goldmish são incompatíveis com o uso contemporâneo que se faz da Internet. Neste sentido, o autor afirma que não é porque as pessoas sabem que o que é colocado na Internet pode ser visto no mundo todo que elas efetivamente desejam que assim o seja, ou mesmo que poderiam prever que a disseminação de uma publicação em outros Estados fosse uma consequência natural ou algo provável. Em muitos casos, quem publica na Internet ou mesmo quem oferece um serviço digital o faz endereçando sua publicação e seus serviços apenas ao público do local em que se encontra – ainda que a publicação ou site possam tecnicamente ser acessados por pessoas do mundo todo.

Para além da insegurança jurídica e imprevisibilidade que tal situação pode trazer para qualquer usuário das comunicações digitais, há que se ter em mente que a complexidade regulatória causada pela miríade de normas incidentes aumenta os custos de transação, o que cria barreiras de entrada ao mercado digital, afetando especialmente pequenas e médias empresas que podem interessar-se em oferecer serviços digitais. Ainda que objetivem atender apenas ao mercado local, a possibilidade de suas plataformas serem acessadas por outros Estados e, por isto, de terem de responder perante outras jurisdições pelo serviço oferecido, pode desestimular investimentos, limitando a concorrência e prejudicando o crescimento da economia da Internet, especialmente nos países em desenvolvimento.

Neste sentido, em pesquisa coordenada por Dan Jerker Svantesson, foram entrevistados 150 atores membros da *Internet & Jurisdiction Policy Network* - entre Estados, empresas de Internet, operadores técnicos, sociedade civil, acadêmicos e organizações internacionais – sobre o cenário normativo atual da Internet. Dentre os entrevistados, 69% concordaram que o cumprimento de leis complexas e de várias fontes normativas diversas exige uma sofisticação jurídica muitas vezes inacessível para *startups* e pequenas e médias empresas. Da mesma forma, 54% dos entrevistados pela pesquisa concordaram que os desafios jurídicos transfronteiriços da Internet são barreiras para o ingresso de Estados em desenvolvimento na economia digital global⁴⁵².

⁴⁵¹ SVANTESSON, Dan Jerker B. **Private International Law and the Internet**. 3rd ed. The Netherlands: Kluwer Law International BV, 2016, p. 546.

⁴⁵²SVANTESSON, Dan Jerker B. **Internet & Jurisdição**: Relatório de Status Global 2019. Internet & Jurisdiction Policy Network publication, 2019. Disponível em: <https://www.Internetjurisdiction.net/uploads/pdfs/Portuguese-IJPN-Global-Status-Report-2019.pdf>, p. 215-217. Acesso em: 22 ago. 2021.

Bertrand Chapelle e Paul Fehlner⁴⁵³ também apontam que os riscos de responsabilização e a insegurança jurídica podem reduzir os investimentos em *start-ups* e empresas de médio porte, especialmente as que baseiam seu funcionamento em conteúdos criados por usuários. A necessidade de adequar-se à múltiplas leis ao mesmo tempo e a possibilidade de responder simultaneamente a demandas judiciais e administrativas em diversos lugares pode desestimular novos negócios digitais, o que acaba por fortalecer a hegemonia das *big techs*, cujo poderio econômico permite administrar estes custos de *compliance* com maior facilidade do que empresas que dispõem de menos recursos para despendê-los com um aconselhamento jurídico em diversos Estados simultaneamente.

Jack Goldsmith⁴⁵⁴ contesta esta pressuposição, dizendo que a preocupação com o excesso de leis simultâneas a regular a Internet lhe parece exagerada. Isto porque, segundo o autor, os efeitos concretos de uma lei dependeriam da capacidade de um Estado garantir o seu cumprimento e esta, por sua vez, continuaria condicionada à presença física de pessoas ou bens em seus territórios, em razão da limitação territorial à jurisdição de execução. Isto faria com que as empresas provedoras de aplicações para Internet só precisassem efetivamente se preocupar com as regulações dos Estados onde estão situadas fisicamente ou onde possuem ativos, já que, ainda que a legislação dos Estados possa ter pretensões extraterritoriais, o alcance das medidas executivas permanece sendo territorialmente limitado⁴⁵⁵.

O entendimento exarado por Goldsmith, contudo, obscurece o fato de que, direta ou indiretamente, as leis e decisões judiciais locais geram efeitos para além da fronteira do Estado em que foram proferidas, na medida em que afetam a estrutura de incentivos que repercute sobre os comportamentos dos agentes. Neste sentido, Dan Jerker B. Svantesson⁴⁵⁶ - recordando Herbert Hart⁴⁵⁷ - sustenta que uma das funções primordiais da lei não é a de ser aplicada em

⁴⁵³ CHAPELLE, Bertrand; FEHLNER, Paul. Jurisdiction on the Internet: From Legal arms race to transnational cooperation. **Internet & Jurisdiction Paper**. April 2016. Disponível em: <https://www.Internetjurisdiction.net/uploads/pdfs/Papers/IJ-Paper-Jurisdiction-on-the-Internet.pdf>. Acesso em: 02 nov. 2022, p. 15.

⁴⁵⁴ GOLDSMITH, Jack. Unilateral Regulation of the Internet: a modest defence. **European Journal of International Law** (11) 2000. Disponível em: <http://www.ejil.org/pdfs/11/1/508.pdf>. Acesso em: 09 jan. 2022.

⁴⁵⁵ MILLS, Alex. **The Confluence of Public and Private International Law: Justice, Pluralism and Subsidiarity in The International Constitutional Ordering of Private Law**. United Kingdom: Cambridge University Press, p. 235

⁴⁵⁶ SVANTESSON, Dan Jerker B. A Jurisprudential Justification for Extraterritoriality in (Private) International Law. **Santa Clara Journal of International Law**. Volume 13. Issue 2. Article 8. September 17th, 2015. Disponível em: <http://digitalcommons.law.scu.edu/scujil/vol13/iss2/8>. Acesso em 09 jan. 2022.

⁴⁵⁷ Neste sentido, o autor destaca célebre passagem de Hart: “A principal função da lei como um meio de controle social não é a de ser aplicada em litígios ou processos judiciais, que representam um vital mas subsidiário remédio às falhas no sistema. É o de ser vista nas diversas formas em que a lei é usada para controlar, orientar e planejar a vida fora do tribunal”. (“*The principal functions of the law as a means of social control are not to be seen in private litigation or prosecutions, which represent vital but still ancillary provisions for the failures of the system. It is to be seen in the diverse ways in which the law is used to control, to guide, and to plan life out of court*” – tradução livre) (HART, H. L. A. **The Concept of Law**. Oxford: Oxford University Press: 1961, p. 40).

processos judiciais, mas sim a de moldar o comportamento dos indivíduos fora dos tribunais. De fato, em linha com a AED, pode-se dizer que os agentes econômicos tomam decisões sobre como irão agir tendo como base os diferentes incentivos existentes em cada situação.

Como já se mencionou⁴⁵⁸, as normas jurídicas funcionam como uma forma de incentivo, mas os incentivos que geram aos comportamentos dos agentes não estão presentes apenas nas sanções formais estabelecidas por um determinado ordenamento jurídico, e nem sempre correspondem aos incentivos antecipados ou desejados pelo legislador ou julgador que emanou ou aplicou a norma⁴⁵⁹. Na mesma linha, Yochai Benkler⁴⁶⁰ afirma que a limitação territorial à capacidade de execução forçada das leis é significativa quando se enfoca apenas os efeitos diretos da lei sobre seus destinatários, isto é, na aplicação das normas pelos tribunais. No entanto, quando se compreende os efeitos dinâmicos da lei sobre o comportamento dos agentes (e a forma como estes contribuem ao funcionamento da Internet), as preocupações com os efeitos transfronteiriços das diferentes regulações nacionais tornam-se muito mais evidentes.

Svantesson⁴⁶¹ chama a atenção para os riscos reputacionais de uma empresa ser vista como “fora da lei”, os quais podem ser suficientes para impulsionarem a empresa à conformidade com uma regulação, ainda que não possuam ativos no Estado que a emitiu. Sobre isto, destaca-se passagem de Uta Kohl sobre o caso Yahoo!, narrado no início deste capítulo: “ser percebido como um fora da lei é ruim para os negócios. Sucesso no mercado, particularmente no mercado *online*, exige respeitabilidade e respeitabilidade exige o respeito à lei⁴⁶²”.

Contudo, a conformidade com todas as leis pode ser um obstáculo insuperável à adequação legal das pessoas e empresas⁴⁶³, já que um mesmo agente, numa mesma situação,

⁴⁵⁸ Ver item 2.1.1 supra.

⁴⁵⁹ No mesmo sentido, merece destaque as concepções de Kaushik Basu ao trazer *insights* da economia comportamental ao debate sobre o Direito. O autor se debruça sobre de que forma as palavras escritas em leis e códigos afetam o comportamento das pessoas e conclui que, embora seja indiscutível que as leis afetam o comportamento humano, nem sempre a resposta dos seres humanos a uma determinada legislação será o cumprimento do comando legal. (Sobre isto, ver em: BASU, Kaushik. **The republic of Beliefs: a new approach to law and economics**. Princeton: Princeton University Press, 2018, p. 159).

⁴⁶⁰ BENKLER, Yochai. **Internet Regulation: a case study in the problem of unilateralism**. *European Journal of International Law*. Volume 11, Issue 1, 2000. Disponível em: <https://academic.oup.com/ejil/article/11/1/171/383114>. Acesso em 12 fev. 2022, p. 174.

⁴⁶¹ SVANTESSON, Dan Jerker B. A Jurisprudential Justification for Extraterritoriality in (Private) International Law. **Santa Clara Journal of International Law**. Volume 13. Issue 2. Article 8. September 17th, 2015. Disponível em: <http://digitalcommons.law.scu.edu/scujil/vol13/iss2/8>. Acesso em 09 jan. 2022.

⁴⁶² “*The fact is that being perceived as a law-breaker is not good for business. Success in the market, particularly the online market, demands respectability and respectability demands respect for the Law (tradução livre)*”. (KOHL, Uta. **Jurisdiction and the Internet. Regulatory Competence over Online Activity**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, p. 208).

⁴⁶³ SVANTESSON, Dan Jerker B. **Internet & Jurisdição: Relatório de Status Global 2019**. Internet & Jurisdiction Policy Network publication, 2019. Disponível em: <https://www.Internetjurisdiction.net/uploads/pdfs/Portuguese-IJPN-Global-Status-Report-2019.pdf>, p. 109. Acesso em 22 ago. 2021.

pode se ver sujeito simultaneamente a uma norma jurídica que exija algo que outra norma, emanada por outra jurisdição, proíbe. Trata-se de um argumento frequentemente invocado pelas empresas estadunidenses quando obrigadas a fornecer dados pessoais de usuários no âmbito de processos de investigações criminais. Estas empresas alegam que a legislação dos Estados Unidos as impede de fornecer tais informações sem autorização judicial obtida de uma corte americana⁴⁶⁴. Como se verá adiante, porém, as cortes americanas nem sempre cooperam, dando eficácia a ordens emanadas por outras jurisdições.

É bem verdade que os efeitos das normas voltadas a regular a Internet podem ser difíceis de prever, uma vez que a interação existente entre os agentes econômicos, a tecnologia e as normas jurídicas têm um caráter dinâmico: as normas jurídicas incentivam os agentes que criam a tecnologia, a qual por sua vez, também se torna em si mesma um incentivo a determinados comportamentos, ao reduzir seus custos ou criar possibilidades de controle ou de interação. Neste sentido, Yochai Benkler⁴⁶⁵ sustenta que “o Direito, a tecnologia, e as adaptações comportamentais que delas decorrem interagem em um processo dinâmico que moldam os comportamentos humanos ligados à tecnologia”⁴⁶⁶.

O autor exemplifica citando como o CDA, aprovado nos EUA em 1996 e logo considerado inconstitucional pelas Cortes daquele Estado, contribuiu para o desenvolvimento de mecanismos de *filtering*⁴⁶⁷, que embora tenham sido inicialmente pensados para o controle parental do conteúdo acessível às crianças, passaram a ser utilizados por governos para limitar o conteúdo acessível aos seus cidadãos na Internet. Pode-se dizer, portanto, que uma consequência não antecipada pelo legislador americano ao tentar restringir a distribuição de material pornográfico pelas redes foi incentivar a criação de tecnologias que cerceiam o livre

⁴⁶⁴ Neste sentido, destaca-se trecho do voto do Min. Gilmar Mendes na ADC 51: “Além disso, do ponto de vista econômico, gigantes de Internet como o Facebook defendem que a possibilidade de requisição judicial direta pode fazer com que as empresas fiquem expostas a violações das leis de proteção de dados vigentes no local de sua sede, o que resultaria em obstáculos significativos para o funcionamento global dos modelos de negócios dessas plataformas”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC 51 – Voto do Relator Min. Gilmar Mendes**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/adc-51-voto-ministro-gilmar-versao-lida.pdf>. Acesso em 20 nov. 2022.

⁴⁶⁵ BENKLER, Yochai. Internet Regulation: a case study in the problem of unilateralism. **European Journal of International Law**. Volume 11, Issue 1, 2000. Disponível em: <https://academic.oup.com/ejil/article/11/1/171/383114>. Acesso em 12 fev. 2022, p. 175.

⁴⁶⁶ “Law regulates behaviour, and technology regulates behaviour. Law, technology and behavioural adaptations to them interact in a dynamic recursive process to form the parameters of human behaviour that is bound up with the technology”. BENKLER, Yochai. Internet Regulation: a case study in the problem of unilateralism. **European Journal of International Law**. Volume 11, Issue 1, 2000. Disponível em: <https://academic.oup.com/ejil/article/11/1/171/383114>. Acesso em 12 fev. 2022, p. 175.

⁴⁶⁷ O termo “*filtering*” refere-se à filtragem de conteúdo na Web, que permite que determinadas categorias de conteúdo sejam bloqueados e inacessíveis, restringindo os sites que usuários podem utilizar na web. Disponível em: XTECH. **O que é Web Filtering e por que devo usá-lo?** Disponível em: <https://xtech.com.br/Blog/O-Que-E-Web-Filtering-E-Por-Que-Devo-Usa-Lo/b/50/>. Acesso em 12 fev. 2022.

acesso aos meios digitais. A lei pode produzir efeitos inesperados pelo legislador e a tecnologia pode escapar os intentos originários do criador, o que pode resultar em estímulos indesejados a comportamentos vistos como contraproducentes aos objetivos de bem-estar⁴⁶⁸.

Por fim, cabe recordar ainda que as normas extrajudiciais proferidas por um Estado podem, sim, produzir efeitos em outros Estados. É a isto que se destina, afinal, o DIPRI, ao reconhecer a possibilidade de aplicação de leis estrangeiras pelos tribunais locais e/ou ao dar execução local para decisões estrangeiras. Uma das funções do DIPRI seria, assim, servir como um instrumento de contenção as reivindicações jurisdicionais dos Estados, na medida em que reivindicações exorbitantes seriam inexecutáveis⁴⁶⁹. Não obstante, na atualidade, os Estados também têm buscado outros meios para fazerem cumprir as normas internas por agentes estrangeiros, mesmo quando estes não possuem presença física no Estado ou ativos para embasar uma execução judicial. Estes meios permitem que o Estado garanta efeitos extraterritoriais às suas disposições sem precisarem recorrer à cooperação internacional com outros Estados, como se verá a seguir.

4.2 MEDIDAS PARA IMPOSIÇÃO EXTRATERRITORIAL DAS NORMAS DOMÉSTICAS

Conforme abordou-se no capítulo anterior⁴⁷⁰, no julgamento do caso Lotus, a CPJI estabeleceu que, ao mesmo tempo em que os Estados estariam impedidos de fazer cumprir suas leis no território de outros Estados, não haveria qualquer restrição por parte do DIP para que um Estado prescrevesse regras para pessoas e eventos fora de suas fronteiras, desde que se limitasse a aplicá-las internamente. Foi o que permitiu, naquele caso, que a Turquia responsabilizasse os franceses pela colisão do navio, haja vista que os acusados estavam em território turco quando instaurado o procedimento criminal. Por outro lado, tendo em vista que

⁴⁶⁸ Tal situação pode ser um exemplo do que, em estudos econômicos, denominou-se de “Efeito Peltzman”, o qual pode ser definido como “a redução do benefício esperado de uma regulação econômica – cujo objetivo é o de aumentar a segurança em uma determinada situação – por conta de uma mudança do comportamento das pessoas potencialmente envolvidas na mesma situação, gerado pela regulação”. O efeito recebeu este nome em virtude de um artigo escrito por Sam Peltzman, que identificou que mudanças na regulação de trânsito nos Estados Unidos não geraram uma redução na taxa de mortalidade no trânsito porque as pessoas, que se sentiam mais seguras após a adoção da regulação, passaram a comportar-se de forma menos cautelosa. (Sobre o tema: SHIKIDA, Claudio. Efeito Peltzman. In: RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; DOMINGUES, Victor Hugo; KLEIN, Vinicius. *Análise Econômica do Direito: justiça e desenvolvimento*. Curitiba, PR: CRV, 2016, p. 35-37).

⁴⁶⁹ ECLAC (Economic Commission for Latin American and the Caribbean); I&JPN (Internet & Jurisdiction Policy Network). **Internet & Jurisdiction and ECLAC Regional Status Report 2020**. Santiago: United Nations Publication, 2020, p. 42. Disponível em: https://www.Internetjurisdiction.net/uploads/pdfs/Internet-Jurisdiction-and-ECLAC-Regional-Status-Report-2020_web.pdf. Acesso em 17 nov. 2022.

⁴⁷⁰ Ver item 3.1 supra.

a jurisdição de execução seria estritamente territorial, se o ente que devesse cumprir uma obrigação não estivesse presente fisicamente no Estado que emitiu a norma extraterritorial que fundamenta a obrigação e nem nele tivesse quaisquer bens, entendia-se que o cumprimento forçado da obrigação ficaria dependente da cooperação do Estado no qual estivesse localizado o obrigado.

Assim, suponha-se que uma empresa X, com sede nos EUA, descumpriu uma obrigação fundada em uma lei brasileira. Essa empresa não tem sede no Brasil, nem qualquer representação local. Partindo da premissa da territorialidade como base exclusiva à jurisdição de execução, a norma extraterritorial brasileira só produziria efeitos concretos se: (i) os EUA homologassem e executassem eventual sentença brasileira condenando a empresa a cumprir a obrigação; (ii) em processo julgado nos EUA acerca dos fatos narrados, os juízes americanos, usando suas normas de DIPRI internas, entendessem pela aplicação do Direito brasileiro e determinassem o cumprimento da obrigação prevista na lei brasileira; ou (iii) alguma outra medida de cooperação entre Brasil e EUA viabilizasse o cumprimento de decisões brasileiras, seja por meio de uma carta rogatória ou por outra via estabelecida em um tratado celebrado entre as partes.

A eficácia das normas extraterritoriais ficaria, desta forma, dependente da cooperação jurídica internacional, tanto pela adesão voluntária à cooperação com base nos instrumentos de DIPRI domésticos ou mediante a existência de algum tratado internacional que pudesse fundamentar um pedido de cooperação entre os Estados. Dessa forma, países que fizessem uma reivindicação agressiva de sua jurisdição, impondo uma norma com efeitos muito abrangentes, possivelmente teriam dificuldades para ver os efeitos práticos de suas normas, já que o restante da comunidade internacional poderia se recusar a reconhecê-la. A necessidade de contar com a cooperação dos demais serviria, assim, como um estímulo a uma espécie de autocontenção pelos Estados ao exercício da jurisdição prescritiva de forma extraterritorial.

Entretanto, essa perspectiva clássica quanto à territorialidade da jurisdição de execução ignora o fato de que os Estados têm encontrado meios para executar – em âmbito doméstico – suas normas extraterritorialmente⁴⁷¹. Ao controlar bens, pessoas e intermediários locais, os Estados conseguem afetar os interesses mercadológicos das corporações estrangeiras, ainda que elas não tenham presença física em seus territórios. Estas medidas têm inspiração no DIP, sendo semelhantes aos embargos e sanções econômicas adotados contra Estados descumpridores das normas internacionais. À título de exemplo, cite-se as diversas sanções

⁴⁷¹ SVANTESSON, Dan Jerker B. **Private International Law and the Internet**. The Netherlands: Kluwer Law International BV, 2016, p. 44.

aplicadas à Rússia em decorrência da guerra na Ucrânia ou, ainda, as sanções comerciais implementadas por descumprimento de obrigações estabelecidas pela Organização Mundial do Comércio (OMC).

Dan Jerker Svantesson⁴⁷² batizou as formas de penalizar um ator estrangeiro sem presença física local de “medidas de destruição de mercado”. Como se verá a seguir, tais medidas têm se mostrado bastante eficientes em influenciar o comportamento dos agentes em torno da conformidade de leis domésticas e têm sido vistas como alternativas que permitem dispensar a cooperação internacional. No entanto, nem todos os Estados dispõem da mesma possibilidade de impor essas medidas, uma vez que, embora adotada por tribunais, não são sanções que seguem a lógica do Direito, mas sim a lógica do mercado: elas representam o preço a ser pago por uma empresa para acessar um mercado determinado. Sendo assim, é natural que a análise da empresa seja uma análise de custo e benefício. Se o mercado a ser acessado compensar, acata-se a exigência regulatória do governo em questão, se não compensar, assume-se o risco de perder o acesso aquele mercado, opondo-se à norma doméstica.

O bloqueio de plataformas, assim, é a mais dura das medidas de destruição de mercado: por meio de ferramentas tecnológicas e de intervenções feitas nos intermediários da Internet localmente, as autoridades nacionais podem impedir que pessoas em seu território acessem determinadas aplicações na Internet. Com isto, ao barganhar com os provedores de aplicação pela obediência do seu Direito, alguns governos possuem o trunfo do tamanho dos seus mercados. A empresa que se vir obrigada a cumprir uma ordem determinada analisará se paga o preço (cumprindo a exigência legal) ou desiste do mercado em questão (assumindo o risco do bloqueio).

O Brasil tem utilizado de forma frequente de medidas indiretas para fazer valer suas normativas sobre a Internet. Alguns casos – inclusive – têm sido objeto de atenção detalhada por parte do STF, que tem sido questionado acerca da constitucionalidade das medidas. É o que se passa a analisar a seguir.

4.2.1 Bloqueio de plataformas

O primeiro caso de bloqueio de plataformas digitais por ordem judicial brasileira ocorreu em 2007, quando um vídeo íntimo de uma famosa modelo brasileira e seu namorado, em uma praia pública na Espanha, foi divulgado amplamente na Internet. A modelo e o namorado ingressaram com uma ação solicitando a remoção do conteúdo, o que levou o

⁴⁷² SVANTESSON, Dan Jerker B. *Solving the Internet Jurisdiction Puzzle*. Oxford Scholarship Online, 2017, p.141.

Tribunal de Justiça de São Paulo a solicitar o bloqueio da plataforma *Youtube* a partir dos servidores locais de duas empresas provedoras de conexão: a Telefônica e a Brasil Telecom. A plataforma ficou completamente suspensa por quatro dias no Brasil.

Posteriormente, o Desembargador Ênio Santarelli Zuliani esclareceu que o bloqueio deveria ser feito apenas sobre os vídeos íntimos do casal, e não sobre todo o site, mas que dificuldades técnicas para a implementação, pelas empresas, de um filtro adequado levaram a suspensão da plataforma por completo⁴⁷³. Apesar da confusão entre a ordem de remoção do conteúdo danoso e a suspensão por completo da plataforma, o caso dos vídeos íntimos da modelo e de seu namorado foi pioneiro ao demonstrar que seria possível pressionar empresas sem bens no país a seguirem ordens judiciais brasileiras sem a necessidade de qualquer cooperação jurídica internacional. Bastaria ameaçá-las de perder acesso ao mercado brasileiro por meio da possibilidade de a plataforma ser bloqueada no país.

Com a entrada em vigor do Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014), a suspensão das atividades de plataformas que descumprem às leis brasileiras passou a ser vista como uma possibilidade em decorrência do contido no artigo 12, III e IV da lei, que estabelecem, respectivamente, as sanções de suspensão temporária e proibição do exercício de atividades de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, de dados pessoais ou de comunicações por provedores de conexão e de aplicações de Internet nos casos de descumprimento da legislação brasileira⁴⁷⁴. O bloqueio das aplicações pode ser feito mediante a emissão de ordens judiciais às empresas provedoras de acesso à Internet, para que executem o bloqueio em seus servidores. Estas, empresas situadas sob a jurisdição territorial do Brasil e com bens locais, ficam compelidas a cumprir a ordem sob pena de responderem pela desobediência.

Desde a entrada em vigor do Marco Civil da Internet, outras decisões judiciais em todo o Brasil, por variadas motivações, ordenaram o bloqueio de diferentes plataformas⁴⁷⁵. Os casos de maior impacto foram os bloqueios ao *WhatsApp* realizados entre 2015 e 2016, motivados pelo descumprimento de ordens judiciais que determinavam a interceptação da comunicação entre investigados por abuso sexual de crianças e tráfico de drogas. Das quatro decisões que ordenaram a suspensão do aplicativo, três chegaram a ser implementadas antes do *WhatsApp*

⁴⁷³ BLOQUEIOS INFO. **Caso Youtube. Descumprimento de ordem judicial de retirada de conteúdo.** Disponível em: <http://bloqueios.info/pt/casos/descumprimento-por-ordem-judicial/>. Acesso em 17 nov. 2022.

⁴⁷⁴ BRASIL. **Lei 12.965 de 23 de abril de 2015.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm. Acesso em 26 jul. 2022.

⁴⁷⁵ O site “Bloqueios.info” monitora tais decisões. Ver em: BLOQUEIOS INFO. **Linha do tempo.** Disponível em: <http://bloqueios.info/pt/linha-do-tempo/>. Acesso em 12 fev. 2022.

conseguir liminar suspendendo o bloqueio. O aplicativo, então, ficou indisponível em três ocasiões, por 12 horas, 24 horas e 4 horas, respectivamente⁴⁷⁶.

A essencialidade do aplicativo para diversos usuários fez com que houvesse muito debate quanto à proporcionalidade da decisão de bloqueio, inclusive internacionalmente. Alguns países da América Latina também acabaram impactados pela ordem judicial brasileira, já que uma das prestadoras de serviço às operadoras de telefonia móvel compartilhava o servidor que levava os dados para o Brasil também para o endereçamento de dados à Argentina e ao Chile⁴⁷⁷. Ademais, o *WhatsApp* alegava que havia descumprido a ordem emanada pela Justiça brasileira porque se tratava de pedido impossível: os juízes solicitavam a interceptação das mensagens, mas a empresa alega que, por adotar a criptografia de ponta a ponta, não teria meios técnicos para fazê-lo. A constitucionalidade das medidas de bloqueio do *WhatsApp* tornou-se, então, alvo de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 5527) e de uma Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 403).

O Ministro Edson Fachin, relator da ADPF 403, se posicionou pela inconstitucionalidade dos bloqueios baseados em pedidos de acesso às informações criptografadas, ressaltando a importância da criptografia como forma de aumentar a segurança nas comunicações digitais⁴⁷⁸. Da mesma forma, a Ministra Rosa Weber, relatora da ADI 5527, posicionou-se no sentido de que as normas que autorizam a suspensão da atividade de empresas contidas no Marco Civil não devem ser usadas como sanção pela inobservância de ordem judicial de disponibilização de conteúdo quando tal inobservância resultar da existência de criptografia que impede o cumprimento da medida⁴⁷⁹. Os julgamentos das duas ações foram suspensos após um pedido de vista do Ministro Alexandre de Moraes e aguardam posicionamento do plenário.

O próprio Ministro Alexandre de Moraes, contudo, em maio de 2022, em decisão monocrática nos autos da Petição (PET) 9935, deu ordem para o bloqueio de outra aplicação: o *Telegram*. O aplicativo não havia cumprido uma ordem judicial de remoção de conteúdo, suspensão da monetização de contas, entrega de dados e prestação de informações para embasar investigação da Polícia Federal sobre um apoiador do ex-presidente Jair Bolsonaro por

⁴⁷⁶ BLOQUEIOS INFO. **Linha do tempo**. Disponível em: <http://bloqueios.info/pt/linha-do-tempo/>. Acesso em 12 fev. 2022.

⁴⁷⁷ TUDO CELULAR. **Argentina, Chile e outros países são afetados pelo bloqueio do WhatsApp**. Disponível em: <https://www.tudocelular.com/android/noticias/n65020/Argentina-Chile-e-outros-paises-sao-afetados-pelo-bloqueio-do-WhatsApp.html>. Acesso em 28 nov. 2022.

⁴⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 403 – Voto do Relator Min. Edson Fachin**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/fachin-suspensao-whatsapp-decisao.pdf>. Acesso em 20 nov. 2022.

⁴⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 5527/DF – Voto da Relatora Min. Rosa Weber**. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI5527voto.pdf>. Acesso em 20 nov. 2022.

disseminação de *fake news* durante a eleição de 2022⁴⁸⁰. Segundo o Ministro, as ordens haviam sido encaminhadas por ofício diretamente ao diretor executivo da empresa, que tem sede nos Emirados Árabes Unidos, pelo então Presidente do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), o Ministro Roberto Barroso, em processo que segue sob sigilo de justiça.

Antes da ordem de suspensão ser efetivada pelas operadoras de telefonia, contudo, o *Telegram* respondeu ao STF. A resposta veio por um e-mail enviado diretamente ao Gabinete do Ministro Alexandre de Moraes, comunicando o cumprimento da ordem judicial de remoção dos conteúdos, informando os dados de que dispunham e que não havia nenhuma forma de monetização na plataforma. Na resposta, a empresa também comentou que não havia visto o ofício encaminhado anteriormente pelo TSE, pois ele havia sido apenas recebido pelo e-mail “*support@telegram.org*”, que é utilizado pelo público geral. Referida Caixa de mensagens teria, segundo o *Telegram*, recebido mais de três milhões de mensagens entre 24 de fevereiro e 17 de novembro de 2022. Após o recebimento da resposta da empresa por e-mail, entendendo que houve o cumprimento das ordens judiciais, o Ministro Alexandre de Moraes suspendeu a decisão que determinava o bloqueio⁴⁸¹.

É digno de nota que os Ministros relatores na ADPF 403 e na ADI 5527 não se posicionaram no sentido de apontar a inconstitucionalidade da suspensão de aplicações *per se*. Ao contrário, a Ministra Rosa Weber expressamente sustentou a constitucionalidade da medida. O ponto fulcral do posicionamento dos Ministros em favor do *WhatsApp* naqueles dois casos foi o de que o descumprimento de ordem judicial para interceptação das comunicações motivado pela impossibilidade técnica de cumprimento da ordem em decorrência dos mecanismos de criptografia não deveria ser considerado um ilícito. Contudo, se o descumprimento da ordem judicial não estiver ancorado nesta justificativa, o bloqueio pode ser considerado válido – e a decisão do Ministro Alexandre de Moraes é uma sinalização de que a mais alta Corte do Estado corrobora este entendimento.

Pormenorizar o debate quanto à constitucionalidade dos bloqueios não é o objetivo desta tese, embora haja implicações óbvias à liberdade de expressão no emprego massivo de ferramentas de bloqueio de plataformas que se difundiram como meio universal para a comunicação interpessoal. O que interessa demonstrar, por ora, é apenas e tão somente que o

⁴⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Petição 9.935 DF. Decisão de 17 de março de 2022**. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/DespachoTelegram1.pdf>. Acesso em 17 nov. 2022.

⁴⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Petição 9.935 DF. Decisão de 20 de março de 2022**. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/DecisaoTelegram20mar.pdf>. Acesso em 17 nov. 2022.

bloqueio de aplicações pode ser uma medida para garantir a eficácia de leis domésticas extraterritorialmente, sem que o país precise recorrer à cooperação internacional.

De fato, como bem demonstrou o caso envolvendo o aplicativo *Telegram* – que sequer foi formalmente notificado para o cumprimento da ordem e apenas respondeu à ofício enviado pela autoridade judicial brasileira ao e-mail geral de suporte ao usuário mantido pela aplicação - pode-se dizer que o simples fato do bloqueio das plataformas constar no leque de opções dos diferentes países pode trazer incentivos de mercado ao cumprimento das normas locais por empresas estrangeiras.

Não obstante, ordenar o bloqueio de uma plataforma pode ser uma aposta alta do Estado bloqueador. A pesquisa Digital 2022, realizada pelo *DataReportal* apontou que, em 2022, 96,4% dos usuários da Internet no Brasil utilizam o *WhatsApp*. O *Telegram*, por sua vez, é utilizado por 55,4% dos usuários da Internet no país⁴⁸². O bloqueio destas plataformas pode obstaculizar inúmeras transações e interações plenamente lícitas e úteis ao bem-estar local e global, além de representar uma ameaça ao exercício de direitos fundamentais. A medida é condenada pela *Freedom House* em seu monitoramento da liberdade na Internet nos diferentes Estados⁴⁸³.

Há que se destacar, ainda, que a ameaça de bloqueio só funciona para compelir as empresas à conformidade com as leis e ordens judiciais locais se cumprir com tais leis e ordens é visto pelas empresas como um preço compatível com os ganhos que o mercado em questão pode oferecer. Neste sentido, Dan Jerker Svantesson⁴⁸⁴ pontua que exigências idênticas ou quase idênticas com pretensão extraterritorial são cumpridas de forma diferente pelas empresas, a depender do interesse que possuem no mercado específico. Um exemplo interessante é a diferença na postura da Microsoft quanto a sua rede social *LinkedIn*. Rússia e China fizeram a mesma exigência à plataforma: que localizasse os dados coletados dos usuários locais em servidores locais. A empresa, em um primeiro momento, optou por atender ao pedido chinês para manter o acesso ao mercado daquele país, mas aceitou o bloqueio da plataforma na Rússia como consequência do não atendimento da mesma exigência, renunciando àquele mercado⁴⁸⁵.

⁴⁸² DATA REPORTAL. **Digital 2022 Brazil (February 2022)**. Disponível em: <https://www.slideshare.net/DataReportal/digital-2022-brazil-february-2022-v02>. Acesso em 26 nov. 2022.

⁴⁸³ FREEDOM HOUSE. **Freedom on the net 2022 – Brazil**. Disponível em: <https://freedomhouse.org/country/brazil/freedom-net/2022>. Acesso em 26 nov. 2022.

⁴⁸⁴ SVANTESSON, Dan Jerker B. **Internet & Jurisdição: Relatório de Status Global 2019**. Internet & Jurisdiction Policy Network publication, 2019. Disponível em: <https://www.Internetjurisdiction.net/uploads/pdfs/Portuguese-IJPN-Global-Status-Report-2019.pdf>, p. 53. Acesso em 22 ago. 2021, p. 107.

⁴⁸⁵ BRADFORD, Anu. **The Brussels Effect**. New York: Oxford University Press, 2020, p. 145.

Em 2021, porém, o *LinkedIn* anunciou sua retirada da China, demonstrando que nem mesmo o enorme mercado chinês pode cobrar um preço ilimitado das empresas da Internet pelo acesso aos seus internautas⁴⁸⁶. Outras empresas – como o *Google* e o *Yahoo!* – também reduziram fortemente sua participação no mercado do gigante asiático em vista das crescentes pressões do governo sobre o setor⁴⁸⁷. A censura chinesa ocorre por razões políticas, mas também por protecionismo econômico, objetivando a promoção de competidoras chinesas⁴⁸⁸. Assim, como bem destacou James Griffiths:

Dentro da Firewall [chinesa], fortalecida por uma legião de censores e leis protecionistas, os internautas chineses pesquisam no Baidu e não no Google, eles compartilham notícias e fotos no WeChat, não no Facebook, e fazem compras com Alibaba, não com a Amazon. Como Lu Wei, então o chefe do escritório de informações estatais da China e o maior censor do Estado, disse aos convidados em um banquete de Ano Novo Lunar em 2015, "Somente através da minha gestão própria da minha própria Internet, [e] sua própria gestão de sua própria Internet ... o espaço online pode ser verdadeiramente seguro, mais ordenado e mais bonito"⁴⁸⁹.

São poucos os países, porém, que poderão se dar ao luxo de criar suas próprias versões da Internet ou que poderão suportar o ônus de se tornarem párias do mercado global ao bloquearem aplicações utilizadas pelo resto do mundo. Assim, invocar o bloqueio de uma aplicação é uma estratégia “*all-in*” do Estado regulador. Se não houver segurança de que se está em uma melhor posição do que o oponente, os riscos da adoção da estratégia são bastante elevados. É por isso que a medida deve ser o último recurso, quando todos os demais falharem. No leque das medidas de destruição de mercados há outras formas de pressão local para o cumprimento extraterritorial de obrigações legais domésticas.

4.2.2 Obrigação de indicação de representante local

No julgamento da PET 9935 mencionada acima, além de determinar a suspensão do Telegram, o Ministro Alexandre de Moraes ordenou que a empresa indicasse um representante no Brasil. O fundamento para a obrigação de indicar representante não constou da decisão, que

⁴⁸⁶ INFOMONEY. **LinkedIn vai encerrar operações na China; novo site de empregos será lançado no país.** Disponível em: <https://www.infomoney.com.br/minhas-financas/microsoft-anuncia-fim-das-operacoes-do-linkedin-na-china/>. Acesso em 28 nov. 2022.

⁴⁸⁷ TECNOBLOG. **Google Tradutor é mais um serviço descontinuado na China.** Disponível em: <https://tecnoblog.net/noticias/2022/10/04/google-tradutor-e-mais-um-servico-descontinuado-na-china/>. Acesso em 28 nov. 2022.

⁴⁸⁸ FOLHA DE SÃO PAULO. **Hoje, bloqueio da Internet na China é mais questão comercial do que de direitos humanos, diz pesquisador.** Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2021/07/hoje-bloqueio-da-internet-na-china-e-mais-questao-comercial-do-que-de-direitos-humanos-diz-pesquisador.shtml>. Acesso em 28 nov. 2022.

⁴⁸⁹ GRIFFITHS, James. **The Great Firewall of China: How to build and Control an Alternative Version of The Internet.** London: Zed Book Ltd, 2019, p. 177.

apenas mencionou a existência de decisão anterior neste sentido, proferida pelo Ministro Roberto Barroso, à época, Presidente do TSE. O processo no TSE tramita sob sigilo de justiça, razão pela qual não se teve acesso à sua fundamentação.

A obrigação de indicação de representante legal não é, ainda, uma previsão expressa contida no Direito brasileiro. É possível que tal obrigação tenha sido considerada decorrente do dever de nomear um encarregado pelo tratamento de dados pessoais pelas empresas consideradas controladoras de dados pessoais pela Lei Geral de Proteção de Dados - Lei 13.709/2018 (LGPD) – embora referida lei não tenha sido clara ao estabelecer quem são as organizações em âmbito privado obrigadas a realizar tal nomeação. É possível, ainda, que a obrigação de indicação do representante seja entendida como implícita a partir do artigo 61 da LGPD, que diz:

Art. 61. A empresa estrangeira será notificada e intimada de todos os atos processuais previstos nesta Lei, independentemente de procuração ou de disposição contratual ou estatutária, **na pessoa do agente ou representante** ou pessoa responsável por sua filial, agência, sucursal, estabelecimento ou escritório instalado no Brasil. (grifo nosso).

Logo após a decisão do STF, o senador Alessandro Vieira redigiu um Projeto de Lei visando a obrigar os aplicativos de mensagens e redes sociais a indicarem representantes no Estado para poderem oferecer seus serviços ao mercado brasileiro. O Projeto de Lei nº 635/2022 afirma que os representantes legais destas empresas devem ter plenos poderes para responder perante esferas administrativa e judicial, para fornecer às autoridades competentes informações relativas ao funcionamento e às regras próprias aplicáveis à expressão de terceiros, bem como para cumprir determinações judiciais e responder a eventuais penalizações, multas e afetações financeiras que a empresa possa incorrer, especialmente por descumprimento de obrigações legais e judiciais. Na justificativa para o projeto, o senador menciona a necessidade de dotar de efetividade às normas locais, conforme segue:

Alguns desses provedores, aproveitando-se da ausência de representação legal no país, inviabilizam a investigação e a instrução probatória de ilícitos praticados por meio de suas aplicações. Nesse sentido, para dar efetividade à norma, necessário se faz obrigar os provedores de redes sociais e mensageria instantânea que ofertem serviço ao público brasileiro a constituírem representantes legais no Brasil⁴⁹⁰.

⁴⁹⁰ BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 635 de 2022**. Dispõe sobre os requisitos de funcionamento dos provedores de rede social e mensageria instantânea. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2022/3/97CF02B755B1FC_projetodelei.pdf. Acesso em 21 nov. 2022.

A iniciativa do Brasil não é inédita. Ao contrário, a indicação compulsória de representantes locais é um dos meios apontados por Dan Jerker Svantesson⁴⁹¹ para garantir o cumprimento das normativas domésticas por parte das empresas de tecnologia. Neste sentido, o autor aponta que diversos regulamentos da União Europeia – inclusive o Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD) – incluem a obrigatoriedade de indicação de um representante na UE em determinadas circunstâncias. O autor cita, ainda, um Projeto de Lei da Tailândia, que estabelece um rigor ainda maior, incluindo, além da obrigatoriedade de nomear representante, a possibilidade de aplicação de pena de prisão ao nomeado em caso de violação às normas de proteção de dados tailandesa⁴⁹².

A iniciativa tailandesa não é estranha ao Brasil. Em 2012, a Justiça Eleitoral do Mato Grosso do Sul determinou a prisão do Diretor do *Google* no Brasil por descumprimento de ordem judicial para a remoção de vídeos do *Youtube*⁴⁹³. Assim, a obrigatoriedade de nomear representante e a possibilidade de sua responsabilização pessoal, inclusive na esfera criminal, é mais um meio capaz de compelir às empresas a seguirem as normativas locais.

Não obstante, este é claramente um requisito oneroso às empresas estrangeiras, que demandará gastos consideráveis para recrutar e remunerar representantes dispostos a assumir uma posição com tamanhos riscos. Novamente, a exigência pode não ser uma opção para mercados menores e menos atrativos. Ademais, pode também se tornar uma medida que desestimula novos entrantes a atuarem no segmento digital, já que os custos para o recrutamento e manutenção deste representante em todos os Estados que imponham tal obrigação podem vir a ser, verdadeiramente, proibitivos às pequenas e médias empresas, ainda que sejam facilmente suportáveis pelos grandes conglomerados digitais – até mesmo porque muitas destas empresas já operam com subsidiárias locais em diversos Estados.

4.2.3 Responsabilização das subsidiárias locais

Embora as grandes empresas da Internet estejam, em sua maioria, situadas nos EUA⁴⁹⁴, elas são, em geral, empresas multinacionais, que operam e desenvolvem suas atividades

⁴⁹¹ SVANTESSON, Dan Jerker B. **Internet & Jurisdição**: Relatório de Status Global 2019. Internet & Jurisdiction Policy Network publication, 2019. Disponível em: <https://www.Internetjurisdiction.net/uploads/pdfs/Portuguese-IJPN-Global-Status-Report-2019.pdf>, p. 263. Acesso em 22 ago. 2021.

⁴⁹² SVANTESSON, Dan Jerker B. **Internet & Jurisdição**: Relatório de Status Global 2019. Internet & Jurisdiction Policy Network publication, 2019. Disponível em: <https://www.Internetjurisdiction.net/uploads/pdfs/Portuguese-IJPN-Global-Status-Report-2019.pdf>, p. 263. Acesso em 22 ago. 2021.

⁴⁹³ MIGALHAS. **Diretor do Google é preso por desobediência**. 27 de setembro de 2012. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/164738/diretor-do-google-e-preso-por-desobediencia>. Acesso em 09 jan. 2022.

⁴⁹⁴ Conforme discutido no item 3.3 supra.

econômicas por meio de múltiplas sociedades nacionais⁴⁹⁵ espalhadas ao redor do mundo. Sob uma perspectiva estritamente formal, tais empresas são pessoas jurídicas diversas, que não se confundem com suas matrizes estadunidenses e que, por isto, não respondem por suas obrigações.

Ocorre que, muitas vezes, as *big techs* utilizam-se artificialmente dos conceitos de DIPRI (como a ideia da lei do local da incorporação e os critérios jurisdicionais conectados ao local de sede da empresa) para escapar de regulações nacionais indesejadas (por exemplo, escolhendo armazenar os dados coletados em um Estado em outro, visando à proteção dos seus interesses)⁴⁹⁶. Observa-se que é lugar-comum nos diversos casos que envolvem as *big techs* que estas aleguem que as questões ligadas ao funcionamento da plataforma (o armazenamento de dados dos usuários, a programação dos algoritmos de coleta de dados e moderação de conteúdo, por exemplo) são totalmente comandadas pelas matrizes nos EUA, enquanto as subsidiárias locais encarregam-se apenas de serviços acessórios, como a venda de anúncios, e não detém controle sobre o funcionamento das plataformas. Essa postura por parte das grandes empresas da tecnologia tem sido contra-atacada pelos Estados pela descon sideração da personalidade jurídica dessas corporações, o que torna possível responsabilizar as subsidiárias locais pelo cumprimento de obrigações da matriz. A prática conta com diversos exemplos na jurisprudência brasileira.

Em especial, um caso julgado em novembro de 2020 pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) destacou-se pela forma como enfrentou a discussão sobre os limites à jurisdição brasileira. A disputa em questão envolveu a empresa brasileira *Cetip S.A*, responsável pelo gerenciamento nacional de dados de agentes financeiros (o Sistema Nacional de Gravames) e a empresa *Yahoo!*. A *Cetip S.A* ingressou em juízo contra a *Yahoo! do Brasil Internet Ltda*, ao perceber que o servidor do *Yahoo!* hospedava dois sites falsos, que utilizavam nome de domínio semelhante e a logomarca da *Cetip S.A* indevidamente, possivelmente com o intuito de captar dados confidenciais dos clientes da empresa de forma fraudulenta. O autor da demanda buscava a identificação dos infratores e solicitava ao *Yahoo!* que fornecesse os dados pessoais das pessoas responsáveis por registrar o nome de domínio em questão⁴⁹⁷.

A subsidiária brasileira do grupo americano, no entanto, buscou eximir-se da responsabilidade de fornecer os dados, alegando que não teria sobre eles nenhum controle, uma

⁴⁹⁵ MAGALHÃES, José Carlos de. **Direito Internacional Econômico**. Curitiba: Juruá, 2005, p. 186.

⁴⁹⁶ RAMOS, André de Carvalho. Direito Internacional Privado e Direito Transnacional: entre a unificação e a anarquia. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 13, n. 2, 2016, p. 508.

⁴⁹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp: 1776418 SP 2018/0126897-2**, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 03/11/2020, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 19/11/2020.

vez que seriam geridos exclusivamente pela matriz americana (a *Yahoo Inc*), a qual, por sua vez, não se submeteria às leis brasileiras. No voto-vista do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, o cerne da análise recaiu sobre a estratégia comum de empresas multinacionais, que se constituem como pessoas jurídicas distintas da estrangeira para facilitar suas atividades no Estado. O Ministro citou como precedente um caso anterior às discussões do universo digital: a disputa entre um turista brasileiro que comprou uma filmadora da *Panasonic Company Inc*, quando em viagem para os Estados Unidos. O produto apresentou defeito e o consumidor acionou, no Brasil, a Panasonic do Brasil Ltda.

O caso, que ficou conhecido como Caso Panasonic⁴⁹⁸ tramitou perante os tribunais brasileiros por mais de 20 anos. Ao final da disputa, a empresa brasileira foi obrigada a indenizar o consumidor, sob o argumento de que, por usufruir da marca e da reputação internacional do conglomerado americano, seria também responsável pelas obrigações das empresas do grupo, em especial no que diz respeito à legislação consumerista⁴⁹⁹. Trazendo o raciocínio para o caso envolvendo o *Yahoo* e a *Cetip*, o Ministro Villas Bôas sustentou que, embora a empresa brasileira e a americana operassem formalmente por meio de pessoas jurídicas distintas, o fato de a empresa brasileira apresentar-se ao mercado de forma indistinta da americana – obtendo ganhos com isto - deveria lhe trazer também as responsabilidades correspondentes.

A discussão sobre a possibilidade de subsidiárias locais responderem por obrigações de suas matrizes estrangeiras, contudo, ganhou maior visibilidade na seara do Direito Penal, haja vista os frequentes pedidos formulados por autoridades brasileiras às empresas da Internet demandando dados telemáticos para a instrução probatória em processos e/ou investigações criminais. A Federação das Associações das Empresas Brasileiras de Tecnologia da Informação (Assespro Nacional) ingressou com a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 51 no STF solicitando a declaração de constitucionalidade do Acordo de Assistência Judiciária Mútua em Matéria Penal (MLAT) entre o Brasil e os EUA, incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto nº 3.810/2001⁵⁰⁰. O procedimento pouco ortodoxo da

⁴⁹⁸ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, **Recurso Especial n. 63.981**, Quarta Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, Plínio Augusto Prado Garcia versus Panasonic do Brasil Ltda, j. 11 de abr. de 2000.

⁴⁹⁹ GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin; SCHAEFER, Fernanda. **O caso Panasonic e as relações internacionais de consumo**. In: FERRARO, Angelo Vigliani; GNELA, Bogustawa; BANCHIO, Pablo Rafael; TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. (Eds). *Derecho del consumo y normas antimonopólio*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2022, p.36.

⁵⁰⁰ BRASIL, **DECRETO Nº 3.810, DE 2 DE MAIO DE 2001**. Promulga o Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo dos Estados Unidos da América, celebrado em Brasília, em 14 de outubro de 1997, corrigido em sua versão em português, por troca de Notas, em 15 fev. 2001. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/d3810.htm. Acesso em 21 nov. 2022.

Associação das empresas, ao solicitar a confirmação da constitucionalidade de um tratado internacional continua, em verdade, uma pretensão oblíqua, que foi bem identificada no voto do relator, Ministro Gilmar Mendes: as empresas não pretendiam apenas obter uma declaração de constitucionalidade do instrumento de cooperação, mas sim estabelecer que o instrumento de cooperação previsto no MLAT fosse a única via adequada para solicitar a obtenção de dados das empresas estrangeiras.

Para dar suporte aos seus argumentos, as empresas acostaram aos autos do processo um parecer do ex-ministro do STF e ex-juiz da Corte Internacional de Justiça (CIJ) Francisco Rezek que, sobre o tema, afirmou:

O Estado que queira exercer seu poder sancionatório sobre coisa ou pessoa localizada no exterior, independentemente da finalidade do ato e dos valores defendidos, deve pedir o beneplácito do outro Estado envolvido para que este autorize o exercício do poder sancionatório estrangeiro em seu território(...) O caminho para que o Estado exercite sua jurisdição além dos limites de seu território, fazendo valer sua autoridade em território alheio, é o da cooperação internacional. Cooperação, pois, pela lógica própria da soberania territorial, a jurisdição estrangeira só tem poder coercitivo se sua iniciativa é convalidada pelo poder local, reconhecidas a legitimidade e a razoabilidade de seu pedido, assim como a ausência de lesão à ordem pública territorial⁵⁰¹.

Ademais, Francisco Rezek também afirmou que as medidas realizadas pela Justiça brasileira ao formular solicitações diretas às empresas estrangeiras e/ou às suas subsidiárias locais seriam inconstitucionais por violarem os princípios da não intervenção e da igualdade entre os Estados (previstos no artigo 4º da Constituição da República Federativa do Brasil⁵⁰², que estabelece os princípios a serem observados pelo Estado brasileiro em suas relações internacionais), sendo comparáveis à conduta de um Estado que, ao invés de solicitar ao outro que extradite um criminoso em seu território, detém membros da família do criminoso localizados no Estado para coagi-lo a retornar. Assim, Rezek assentiu com o argumento das empresas americanas, sustentando que os juízes brasileiros, quando confrontados com a necessidade de requerer dados às empresas estadunidenses, devem fazê-lo mediante o envio de carta rogatória com fundamento no MLAT enquanto instrumento de cooperação.

O Ministro Gilmar Mendes votou pelo reconhecimento da constitucionalidade do MLAT, sem prejuízo da possibilidade de requisição direta formulada pelo governo brasileiro –

⁵⁰¹ REZEK, Francisco. **Parecer de 29 de setembro de 2017**. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5320379>. Acesso em 24 nov. 2022, p. 20-29.

⁵⁰² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 21 nov. 2022.

haja vista que tal possibilidade garantiria a soberania do Estado brasileiro e a independência nacional (os quais também se encontram previstos no mesmo artigo 4º da Constituição). O Ministro sustentou, também, que a solução é a adotada por outros Estados, mas reconheceu a importância do desenvolvimento de novas medidas de cooperação internacional. Em fevereiro de 2023, o plenário do STF confirmou o voto do Ministro relator.

O que se pode concluir a partir da ADC 51 e das demais medidas listadas nesta seção adotadas pelos tribunais brasileiros para dar eficácia extraterritorial às leis domésticas é que, embora tais ferramentas possam ser importantes para garantir a observância do Direito brasileiro e, assim contrabalancear os poderes das grandes corporações na Internet, elas reforçam o caminho descoordenado e não cooperativo na atuação dos Estados diante dos desafios jurisdicionais trazidos pela Internet.

Este caminho gera efeitos perniciosos que podem, por vezes, converter-se em barreiras de mercado e, assim, impedirem o acesso de novos atores. Em última instância, essas medidas acabam, portanto, tendo precisamente os efeitos contrários ao almejado pelos Estados, pois ao fortalecerem o monopólio das *big techs*, acabam por aumentar o poder de influência que estas empresas possuem. Assim, normas pensadas para contrapor o poder das grandes corporações acabam por fortalecê-lo. Ademais, as medidas adotadas podem atender ao interesse dos Estados reguladores quando concebidas individualmente, mas se transformadas no padrão internacional para condução das questões transfronteiriças no universo digital acabam gerando efeitos totais bastante prejudiciais.

4.3 O DILEMA DO PRISIONEIRO E A TRAGÉDIA DAS POSTURAS NÃO COOPERATIVAS

Uma das ferramentas úteis ao estudo do Direito a partir do método econômico chama-se teoria dos jogos. Trata-se, basicamente, de uma teoria sobre o comportamento racional dos seres humanos em cenários de interações com outros seres humanos, também racionais⁵⁰³. Dentre os diversos jogos que descrevem possíveis cenários de interações, destaca-se, para a tese

⁵⁰³ MACKAAY, Ejan. ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. Tradução de Rachel Sztajn. 2ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Atlas, 2020, p. 43.

que ora se delinea, o jogo denominado “Dilema do Prisioneiro”. Em sua proposição original⁵⁰⁴, o Dilema aborda a situação em que dois suspeitos de um crime são presos pela polícia e interrogados separadamente. A polícia não tem provas para condená-los pelo crime do qual são suspeitos, então, oferece um acordo. Se um dos prisioneiros confessar (traindo o outro) enquanto o outro permanecer em silêncio, o que confessou terá a pena mais leve e outro terá a pena maior. Se ambos ficarem em silêncio, só poderão ser condenados por um crime menos grave (com pena menor). Se ambos confessarem, porém, a delação será desconsiderada e a pena máxima será aplicada para ambos.

A delação premiada, no Dilema do Prisioneiro, é um grande incentivo e representa uma enorme vantagem se praticada por apenas um dos prisioneiros. Se praticada por ambos, porém, representa a ruína coletiva. Assim, a postura mais vantajosa do ponto de vista coletivo é a cooperação: no caso, o silêncio dos dois prisioneiros. Alcançar tal postura, porém, pode ser difícil em razão das limitações informacionais provocadas pelo isolamento entre os prisioneiros, de modo que o que lhes resta é decidir suas condutas a partir da forma como esperam que decida o outro.

Transpondo a ideia do Dilema do Prisioneiro para o cenário da regulação da Internet, tem-se que cada Estado, concebido como um ator racional, tem incentivos para adotar a regulação que melhor atende seus interesses, sem considerar o que é mais eficiente em termos de bem-estar global⁵⁰⁵. Os Estados, assim, podem exigir que seus padrões normativos sejam observados, ainda que isto signifique gerar externalidades a outros Estados. Podem, inclusive, recorrer às medidas de destruição de mercado para dotar suas normas de eficácia extraterritorial, independentemente da permissão dos demais Estados impactados e dos resultados globais da disseminação extraterritorial de seus padrões. Os Estados também têm incentivos para procurar afastar a aplicação de outras leis em seu território, recusando-se a dar reconhecimento às reivindicações feitas por outras jurisdições, especialmente quando estas contradizem os seus interesses. Neste sentido, Andrew Guzman sustenta que “governos buscando maximizar o bem-

⁵⁰⁴ O Dilema do Prisioneiro foi originalmente proposto em 1950, por Merrill Flood e Melvin Dreshe no âmbito de estudos sobre teoria dos jogos realizados pela Rand Corporation. A primeira publicação que registrou o Dilema do Prisioneiro ocorreu em 1957, quando Duncan Luce e Howard Raiffa descreveram o problema, atualmente empregado em milhares de trabalhos acadêmicos dos mais diversos segmentos. (Sobre o tema, ver em: RIOS, Diego; CRESTO, Eleonora. Prisoner’s Dilemma, One Shot and Iterated. In: **International Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences (Second Edition)**, 2015. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/B9780080970868240270>. Acesso em 30 dez. 2022, p. 245-249).

⁵⁰⁵ Discussões sobre o alcance extraterritorial do *Sherman Act* nos Estados Unidos bem ilustram esta questão. Sobre o tema, consultar: DODGE, William S. **Extraterritoriality and Conflict of Laws Theory: An argument for Judicial Unilateralism**. Volume 39, Number 1, Winter 1998. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2712013. Acesso em: 19 mar. 2022.

estar de seus residentes não considerarão os custos e benefícios das atividades que são sentidos além das fronteiras do seu Estado”⁵⁰⁶. Da mesma forma, sustentou William Dodge que “os legisladores nacionais têm incentivos para regular atividades e prevenir efeitos nocivos quando tais efeitos são sentidos por seus constituintes, [...] também têm incentivos para permitir atividades que geram benefícios domésticos às custas dos interesses estrangeiros”⁵⁰⁷.

O diagrama abaixo (Figura 6) permite visualizar uma hipotética estrutura de incentivos existente no cenário em que cooperar significa renunciar a aplicação da lei que melhor atende os seus interesses individuais em prol da adoção da solução mais eficiente em termos globais. No diagrama, considerou-se que os benefícios de cada Estado (Benefícios individuais = B_i) na aplicação da lei auto interessada puderam ser mensurados ($B_i=10$). Por outro lado, considerou-se que a aplicação de uma solução cooperada, pensada em vistas à obtenção do melhor resultado em termos de bem-estar global traz a cada Estado, individualmente, um benefício menor (Benefícios da cooperação = B_c), mas ainda assim positivo ($B_c=5$). Considerou-se, ainda, que as preferências normativas dos Estados X e Y são opostas – e, assim, sempre que o interesse do Estado X prevalece, o Estado Y não tem qualquer ganho (e vice-versa). A distribuição de ganhos e perdas, neste cenário, pode ser expressa da seguinte forma:

FIGURA 6 – Dilema do Prisioneiro

		Estado Y	
		Coopera	Não Coopera
Estado X	Coopera	5 / 5	0 / 10
	Não Coopera	10 / 0	0 / 0

Fonte: Elaboração da Autora.

⁵⁰⁶ “A government seeking to maximize the welfare of its own residents will fail to take into account an activity’s costs and benefits to the extent they are felt outside the borders of the country”. (Tradução livre) GUZMAN, Andrew. **Choice of Law: New Foundations**. (August 2000). Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=237802. Acesso em 05 jan. 2021, p. 904.

⁵⁰⁷ “National legislatures have an incentive to regulate international business to prevent harmful effects only when their constituents feel such harmful effects. National legislatures also have an incentive to permit activities that benefit domestic interests at the expense of foreign interests”. (Tradução livre) DODGE, William S. **Extraterritoriality and Conflict of Laws Theory: An argument for Judicial Unilateralism**. Volume 39, Number 1, Winter 1998. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2712013. Acesso em: 19 mar. 2022, p. 153.

Em situações como a do Dilema do Prisioneiro, para que os agentes abdicuem da solução que melhor atende seus próprios interesses, é preciso que existam estruturas que promovam incentivos à cooperação. Antes de se examinar quais as possibilidades para uma cooperação internacional efetiva em torno dos dilemas transfronteiriços trazidos pela Internet, porém, o trabalho procurará aclarar a tentação para não cooperar e as consequências das posturas não cooperativas diante da regulação da Internet. Tais consequências são comparáveis às metáforas célebres de Garrett Hardin e Michael Heller sobre as tragédias dos comuns e dos anti-comuns, bastante empregadas na discussão sobre direitos de propriedade na AED. Seguindo a analogia proposta entre direitos de jurisdição e direitos de propriedade⁵⁰⁸, pode-se utilizar das duas tragédias para analisar o impacto de sistemas não cooperativos para a regulação da Internet, que podem resultar em consequências opostas às pretendidas pelos Estados.

Saliente-se, como esclareceu Ivo Gico Jr.⁵⁰⁹, que a ideia de tragédia tal como utilizada nos estudos econômicos não necessariamente indica um resultado triste, mas sim algo inexorável, a despeito de ser contrário à intenção dos agentes, que agiam racionalmente perseguindo o seu auto interesse. Trata-se de uma alusão ao gênero literário e cênico nascido na Grécia Antiga, cujo enredo se caracteriza por narrar a história de um herói que, geralmente, termina com sua morte ou destruição, vista como uma inescapável força do destino⁵¹⁰.

Pode-se recorrer, portanto, a esta ideia simbólica da tragédia para atentar-se às consequências da falta de coordenação internacional para a regulação da Internet.

4.3.1 A tragédia dos anti-comuns e a Internet como terra de ninguém

A tragédia dos anti-comuns – elaborada como o reflexo espelhado da tragédia dos comuns, que será detalhada mais adiante⁵¹¹ - tornou-se célebre após a descrição feita por Michael Heller⁵¹² da ocupação de estabelecimentos comerciais na Rússia após a derrocada do comunismo. Segundo o autor, enquanto as ruas de Moscou eram tomadas por quiosques de comerciantes animados com as novas possibilidades da economia de mercado, os imóveis destinados ao comércio permaneciam fechados e vazios. O autor, então, indagava o que estaria

⁵⁰⁸ Ver item 4.1 *supra*.

⁵⁰⁹ GICO Jr., Ivo. **A tragédia do Judiciário**: subinvestimento em capital jurídico e sobreutilização do Judiciário. Tese de Doutorado. 2012. Universidade de Brasília. Disponível em: https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13529/1/2012_IvoTeixeiraGicoJunior.pdf. Acesso em: 04 dez. 2022.

⁵¹⁰ SANTOS, Adilson. A tragédia grega: um estudo teórico. **Revista Investigações**. Disponível em: <https://periodicos.ufpe.br/revistas/INV/article/view/1501>. Acesso em 05 mar. 2022.

⁵¹¹ Ver item 4.3.2 *infra*.

⁵¹² HELLER, Michael. The tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets. **Harvard Law Review**, 111, no 3 (1998). Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1608&context=articles>. Acesso em 01 mar. 2022.

impedindo tais comerciantes de negociar com os donos dos imóveis para utilizá-los em suas atividades comerciais.

A explicação encontrada foi a de que o excesso de fragmentação da propriedade privada que caracterizou a transição da economia planificada russa para a economia de mercado fazia com que diversas pessoas possuíssem fragmentos de direitos de propriedade sobre um mesmo imóvel, o que obrigava um eventual interessado em utilizá-lo a ter de negociar com todos os proprietários ao mesmo tempo. A multiplicidade de interesses envolvidos e a dificuldade para obter consensos impedia que houvesse acordo, no que o autor denominou de tragédia dos anti-comuns: a subutilização de recursos como consequência da fragmentação de sua titularidade entre múltiplos sujeitos, cada qual com o direito de excluir o acesso de terceiros ao que lhe pertence.

Para Joel Trachtman⁵¹³, a concepção estritamente territorial sobre a jurisdição Estatal torna-se um exemplo de tragédia dos anti-comuns, pois tal qual o proprietário que tem o direito de excluir a intromissão de terceiros em sua propriedade, cada Estado tem o direito de excluir a ação do outro em seu território. Como consequência, da mesma forma que os proprietários fragmentados acabam impedidos de utilizar os seus recursos, os Estados pautados na estrita fragmentação territorial de suas jurisdições se veriam alijados de sua capacidade de efetivamente regular os temas de seu interesse.

Um exemplo hipotético pode ajudar a visualização da questão: um sujeito X, residente no Estado A, é alvo de uma publicação difamatória feita por um perfil *fake* em uma rede social Y, controlada por empresa com sede no Estado B. O requerente X, então, ingressa com uma ação no Estado A visando à remoção do conteúdo difamatório da plataforma Y e à identificação da autoria da publicação.

Para o Estado A, ao julgar a ação, é individualmente mais vantajoso aplicar a *lex fori* (isto é, a sua própria lei) já que, partindo do pressuposto da racionalidade dos Estados, ela foi aprovada pois entendida como o melhor arranjo para os seus interesses. Ademais, a *lex fori* lhe é conhecida, o que permitirá um julgamento com menos trabalho e tempo empregado do que se tiver de aplicar uma lei estrangeira, que, via de regra, o julgador desconhece⁵¹⁴. Para o sujeito X que propôs a ação no Estado A, possivelmente a aplicação da lei do Estado A também será

⁵¹³ TRACHTMAN, Joel P. **Economic Analysis of Prescriptive Jurisdiction and Choice of Law**. (March 2001) Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=258183. Acesso em 22 jan. 2022, p. 12.

⁵¹⁴ MAZUOLLI, Valerio. **Curso de Direito Internacional Privado**. 2ª ed. São Paulo: Forense, 2017, p. 153.

alternativa que lhe representará o menor custo, já que terá mais alternativas de escritórios para contratar e provavelmente receberá um julgamento mais célere das Cortes nacionais⁵¹⁵.

Não obstante, se a empresa Y não tem presença física nem patrimônio no Estado A, apenas no Estado B, a decisão proferida no Estado A, para ser eficaz, precisará ser homologada no Estado B e executada naquele Estado. Esse procedimento também envolve custos ao sujeito X e dependerá do Estado B desejar cooperar, reconhecer e executar a sentença proferida em A. Partindo da premissa de uma territorialidade exclusiva e não cooperativa, se o Estado B não quiser cooperar, a decisão do Estado A não produzirá efeitos, e o demandante X apenas gastou tempo e dinheiro inutilmente obtendo uma decisão judicial que, embora tenha julgado procedente seu pedido, não lhe trará ganhos concretos. Ao contrário, sua situação torna-se pior do que a de sua posição original, já que despendeu recursos com o processo ineficaz. Ao fim e ao cabo, teria sido melhor não ingressar com a ação e permitir que a difamação seguisse sem qualquer oposição.

Suponha-se, então, que o sujeito X decidiu ingressar com a ação no Estado B, a despeito dos maiores custos para litigar fora de seu país de residência. Partindo do pressuposto de que o Estado B também não será cooperativo, tem-se que aplicará também a *lex fori*, isto é: aplicará sua própria lei para definir se a remoção do conteúdo deve ser realizada e se os dados pessoais do usuário devem ser fornecidos. Não obstante, a plataforma Y pode ter escolhido o Estado B como o Estado de sua sede e local de sua incorporação especificamente porque desejava estar vinculada às leis do Estado B, que lhe seriam favoráveis.

A questão foi destacada por Horatia Muir Watt⁵¹⁶, que constatou que os destinatários das normas legais (cidadãos, empresas e outras organizações) possuem, atualmente, elevada mobilidade internacional. A Internet tornou muito mais simples a realocação de fatores produtivos, pois, devido à intangibilidade da informação, não há qualquer necessidade de uma plataforma de serviços *online* manter proximidade física com os mercados almejados. A falta de consenso internacional sobre o que deve ou não ser exigido das prestadoras de serviços *online* torna possível escapar de normas territorialmente limitadas com facilidade. Por isto, David Johnson e David Post⁵¹⁷ afirmaram que os esforços para regular a Internet seriam inúteis,

⁵¹⁵ KONO, Toshiyuki. **Efficiency in Private International Law**. In: Collected Courses of the Hague Academy of International Law (Volume 369). Disponível em: https://referenceworks.brillonline.com/entries/the-hague-academy-collected-courses/*A9789004267978_04. Acesso em 15 jan. 2022, p. 446.

⁵¹⁶ MUIR WATT, Horatia. **Aspéctes économiques du droit international privé: réflexions sur l'impact de la globalisation économique sur les fondements des conflits de lois et de juridictions**. Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye. V.307, 2004, p. 53.

⁵¹⁷ JOHNSON, David; POST, David. **Law and Borders: the rise of Law in Cyberspace**. Stanford Law Review. Vol. 48, No. 5. May 1996. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1229390>. Acesso em 01 mar. 2022, p. 1372.

já que os indivíduos poderiam de maneira simples e sem a possibilidade de serem detidos, cruzar as fronteiras virtuais rumo à outra soberania, afastando-se de leis desfavoráveis e buscando garantir a aplicação das leis que melhor atendem os seus interesses.

A possibilidade da escolha da lei e do foro que melhor atende aos interesses de uma parte determinada é denominada de *fórum shopping* - isto é: a escolha de uma corte determinada para propositura da disputa com vistas a assegurar um determinado resultado material⁵¹⁸. Se as cortes de cada Estado aplicam apenas a lei do foro, diante da multiplicidade de cortes competentes para apreciar uma disputa com conexão internacional, as partes podem desejar escolher o local de propositura da ação em que o direito material seja mais favorável, pois isso lhe trará uma maior possibilidade de êxito em seus pleitos⁵¹⁹. A situação gera efeitos *ex ante* e *ex post* a efetiva ocorrência do fato jurídico em debate.

Após a ocorrência do conflito, a possibilidade de *forum shopping* repercute no comportamento das partes na medida em que, sabendo que quem ajuizar a ação primeiro terá uma grande vantagem ao escolher o local da propositura da ação, as Partes podem ser induzidas a uma espécie de corrida às cortes. Isso porque, ao escolher o local de discussão e, por consequência, o Direito aplicável, aquele que ajuizar a demanda primeiro, terá mais chances de ganhar a disputa⁵²⁰. Assim, os potenciais réus nas disputas poderiam apressar-se a buscar remédios judiciais declaratórios, visando impedir o autor a proposição de uma demanda no foro que lhe fosse mais conveniente. Foi exatamente o que fez o *Yahoo*, no caso narrado no início do capítulo, ao procurar garantir nas cortes da Califórnia a inexecutabilidade das decisões francesas antes mesmo do processo ser encerrado no país europeu.

Esse incentivo à corrida às cortes, porém, faz com que autor e réu estejam menos propensos a soluções acordadas, podendo iniciar ações judiciais desnecessárias, pelo simples receio da outra parte fazê-lo primeiro. Ademais, a questão da competência do juízo torna-se questão da maior importância, gerando incentivos para as partes desembolsarem valiosos

⁵¹⁸ DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado** – Parte Geral. 10ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 434.

⁵¹⁹ HASTREITER, Michele Alessandra. WACHOWICZ, Marcos. Derechos de autor y derecho internacional privado: la necesaria superación del paradigma de la territorialidad en la sociedad informacional. In: SOL TERLIZZI, María. WACHOWICZ, Marcos. **Propriedad Intelectual, sociedade y desarrollo**. Reflexiones desde Latinoamérica. 1ª ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Flacso Argentina; Curitiba: GEDAI-UFPR, 2020, p. 79; LUTZI, Tobias. Internet Cases in EU Private International Law Developing a Coherent Approach. Volume 66, Issue 3. July 2017, pp. 687-721 Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/journals/international-and-comparative-law-quarterly/article/internet-cases-in-eu-private-international-law-developing-a-coherent-approach/D0A2620AFC178147DCBFB7CCA394FC2D>. Acesso em 02 fev. 2023.

⁵²⁰ RUHL, Giesela. Methods and Approaches in Choice of Law: an economic perspective. **Berkeley Journal of International Law**, vol. 24, 2006, p. 809 Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=920999. Acesso em 22 ago. 2021.

recursos na arguição desta questão processual preliminar – para além de debaterem o mérito da disputa⁵²¹.

A grande preocupação com as posturas não cooperativas que induzem ao *fórum shopping*, porém, se dá nos incentivos gerados às partes antes mesmo da ocorrência da disputa, quando a vinculação jurisdicional se dá apenas com base nas vantagens potenciais, bem como aos incentivos gerados aos Estados diante da mobilidade dos agentes econômicos. Isso porque, tendo em vista a territorialidade que recai sobre a noção de jurisdição executiva, uma das formas pelas quais uma empresa pode escolher o foro ao qual se sujeitará é instalando-se em um local determinado e mantendo, neste local, os seus bens. Por isso, o regime jurídico existente em um país passa a ser uma das razões consideradas pelos agentes econômicos para decidirem onde desejam se instalar⁵²².

A mobilidade dos agentes econômicos leva a uma concorrência entre legislações, já que os países passam a desejar atrair investimentos estrangeiros e, para isso, buscam constantemente adaptar seus arranjos regulatórios para criar vantagens comparativas à sua jurisdição. Com isso, os Estados passam a ter incentivos para alterar seu ambiente regulatório visando a incentivar a escolha das suas leis pelas partes.

Ao mesmo tempo em que essa situação estimula os Estados a melhorarem seus ambientes de negócio, é uma ingenuidade pressupor que os efeitos de uma competição regulatória serão apenas positivos. Se o enfoque dos Estados é voltado a tornar a legislação atraente para os negócios, isto pode ocorrer às custas de sua arrecadação fiscal, ou das regras voltadas à proteção dos direitos humanos, dos trabalhadores e do meio-ambiente. Trata-se do fenômeno conhecido como *race to the bottom* ou nivelamento por baixo: o processo de redução gradativa de parâmetros normativos, visando a criação de cenários mais atrativos para investidores, que pode levar a uma paulatina redução dos padrões normativos globais em uma crescente liberalização em detrimento de certos valores e categorias de interesses⁵²³.

Isso acontece especialmente porque há uma grande distorção no modelo de liberalismo impulsionado pela globalização: a mobilidade do capital simplesmente não é a mesma da força de trabalho, o que enviesa a direção das mudanças institucionais em detrimento dos mais

⁵²¹ RUHL, Giesela. Methods and Approaches in Choice of Law: an economic perspective. **Berkeley Journal of International Law**, vol. 24, 2006, p. 809 Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=920999. Acesso em 22 ago. 2021.

⁵²² HASTREITER, Michele Alessandra; WINTER, Luís Alexandre Carta. Racionalidade econômica e os acordos bilaterais de investimento. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 12, n. 2, 2015 p. 289.

⁵²³ Anu Bradford afirma que na atualidade algumas evidências desacreditam a teoria do *race to the bottom*, apontando para indícios de que a globalização geraria o efeito contrário, uma espécie de *race to the top*, do qual o Efeito Bruxelas seria o maior exemplo, conforme será explorado no Capítulo 5. (BRADFORD, Anu. **The Brussels Effect: How the European Union rules the world**. New York: Oxford University Press, 2020, p. 15).

vulneráveis⁵²⁴. Enquanto empresas podem mudar sua sede ou o local de sua incorporação com relativa facilidade, recebendo estímulos para tanto, o sistema internacional ainda reluta para reconhecer o direito de imigrar⁵²⁵ – e os seres humanos não têm a mesma capacidade de eleger o local em que viverão, de modo que seus interesses ficam à margem da competição regulatória⁵²⁶.

Pensando especificamente no universo da regulação do ambiente digital, Fabrício Bertini Pasquot Polido, Lucas Costa dos Anjos e Laíza Couto Chaves Brandão⁵²⁷ chamam a atenção para a possibilidade da ubiquidade da Internet propiciar o surgimento de “paraísos regulatórios” – os quais, em uma analogia aos paraísos fiscais, favoreceriam, de modo desequilibrado, quem busca realocar seus ativos (seus servidores, a sede das empresas, o local onde ficam os seus empregados e administradores) em Estados mais lenientes, como uma forma de evasão regulatória, em detrimento dos direitos das pessoas.

Assim, retomando o exemplo do sujeito X que deseja retirar um conteúdo da plataforma Y localizada no Estado B, é possível que a legislação do Estado B proteja a plataforma Y de qualquer obrigação que contrarie os seus interesses. Como a plataforma Y pode ter interesses de mercado na manutenção do sigilo dos seus usuários e na inexistência de moderação pública do conteúdo que disponibiliza, a legislação do Estado B pode ser pensada em promover especificamente estes valores, ainda que isto possa acontecer em sacrifício aos direitos fundamentais do sujeito X.

Aplicando a metáfora da tragédia dos anti-comuns, tem-se que a percepção da inutilidade da regulação acabaria sendo, por fim, um desincentivo a sua própria existência. Neste sentido, Andrew Guzman⁵²⁸ afirma que, se um Estado deseja proibir uma conduta, mas

⁵²⁴ MUIR WATT, Horatia. **Aspéctes économiques du droit international privé: réflexions sur l’impact de la globalisation économique sur les fondements des conflits de lois et de juridictions**. Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye. V.307, 2004, p. 66.

⁵²⁵ A ideia de que o direito de imigrar seja reconhecido como um direito humano é defendida por Kieran Oberman, para quem essa noção não se confunde com um pleito pela abolição completa das fronteiras, já que os Direitos Humanos não são absolutos, e podem ser limitados em determinadas circunstâncias. (Sobre o assunto: OBERMAN, Kieran. **Immigration as a Human Right**. In: FINE, Sarah; YPI, Lea. *The Ethics of Movement and Membership*. Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 32 e ss).

⁵²⁶ A este respeito também se manifestou Antônio Augusto Cançado Trindade, ao destacar que, no mundo globalizado, as fronteiras estão abertas para o capital, bens e serviços, mas não para os seres humanos. (CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Deslocados e a proteção dos migrantes na legislação internacional dos Direitos Humanos*. **Cadernos de Debates – Refúgio, Migrações e Cidadania**, v. 03, n. 03, 2008, p. 5. Disponível em: https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/02/Caderno-de-Debates-03_Ref%C3%BAgio-Migra%C3%A7%C3%B5es-e-Cidadania.pdf. Acesso em 13 jan. 2023).

⁵²⁷ POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot. ANJOS, Lucas Costa. Brandão, Luiza Couto Chaves. **Governança Global da Internet, Conflito de Leis e Jurisdição**. Belo Horizonte: Instituto de Referência em Internet e Sociedade, 2018, p. 120.

⁵²⁸ GUZMAN, Andrew. **Choice of Law: New Foundations**. (August 2000). Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=237802. Acesso em 05 jan. 2021, p. 910.

só puder fazê-lo dentro do seu território, ele poderá apenas impedir que os seus residentes participem da conduta determinada, não podendo fazer incidir nenhuma proibição sobre os estrangeiros. No caso do exemplo, o Estado A só poderá regular as empresas que prestam serviços *online* que estão fisicamente situadas em seu território. Ocorre que a permissão da mesma atividade em outros Estados pode gerar externalidades ao Estado proibidor – já que o usuário X acessava a plataforma Y, que não tinha presença física no Estado A – o que pode acabar com os benefícios percebidos pela regulação, que se torna, então, ineficiente. O Estado A pode se ver, então, tentado a mudar sua legislação para atrair empresas, tais como a plataforma Y. Pouco a pouco, as normas protetivas dos sujeitos com menor mobilidade e poder de barganha se esvaziam.

Diante disso, Andrew Guzman⁵²⁹ sustenta que a territorialidade gera incentivos para que os Estados desistam de regular condutas que reduzem o bem-estar local e as permitam simplesmente porque a alternativa de proibi-las apenas localmente e ainda assim permanecer exposto aos seus efeitos nocivos gera custos, sem que haja os correspondentes benefícios da regulação. Isto pode levar atividades que são globalmente ineficientes a seguirem desreguladas. Nas palavras do autor, “a territorialidade leva a uma subregulamentação”⁵³⁰.

A título exemplificativo, pode-se mencionar o debate sobre a desregulamentação de jogos de azar. Alguns países podem ver-se tentados a reduzir padrões normativos para atrair a instalação de empresas que exploram apostas e jogos de azar via Internet, visando a possíveis ganhos com a receita advinda da tributação destas atividades. Ao fazê-lo, não consideram os impactos da liberalização na saúde pública e a possibilidade de tais atividades serem utilizadas para lavagem de dinheiro, ajudando a ocultar outras atividades criminosas, preocupação que leva outros Estados a proibirem a mesma conduta. Não obstante, quando um Estado permite a existência deste tipo de negócio *online*, o site torna-se acessível, em princípio, ao mundo todo, inclusive a usuários localizados em países proibidores da exploração comercial de jogos de azar. De tal modo, mesmo Estados que adotam legislações restritivas aos jogos de aposta passam a ser impactados pela permissibilidade da outra jurisdição.

Isto pode fazer com que o Estado proibidor entenda que não é mais vantajoso seguir restringindo a conduta, e optar pelo caminho da liberalização, a qual também pode atingir o mundo *offline*. Este argumento tem sido expressamente utilizado na discussão quanto ao tema

⁵²⁹ GUZMAN, Andrew. **Choice of Law: New Foundations**. (August 2000). Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=237802. Acesso em 05 jan. 2021, p. 910.

⁵³⁰ “*Territoriality leads to underregulation*” (Tradução livre de: GUZMAN, Andrew. **Choice of Law: New Foundations**. (August 2000). Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=237802. Acesso em 05 jan. 2021, p. 910).

no Brasil. O Projeto de Lei 1.471/15⁵³¹ que visa à liberação da exploração de bingos e outros jogos de aposta no Estado expressamente menciona, em sua exposição de motivos, a impossibilidade de controle das apostas *online*, considerando que – já que não se pode coibir as apostas de maneira eficiente – pode ser mais adequado simplesmente permitir que, então, elas ocorram no Brasil, gerando receita interna e fazendo incidir tributos sobre a atividade⁵³².

Nota-se, assim, que a ausência de cooperação entre os Estados e o apego excessivo à territorialidade como limite jurisdicional pode ter como uma de suas consequências a sub-regulamentação das atividades *online*, tendo em vista a ineficácia das normas territoriais. A Internet como “terra sem lei”, contudo, não seria um espaço de plena liberdade, uma vez que, conforme já se discutiu nesta tese⁵³³, a regulação pelo código – isto é, pelas grandes corporações que dominam o código – continuaria existindo e de forma mais poderosa do que nunca, sem ser contrabalanceada por preocupações de interesse coletivo defendidas pelos Estados.

Ademais, há que se ter em mente que os agentes tomam decisões em processos dinâmicos, observando incentivos que se alteram conforme as ações dos demais. Na atualidade, é possível afirmar que a ineficácia do exercício jurisdicional pautado na territorialidade e a das medidas de cooperação tornaram-se um incentivo para que os Estados fizessem reivindicações extraterritoriais cada vez mais agressivas e utilizassem de medidas como a possibilidade de bloqueio das plataformas para impor suas leis.

Nesse contexto, a estratégia usualmente adotada pelos Estados é a de justificar a aplicabilidade de suas leis com base em fatores de conexão dotados de menor mobilidade, como é o caso do mercado consumidor. Uma prestadora de serviços *online* pode até escolher onde alocar sua sede e seus ativos, mas não pode mudar o local onde se encontram os usuários que pretende alcançar. Anu Bradford usou a expressão “alvos inelásticos” para referir-se a situações em que a vinculação a um determinado regime regulamentar não está sujeita a escolha da empresa⁵³⁴. Quando o escopo espacial da legislação local é definido a partir do local de

⁵³¹ BRASIL. Câmara dos Deputados, **Projeto de Lei 1471/15 da Deputada Renata Abreu (PTN-SP)**. Disponível em:

https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1331468&filename=PL+1471/2015. Acesso em 01 mar. 2022.

⁵³² Nas palavras da deputada Renata Abreu, autora do Projeto: “Pela Internet, também é possível apostar e transferir recursos online para bancas de jogos e cassinos virtuais situados fora do Brasil, com elevados gastos de divisas. Portanto, já é hora do Congresso Nacional superar a hipocrisia, discutir a matéria e regulamentar o jogo da forma mais adequada a cumprir suas finalidades diversionistas e lúdicas e, em adendo, contribuir com recursos para financiar ações sociais”. (BRASIL. Câmara dos Deputados, **Projeto de Lei 1471/15 da Deputada Renata Abreu (PTN-SP)**. Disponível em:

https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1331468&filename=PL+1471/2015. Acesso em 01 mar. 2022.).

⁵³³ Ver item 2.3 *infra*.

⁵³⁴ BRADFORD, Anu. **The Brussels Effect**. New York: Oxford University Press, 2020, p. 49.

domicílio ou residência dos usuários, por exemplo, as empresas podem se ver compelidas à conformidade com legislações domésticas dos Estados cujos mercados pretendem acessar.

A Internet que era *res nullius* se tornou, então, *res commune*. Ocorre que esta solução também produz resultados trágicos.

4.3.2 A tragédia dos comuns e a Internet como a terra de todos

A tragédia dos comuns popularizou-se após ter sido utilizada por Garrett Hardin⁵³⁵, em 1968, em um estudo que abordava os problemas oriundos do crescimento populacional e que, segundo o autor, poderiam levar ao esgotamento dos recursos naturais. A ideia fundamental por detrás da metáfora é a de que os recursos comuns acabam sendo sobreutilizados quando cada agente movido pelo seu próprio auto interesse pode utilizar do recurso sem qualquer limitação⁵³⁶. A solução, segundo o autor, perpassaria pelo “cercamento” dos bens comuns, o que fez com que a alusão à tragédia dos comuns passasse a ser utilizada como argumento em prol da propriedade privada⁵³⁷.

Ao transpor a lógica da tragédia dos comuns ao exercício jurisdicional dos Estados, tem-se que, se a jurisdição prescritiva for tratada como *res commune*, permitindo que qualquer Estado regule qualquer assunto, o resultado poderá ser uma hiper-regulação das atividades humanas⁵³⁸. O atual cenário de pluralidade normativa sobre a Internet pode, de fato, ser um exemplo que confirma esta pressuposição.

A distinção entre territorialidade e extraterritorialidade nem sempre é clara nos debates jurisdicionais sobre a Internet e muitas vezes os Estados invocam argumentos pautados na territorialidade para sustentar a incidência de suas leis com efeitos extraterritoriais⁵³⁹. É o que acontece, por exemplo, com as duas principais normas que regulam as atividades digitais no Brasil: o Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014) e a Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018).

As reivindicações jurisdicionais do Marco Civil da Internet e da LGPD não são admitidamente extraterritoriais: em verdade, tais legislações se baseiam na existência de certas

⁵³⁵ HARDIN, Garrett. The tragedy of commons. *Science*, Vol. 162. December 13th, 1968. Disponível em: <http://science.sciencemag.org/content/162/3859/1243>. Acesso em 01 mar. 2022.

⁵³⁶ AGUSTINHO, Eduardo Oliveira. *As tragédias dos comuns e dos anticomuns*. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (org). *Análise econômica do Direito: uma introdução*. Introdução, capítulos 1 a 4. p.13 a 69. Belo Horizonte: Forum, 2011, p. 49.

⁵³⁷ A defesa da privatização contudo, simplifica a compreensão sobre a tragédia dos comuns, já que podem existir outras formas de regulação para o uso da propriedade pública.

⁵³⁸ TRACHTMAN, Joel P. *Economic Analysis of Prescriptive Jurisdiction and Choice of Law*. (March 2001). Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=258183. Acesso em 16 jan. 2022, p. 12

⁵³⁹ SVANTESSON, Dan Jerker B. Solving the Internet Jurisdiction Puzzle. *Oxford Scholarship Online*, 2017, p. 42.

atividades realizadas em território nacional (como a coleta de dados ou a prestação de serviços). Alguns autores – como Cedric Ryngaert e Mistale Taylor⁵⁴⁰ - têm preferido referir-se a tais asserções jurisdicionais como “extensões da territorialidade”. Não obstante, o fato de demandarem obrigações a sujeitos que estão fora do território nacional certamente permite concluir, ao menos, pela geração de externalidades extraterritoriais por parte destas regulações.

O artigo 11 do Marco Civil da Internet, por exemplo, estabeleceu que a oferta de serviços ao público brasileiro justifica a aplicação extraterritorial do Direito brasileiro como um todo, conforme segue:

Art. 11. Em qualquer operação de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, de dados pessoais ou de comunicações por provedores de conexão e de aplicações de Internet em que pelo menos um desses atos ocorra em território nacional, **deverão ser obrigatoriamente respeitados a legislação brasileira** e os direitos à privacidade, à proteção dos dados pessoais e ao sigilo das comunicações privadas e dos registros.

§ 1º O disposto no caput aplica-se aos dados coletados em território nacional e ao conteúdo das comunicações, desde que pelo menos um dos terminais esteja localizado no Brasil.

§ 2º O disposto no caput aplica-se **mesmo que as atividades sejam realizadas por pessoa jurídica sediada no exterior**, desde que **oferte serviço ao público brasileiro** ou pelo menos uma integrante do mesmo grupo econômico possua estabelecimento no Brasil. (grifo nosso)⁵⁴¹

Da leitura do artigo 11, pode-se concluir que uma pessoa jurídica sediada no exterior pode se ver obrigada a seguir qualquer disposição da legislação brasileira ao ofertar serviço ao público local. A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) brasileira, em seu artigo 3º, também produz efeitos que transcendem as fronteiras nacionais ao estabelecer:

Art. 3º Esta Lei aplica-se a qualquer operação de tratamento realizada por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, **independentemente do meio, do Estado de sua sede ou do Estado onde estejam localizados os dados**, desde que:

I - a operação de tratamento seja realizada no território nacional;

II - a atividade de tratamento tenha por objetivo a oferta ou o fornecimento de bens ou serviços ou o tratamento de dados de indivíduos localizados no território nacional; ou

III - **os dados pessoais objeto do tratamento tenham sido coletados no território nacional.**

§ 1º Consideram-se coletados no território nacional os dados pessoais cujo **titular nele se encontre no momento da coleta**⁵⁴². (grifo nosso)

⁵⁴⁰ RYNGAERT, Cedric; TAYLOR, Mistale. The GDPR as global data protection regulation? AJIL Unbound. Vol. 114. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-core/content/view/CB416FF11457C21B02C0D1DA7BE8E688/S2398772319000801a.pdf/the-gdpr-as-global-data-protection-regulation.pdf>. Acesso em 03 dez. 2022.

⁵⁴¹ BRASIL. Lei 12.965 de 23 de abril de 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm. Acesso em 26 jul. 2022

⁵⁴² BRASIL. Lei nº 13.709 de 14 de agosto de 2018. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm. Acesso em 26 jul. 2022

O que gera a incidência da LGPD seria um ato ocorrido no Brasil: a coleta de dados. Tendo em mente o funcionamento das plataformas digitais, isto significa que, em tese, basta que um turista utilize o seu celular, no Brasil, e acesse um aplicativo estrangeiro que coleta dados, para a LGPD ter de ser observada pelo provedor da aplicação. Como se verá adiante⁵⁴³, a perspectiva da LGPD brasileira é até mais ampla, no que diz respeito à extraterritorialidade de suas disposições, do que o diploma europeu que a inspirou: o Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD)⁵⁴⁴, que também recebe críticas por sua abrangência.

O objetivo das reivindicações extraterritoriais da LGPD e do RGPD, de fato, é o de alcançar principalmente as grandes empresas norte-americanas, que faturam trilhões com a coleta e tratamento de dados de usuários no Brasil, na Europa e no mundo todo. Uma combinação de fatores garante o sucesso da reivindicação extraterritorial feita por tais normativas: (i) o fato de fixarem a jurisdição com base em um critério inelástico, isto é, que não pode ser alterado mediante simples vontade da empresa (como é o caso do local de domicílio dos usuários); (ii) o fato de poderem ser acompanhadas de medidas de destruição de mercado para assegurar o cumprimento de suas disposições; e (iii) o fato de serem, em última análise, uma pré-condição de acesso à mercados atrativos (como é o caso do mercado de internautas do Brasil e da Europa).

Ocorre que o Brasil e a União Europeia não são os únicos a procurar regular a coleta de dados e as condutas das empresas de tecnologia com reivindicações extraterritoriais. Ao contrário, o Mapa da Responsabilidade de Intermediários, mantido pela Universidade de Stanford⁵⁴⁵, reuniu mais de trezentos instrumentos legislativos domésticos que, espalhados pelo mundo, contém normas aplicáveis aos intermediários da Internet.

O Marco Civil da Internet é considerado uma referência internacional quanto a regulação da Internet. A Freedom House referiu-se à lei brasileira como “um dos diplomas normativos mais abrangentes do mundo na proteção de direitos humanos *online*”⁵⁴⁶. Não obstante, a entidade pública, há onze anos, um relatório que monitora os direitos humanos e a

⁵⁴³ Ver item 6.4.4 *infra*.

⁵⁴⁴ UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho De 27 De Abril De 2016 Relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE** (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados). Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0679>. Acesso em 14 nov. 2022.

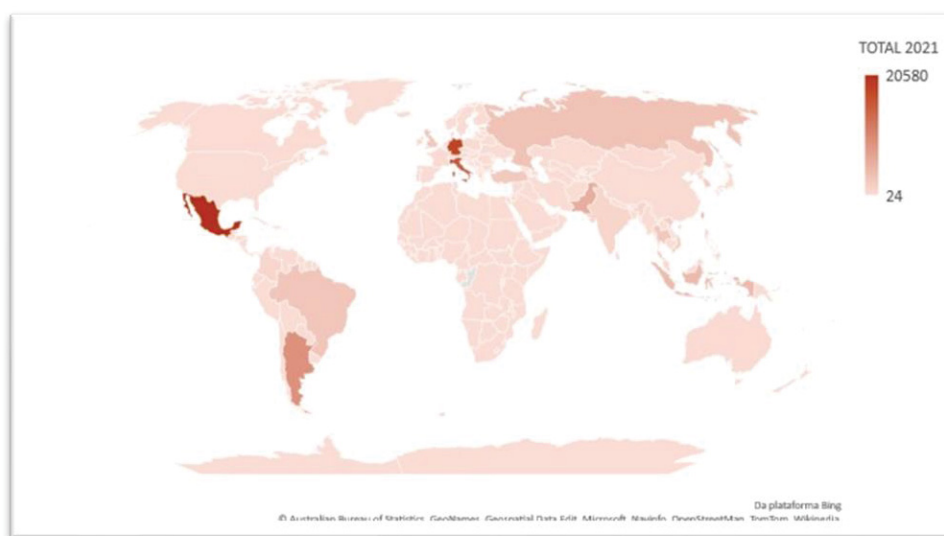
⁵⁴⁵ STANFORD UNIVERSITY. **World Intermediary Liability Map**. Disponível em: <https://wilmap.stanford.edu/>. Acesso em 26 jul. 2022.

⁵⁴⁶ “*One of the world’s most comprehensive laws protecting human rights online*”. (Tradução livre de: FREEDOM HOUSE. **Freedom on the Net 2021. The Global Drive to Control Big Tech**. Disponível em: https://freedomhouse.org/sites/default/files/2021-09/FOTN_2021_Complete_Booklet_09162021_FINAL_UPDATED.pdf. Acesso em 26 nov. 2022, p. 15).

liberdade na Internet e constata que, ano a ano, aumentam as regulações que impõem restrições à rede mundial de computadores. A este respeito, a entidade pondera que enquanto Estados democráticos podem aprovar boas leis que podem mitigar os danos *online* e aumentar a transparência e os mecanismos de *accountability* sobre as grandes corporações, há também o risco de que leis iliberais sejam utilizadas por políticos autoritários para limitar expressões legítimas, implementar mecanismos de vigilância sobre oponentes políticos e disseminar suas próprias mensagens e propagandas antidemocráticas⁵⁴⁷.

A moderação de conteúdo na Internet talvez seja o principal exemplo neste sentido. Os números do relatório de transparência da empresa Meta demonstra que a empresa – apenas em 2021 – removeu 98.400 postagens motivada por solicitações de remoção de conteúdo de suas redes sociais, emanadas por autoridades nacionais do mundo todo, conforme mostra o mapa abaixo (Figura 7), elaborada a partir dos relatórios divulgados pela empresa no primeiro e no segundo semestre de 2021.

FIGURA 7 – Mapa de Remoção de conteúdos do Facebook.



Fonte: Elaboração própria com base em dados do portal de transparência da Meta⁵⁴⁸.

O México foi o país que mais teve conteúdos removidos (com 20.580 postagens retiradas do ar) – sendo a maioria das publicações retiradas a pedido de autoridades sanitárias

⁵⁴⁷ FREEDOM HOUSE. **Freedom on the Net 2021**. The Global Drive to Control Big Tech. Disponível em: https://freedomhouse.org/sites/default/files/2021-09/FOTN_2021_Complete_Booklet_09162021_FINAL_UPDATED.pdf. Acesso em 26 nov. 2022, p.11.

⁵⁴⁸ META. **Transparency Center**. Disponível em: <https://transparency.fb.com/data/content-restrictions/>. Acesso em 03 nov. 2022.

locais. Em segundo lugar, está a Alemanha, com 18.000 postagens retiradas, e em terceiro a Itália, que teve 15.918 remoções.

A Alemanha, vale notar, foi muito criticada internacionalmente por sua lei *Netzwerkdurchsetzungsgesetz* (Lei de Aperfeiçoamento da Aplicação das Leis nas Redes Sociais, conhecida como NetzDG) que visa combater *fake news*, discurso de ódio e desinformação *online*. A norma criou um procedimento pelo qual conteúdos deveriam ser bloqueados pelas plataformas independentemente de ordem judicial dentro de um prazo de vinte e quatro horas após a denúncia, e obriga provedores sem presença física no território alemão a indicarem um representante local para receberem reclamações de usuários ou das autoridades públicas. A ideia é a de minimizar os danos de publicações contrárias à lei alemã a partir de um procedimento rápido e eficiente para retirada de conteúdo. Não obstante, há muita preocupação de que as exigências feitas pela lei alemã possam levar a uma limitação indevida à liberdade de expressão e a medida já foi questionada pelo Comitê de Direitos Humanos da ONU, em seus relatórios que monitoram os Estados quanto ao cumprimento das obrigações do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos⁵⁴⁹.

De toda sorte, os dados acima citados demonstram que a regulação da Internet é hoje parte constitutiva de grande parte dos sistemas jurídicos domésticos, que adotam regulações com variados graus de restritividade e, muitas vezes, acompanhando-as de sanções indiretas pesadas para assegurar sua produção de efeitos de forma extraterritorial. É por isto que Dan Jerker Swantesson⁵⁵⁰ afirma que há em curso uma verdadeira “corrida armamentista legal”, com cada Estado regulando de maneira autônoma e diversa as questões dos ambientes digitais. Assim, nos dizeres do autor, a Internet não é mais vista como terra de ninguém, mas como a terra de todos, já que todos os Estados do mundo querem ditar os seus padrões ao que acontece nos meios digitais.

Tendo como base os pedidos de remoção de conteúdo das redes sociais, é preciso ponderar que nem sempre aquilo que é considerado um conteúdo ilícito por um Estado também será visto como ilícito por outro Estado. Embora consensos universais existam – como é o caso da proibição de vinculação de conteúdo com exploração sexual de crianças, por exemplo – outras questões podem ser bastante controversas. Mesmo a apologia ao nazismo – como bem

⁵⁴⁹ UN HUMAN RIGHTS COMMITTEE. **Concluding observations on the seventh periodic report of Germany.** Disponível em: https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CCPR/Shared%20Documents/DEU/CCPR_C_DEU_CO_7_47161_E.pdf. Acesso em 26 nov. 2022.

⁵⁵⁰ SVANTESSON, Dan Jerker B. **Private International Law and the Internet.** The Netherlands: Kluwer Law International BV, 2016, p. 35.

ilustrou o caso do *Yahoo!* narrado no início do capítulo – pode ser um exemplo, já que a visão estadunidense quanto a liberdade de expressão determinava que o conteúdo não pudesse ser censurado. Ademais, pode-se até pressupor a existência de ordens de remoção de conteúdo baseadas em uma racionalidade que confronta princípios fundamentais de outros Estados. A este respeito, o relatório da *Freedom House*⁵⁵¹ apontou que alguns Estados autoritários copiaram o modelo alemão de regulação da Internet (a *NetzDG*) - que estabeleceu fortes mecanismos de imposição extraterritorial para obrigações de remoção de conteúdo - e passaram a utilizar tais modelos para demandar a retirada de conteúdos LGBTQIA+.

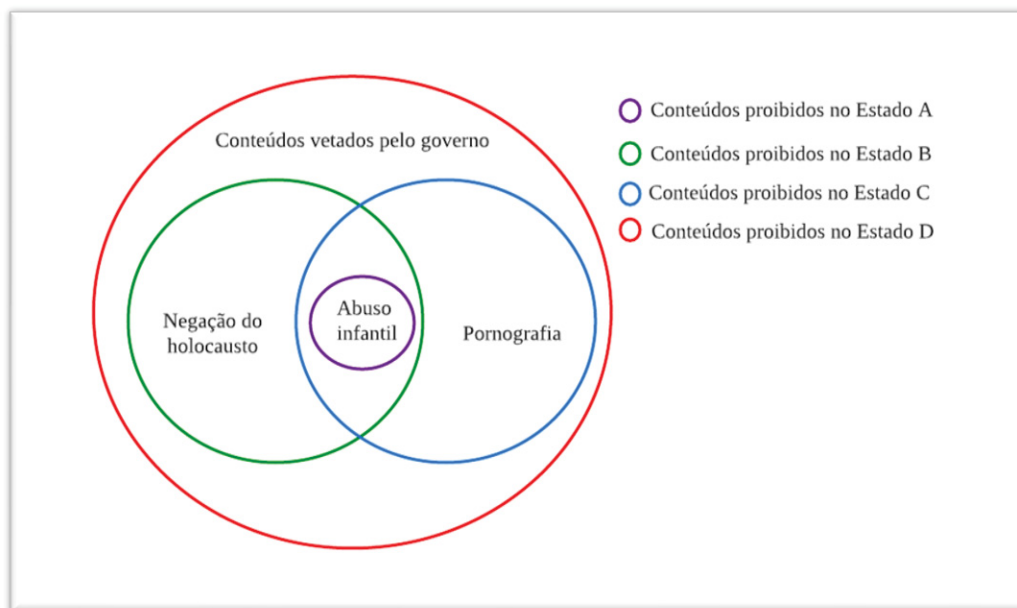
Para além dos custos gerados pela pluralidade normativa que já foram explorados anteriormente⁵⁵², há que se ter em mente que quando um agente se vê compelido a seguir duas normas distintas simultaneamente incidentes - sendo uma mais liberal e outra mais restrita - ele poderá optar por seguir o padrão mais restritivo de normatividade, sob a lógica de que, ao seguir o padrão mais rigoroso, estará coberto em todas as legislações que lhe são simultaneamente incidentes. Assim, não precisa personalizar suas plataformas de acordo com cada legislação específica (o que gera custos).

Suponha-se, neste contexto, que quatro grandes e atrativos mercados às *big techs* tenham visões diferentes sobre o que deve ou não estar na Internet. O Estado A, mais liberal, considera que apenas conteúdos de abuso infantil devem ser restringidos, sendo que todo o resto deve ser permitido nas redes. Neste Estado, eventuais abusos na expressão seriam resolvidos na esfera cível da reparação de danos, não havendo restrição quanto a outros conteúdos. O Estado B, por sua vez, considera que, além do abuso infantil, também deve ser considerado intolerável os discursos que negam a ocorrência do holocausto. Já o Estado C não atribui a mesma carga de reprovabilidade a estes discursos, entendendo que devem ser protegidos sob a ótica da liberdade de expressão. Por outro lado, em razão da visão conservadora de grande parte de sua população, o Estado C repele conteúdos pornográficos, os quais considera indecentes. O Estado D, por sua vez, é um Estado com um governo altamente centralizador, que pretende controlar tudo o que é exibido na Internet, adotando mecanismos rígidos de censura. O esquema gráfico abaixo exibido na figura abaixo (Figura 8) pode ajudar a visualizar o exemplo proposto.

⁵⁵¹ FREEDOM HOUSE. **Freedom on the Net 2021**. The Global Drive to Control Big Tech. Disponível em: https://freedomhouse.org/sites/default/files/2021-09/FOTN_2021_Complete_Booklet_09162021_FINAL_UPDATED.pdf. Acesso em 26 nov. 2022, p.16.

⁵⁵² Ver item 4.1 *supra*.

FIGURA 8 - Diferentes preferências estatais para a moderação de conteúdo



Fonte: Elaboração da autora

Ao invés de personalizar o conteúdo disponível em cada país, as empresas – visando uma economia de escala – teriam incentivos para eleger a norma mais rigorosa dos mercados que desejam acessar e replicar tais normas globalmente. Nessa situação, se tiverem interesse em acessar os mercados do Estado D, poderiam decidir adotar o padrão do Estado D (que abarca todas as proibições de conteúdo também previstas por outros Estados) e reproduzi-lo nos demais mercados que pretendem acessar. Com isto, estariam cumprindo as obrigações de não exibir conteúdos proibidos também nos Estados A, B e C e não precisariam preocupar-se em personalizar o conteúdo para cada um dos mercados – o que reduziria seus custos. Por outro lado, estariam restringindo conteúdos que seriam perfeitamente lícitos nos países A, B e C por determinação do governo do Estado D.

O exemplo acima permite concluir que a replicação de padrões normativos rigorosos pode acabar sacrificando a liberdade nas redes, sendo essa uma das grandes preocupações resultantes do excesso de normas a disciplinar os meios digitais na atualidade. O movimento regulatório, neste caso, seria o oposto da *race to the bottom* narrada no capítulo anterior: uma

race to the top ou corrida pelo topo, que impulsiona os mercados a uma situação de maior ao invés de menor regulação⁵⁵³.

Por conseguinte, tem-se que as afirmações extraterritoriais de jurisdição, quando impostas de forma descoordenada, podem fazer com que condutas que geram benefícios globais – em prejuízo dos interesses de um único Estado – vejam-se globalmente proibidas⁵⁵⁴. Ao tratar a jurisdição como *res commune* e permitir que cada Estado assera sua jurisdição de maneira extraterritorial, os Estados podem ingressar em uma tragédia dos comuns, cuja consequência seria um nivelamento pelo topo da regulação e um nivelamento por baixo da liberdade nas interações digitais que poderia sacrificar transações úteis ao bem-estar global e, possivelmente, também direitos fundamentais. A Internet, que surgiu com a pretensão de ser um local de liberdade plena e imune às legislações - passaria a ter de se preocupar em não ser contrária a lei de lugar algum.

Diante do exposto, conclui-se que, de forma conjunta, as tragédias não cooperativas evidenciam que, se os Estados seguirem agindo de forma exclusivamente auto-interessada e egoísta quanto à regulação da Internet, terão que arcar com uma das duas consequências: a sub-regulamentação, pelo apego excessivo à territorialidade que afasta a aplicação de qualquer outro Direito se não o doméstico e com isto permite que os agentes escapem facilmente das restrições normativas impostas aos meios digitais; ou a hiper-regulação, resultado da proliferação descoordenada de iniciativas extraterritoriais que incentiva os agentes a moldarem suas condutas com base na internacionalização dos padrões mais rigorosos.

Para escapar deste destino, só há um caminho: a cooperação.

4.4 CONSTRUINDO UMA ESTRATÉGIA DE COOPERAÇÃO

A falta de cooperação existente no sistema internacional para os desafios jurisdicionais trazidos pela Internet tem feito com que os diferentes Estados se utilizem das ferramentas que possuem para regular a Internet, tomando decisões de curto prazo que aparentam ser as que

⁵⁵³ Para ilustrar o problema, Jack Goldsmith e Tim Wu recorrem a uma antiga piada europeia: no céu, haveria cozinheiros franceses, o governo inglês, trens suíços e amantes italianos; no inferno, ao contrário, haveria o governo francês, trens italianos, cozinheiros ingleses e amantes suíços. Segundo os autores, a disseminação dos padrões mais restritos de regulação da Internet reproduziria uma visão semelhante ao do inferno na anedota: o mundo virtual conteria a liberdade de expressão da Singapura, as regras de responsabilidade civil dos Estados Unidos, a regulação comercial russa e os direitos civis chineses. (GOLDSMITH, Jack; WU, Tim. **Who Controls the Internet?** Illusions of Bordersless World. Nova Iorque: Oxford University Press, 2006, p. 7).

⁵⁵⁴ GUZMAN, Andrew. **Choice of Law**: New Foundations. (August 2000). Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=237802. Acesso em: 05 jan. 2021, p. 907.

melhor atendem os seus interesses, mas que a longo prazo geram prejuízos a todos⁵⁵⁵, em uma postura não cooperativa no Dilema do Prisioneiro. Tais posturas não cooperativas geram um movimento pendular e dinâmico, que alterna tendências de uma hiper-regulação e sub-regulamentação da rede mundial de computadores.

Isso acontece porque – ao contrário do cenário original do Dilema do Prisioneiro, em que é altamente improvável que os mesmos prisioneiros se encontrem novamente em uma mesma situação – a situação dos Estados diante dos dilemas regulatórios que emergem da Internet promove interações multidimensionais e que se repetem e os agentes podem alterar suas posições e estratégias de acordo com o comportamento dos demais no decorrer das diferentes interações. O cenário é estudado em Teoria dos Jogos como o Dilema do Prisioneiro iterado, situação na qual existe a possibilidade dos jogadores se encontrarem novamente e lembrarem da postura um do outro na interação futura, utilizando-se desta informação para decidir acerca de sua própria estratégia⁵⁵⁶.

Conforme bem pontuou Robert Axelrod⁵⁵⁷, o que caracteriza as situações do Dilema do Prisioneiro é o fato de que não há, claramente, uma melhor estratégia a ser utilizada pelos atores individualmente, haja vista que se trata de um jogo estratégico que não possui resposta ótima independente da resposta dada pelo adversário. Inobstante, o autor realizou um experimento com programas de computadores para analisar diferentes estratégias em um cenário de reiteradas interações no Dilema do Prisioneiro, o que o levou a concluir que a reciprocidade tende a ser uma estratégia eficaz para os agentes que se veem diante do cenário descrito, na medida em que permite evitar ser explorado por um oponente não cooperativo e pode promover incentivos à cooperação⁵⁵⁸.

A estratégia da reciprocidade, ou também chamada de estratégia “olho por olho”, requer que o agente coopere na primeira interação e, depois disto, repita o comportamento do outro (punindo uma traição com outra traição e recompensando uma cooperação com outra cooperação). Retomando a análise da decisão do Ministro Gilmar Mendes na ADC 51⁵⁵⁹, percebe-se que o Ministro – de forma consciente ou não - sugeriu que o Brasil adotasse

⁵⁵⁵ CHAPELLE, Bertrand; FEHLNGER, Paul. Jurisdiction on the Internet: From Legal arms race to transnational cooperation. **Internet & Jurisdiction** Paper. April 2016. Disponível em: <https://www.Internetjurisdiction.net/uploads/pdfs/Papers/IJ-Paper-Jurisdiction-on-the-Internet.pdf>. Acesso em 02 nov. 2022, p. 15.

⁵⁵⁶ Axelrod destaca que em situações como a do Dilema do Prisioneiro, a estratégia “Olho por olho” (*tit for tat*) traz resultados mais eficientes. Trata-se da estratégia de cooperar na primeira interação e depois fazer sempre o mesmo que o outro jogador na jogada anterior. AXELROD, Robert. **A evolução da cooperação**. São Paulo: Leopardo Editora, 2010, p. 13.

⁵⁵⁷ AXELROD, Robert. **A evolução da cooperação**. São Paulo: Leopardo Editora, 2010, p. 27.

⁵⁵⁸ AXELROD, Robert. **A evolução da cooperação**. São Paulo: Leopardo Editora, 2010, p. 33.

⁵⁵⁹ A ADC 51 foi abordada anteriormente no item 5.2.3.

precisamente esta estratégia diante da postura dos EUA aos pedidos de cooperação jurídica internacional para o fornecimento de dados telemáticos formulados ao bojo do MLAT.

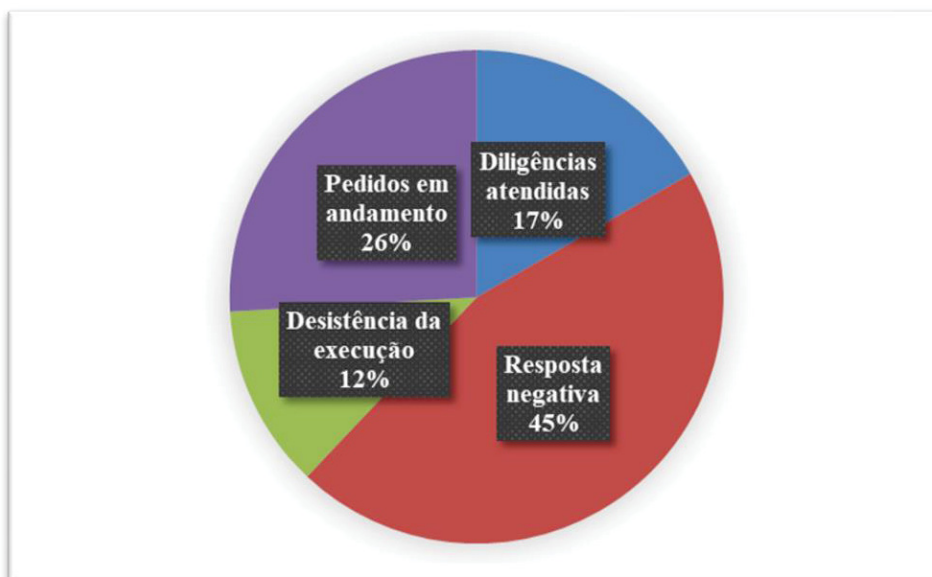
4.4.1 A estratégia da reciprocidade no julgamento da ADC 51 pelo STF

Dentre os argumentos utilizados pelo Ministro Gilmar Mendes para defender os pedidos pela disponibilização de dados telemáticos feitos por autoridades brasileiras de forma direta às subsidiárias locais das empresas estadunidenses no julgamento da ADC 51 no STF, destaca-se a menção expressa ao fato de que o MLAT é um mecanismo ineficaz de cooperação. Segundo o Ministro, apesar de sua existência, os EUA não cooperam quando o MLAT é invocado para a obtenção de dados telemáticos.

Para fazer esta afirmação, o Ministro embasou-se em ofício encaminhado pelo Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI) do Ministério da Justiça e Segurança Pública (MJSP), o qual, em atendimento a pedido de informações efetuado pelo STF, apresentou os dados referentes aos pedidos de cooperação feitos aos EUA com base no MLAT e visando a obtenção de dados telemáticos das grandes empresas de tecnologia americanas.

O DRCI informou que, entre 2014 e 2017, foram feitas 108 solicitações para a obtenção de dados telemáticos de empresas estadunidenses baseados no MLAT. Isto significa que as autoridades brasileiras tentaram utilizar-se do instrumento para obterem estes dados. Contudo, até fevereiro de 2018, apenas 18 destas diligências haviam tido respostas positivas por parte do governo dos EUA. O Gráfico 3 abaixo foi elaborado a partir das informações fornecidas pelo DRCI quanto ao status dos pedidos efetuados no período.

GRÁFICO 3 - Pedidos de dados telemáticos feitos aos EUA por meio do MLAT



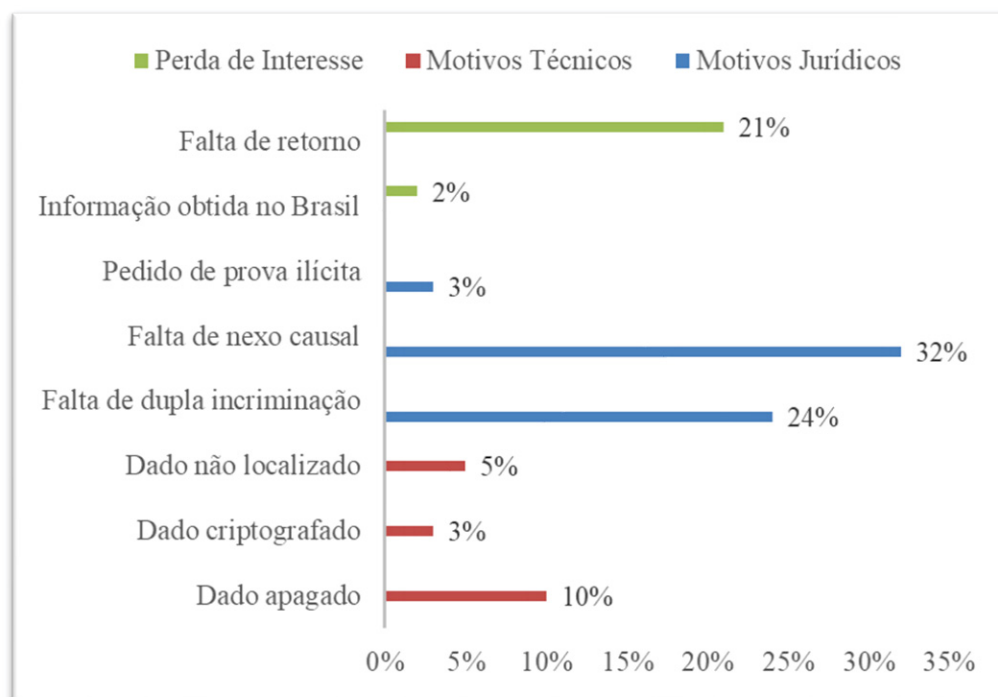
Fonte: Elaboração da autora com base em dados fornecidos pelo DRCI ao STF nos autos da ADC 51⁵⁶⁰

Observa-se que o número de diligências atendidas foi bastante pequeno: apenas 17% das solicitações. O DRCI também informou que o tempo médio para a obtenção de um retorno positivo nestas 18 diligências foi de 13 meses. Havia, ainda, 28 pedidos pendentes de um retorno, sendo que mais da metade dos casos pendentes aguardava uma resposta há mais de dois anos – um tempo acima do razoável para solicitação de dados necessários para condução de investigações criminais.

Ademais, o DRCI informou que, em 49 dos 108 pedidos enviados, a resposta estadunidense foi negativa e a diligência não foi cumprida. Os motivos para o não atendimento ao pedido da cooperação também foram informados pelo DRCI. Um compilado das justificativas para o não cumprimento da diligência pelas autoridades americanas encontra-se disposto no Gráfico 4, abaixo:

⁵⁶⁰ BRASIL. Ministério da Justiça e da Segurança Pública. **Ofício nº 965/2018/CGRA-DRCI-SNJ-MJ enviado em 20 de fevereiro de 2018.** Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5320379>. Acesso em 22 nov. 2022..

GRÁFICO 4 – Motivos para o não atendimento da solicitação



Fonte: Elaboração da autora com base em dados fornecidos pelo DRCI ao STF nos autos da ADC 51⁵⁶¹

Observa-se que em 23% dos casos, a demora para obtenção da resposta fez com que o pedido de cooperação deixasse de ser de interesse das partes. Em 18% dos pedidos negados, as razões foram de ordem técnica: casos em que os dados não foram localizados, já haviam sido apagados ou estavam protegidos por criptografia ponta a ponta e por isto não podiam ser acessados (como acontece em casos de solicitação de interceptação de mensagens do *WhatsApp*). Sublinhe-se que a demora no atendimento da solicitação poderia ser uma das razões para o dado ter sido apagado, já que a lei americana estabelece um prazo de guarda das comunicações pelas empresas de comunicação.

Mostra-se oportuno observar que em 59% dos casos, a negativa americana quanto ao pedido pelos dados telemáticos teve motivações jurídicas: ou seja, os EUA recusaram-se a cumprir o pedido de cooperação feito pelas autoridades brasileiras alegando que o pedido era contrário à legislação estadunidense. Conforme demonstra o Gráfico 4, em 32% dos casos, as autoridades americanas apontaram que inexistiam indícios suficientes de comprovação do nexos causal para a determinação do afastamento do sigilo telemático aos olhos da legislação

⁵⁶¹ BRASIL. Ministério da Justiça e da Segurança Pública. **Ofício nº 965/2018/CGRA-DRCI-SNJ-MJ enviado em 20 de fevereiro de 2018.** Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5320379>. Acesso em 22 nov. 2022.

estadunidense. A este respeito, o DRCI sublinhou que as autoridades americanas eram excessivamente rigorosas na exigência de apresentação de motivações para o fornecimento de dados, quando comparado o parâmetro às balizas legais brasileiras.

Em 24% dos pedidos recusados, a causa pela qual os dados telemáticos não foram fornecidos se deve ao tipo penal investigado. Neste particular, o DRCI sublinhou que os crimes contra a honra ou preconceito, previstos na legislação brasileira, não são considerados tipos penais nos Estados Unidos, haja vista que manifestações de pensamento desta natureza são protegidas pela visão americana quanto à liberdade de expressão, nos termos da Primeira Emenda da Constituição estadunidense. Assim, apenas uma reparação na esfera cível seria prevista e, como o MLAT serve como instrumento de cooperação para a esfera penal, os pedidos desta ordem não são atendidos. Por fim, 3% dos casos solicitavam a interceptação em tempo real (como um “grampo” telefônico), prova que é considerada ilícita à luz da legislação estadunidense.

Sem adentrar em uma discussão de mérito acerca do que seria, no caso, o melhor Direito material, o fato é que a maior parte dos pedidos não atendidos pelos EUA foram negados porque o país insistiu na aplicação dos seus parâmetros normativos, em detrimento dos parâmetros brasileiros. A prática não é contrária ao MLAT, que estabelece, em seu Artigo 5º, que as solicitações devem ser cumpridas de acordo com as leis do Estado Requerido⁵⁶². Vale ressaltar, porém, que a legislação estadunidense, sobretudo por meio do *USA Patriot Act*, flexibiliza muitas das exigências feitas aos outros Estados quando são as autoridades americanas que demandam as mesmas informações telemáticas das empresas do setor⁵⁶³.

De toda sorte, pode-se dizer, assim, que o Brasil tentou cooperar, solicitando a informação via MLAT em diversos casos. O MLAT, contudo, não tem sido um instrumento de cooperação eficiente para garantir a observância da lei brasileira com relação às empresas de Internet localizadas nos Estados Unidos. A este respeito, o relatório do DRCI destaca que o mesmo acordo é utilizado para embasar pedidos de cooperação de outra natureza de maneira muito mais efetiva, com cerca de 70% das solicitações atendidas em um prazo de, em média, oito meses.

⁵⁶²“As solicitações serão executadas de acordo com as leis do Estado Requerido, a menos que os termos deste Acordo disponham de outra forma. O método de execução especificado na solicitação deverá, contudo, ser seguido, exceto no que tange às proibições previstas nas leis do Estado Requerido”. BRASIL, **DECRETO Nº 3.810, DE 2 DE MAIO DE 2001**. Promulga o Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo dos Estados Unidos da América, celebrado em Brasília, em 14 de outubro de 1997, corrigido em sua versão em português, por troca de Notas, em 15 de fevereiro de 2001. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/d3810.htm. Acesso em 21 nov. 2022.

⁵⁶³ Sobre o tema, ver item 3.3 *supra*.

Desta forma, o Ministro Gilmar Mendes concluiu que, na prática, os Estados Unidos não cooperam com o Brasil quando se trata de solicitar informações as empresas provedoras de aplicações da Internet, demorando muito mais para fornecer respostas do que em pedidos que não envolvem a obtenção de dados eletrônicos e respondendo de forma negativa em um percentual também muito superior quando comparado ao de outras solicitações. Isto foi expressamente utilizado pelo Ministro como um argumento para que também o Brasil abdicasse da estrutura de cooperação prevista pelo MLAT e buscasse obter a informação por outros meios, em especial exigindo tais informações das subsidiárias locais e/ou fazendo pedidos diretos às empresas estrangeiras sem a observância do procedimento formal da carta rogatória previsto no acordo.

Não é o objetivo desta tese abordar, do ponto de vista normativo, a adequação da adoção dos argumentos de natureza utilitarista no julgamento de uma ação que versa sobre a constitucionalidade do tratado. A observação que se faz é de natureza descritiva: o voto do relator na ADC 51 levou em conta, para além dos fundamentos jurídicos, argumentos de cunho pragmático e estratégico, sendo que o Ministro sugeriu responder a não cooperação com uma não cooperação. Entretanto, a estratégia do “olho por olho”, se adotada pelos dois participantes, gera um padrão estável de continuidade indefinida da conduta não cooperativa. Do ponto de vista coletivo, os resultados seriam melhores se fosse possível – também pela estratégia “olho por olho” - alcançar um padrão de cooperação mútua ao invés de um padrão de mútua deserção⁵⁶⁴.

Ressalte-se que, como já se mencionou, o movimento entre o excesso de regulação da Internet e sua sub-regulamentação é pendular e dinâmico, envolvendo múltiplos agentes auto interessados simultaneamente. Ainda que na atualidade o pêndulo esteja inclinado na direção de uma hiper-regulação da Internet, pode-se vislumbrar que a continuidade das posturas não cooperativas altere a rota: alguns Estados podem perceber, no excesso de normatividade imposta pelos demais, uma oportunidade de atrair investimentos estrangeiros ao seu território sendo mais lenientes em suas exigências locais. As empresas podem decidir retirar-se fisicamente dos locais que estabelecem padrões muito rígidos de normatividade e sanções às subsidiárias domésticas de forma agressiva. A virtualidade da comunicação permite que as empresas continuem prestando serviços ao mercado mais restrito sem presença física local. Assim, só restará ao Estado que deseja regular as plataformas bloquear o seu funcionamento – mas, se a empresa em questão entender que aquele mercado consumidor não compensa os

⁵⁶⁴ AXELROD, Robert. **A evolução da cooperação**. São Paulo: Leopardo Editora, 2010, p. 103.

custos da regulação, isto viria com o altíssimo custo de segregar o Estado do mercado global da Internet.

Mostra-se necessário e urgente, portanto, substituir o padrão não cooperativo por um padrão de reciprocidade baseado na cooperação. Embora o MLAT não pareça ter promovido incentivos suficientes para induzir o comportamento cooperativo pelos Estados, isto não significa que não seja possível chegar a um instrumento internacional cooperativo que alcance este objetivo. O MLAT não é, afinal, o único modelo possível.

4.4.2 Promovendo a cooperação: DIPRI vs. Direito Uniforme

Um dos caminhos apontados por Robert Axelrod⁵⁶⁵ como indutor da cooperação entre agentes em uma situação análoga a do Dilema do Prisioneiro é a comunicação entre os agentes. No cenário do Dilema original, os prisioneiros estão isolados e impossibilitados de se comunicar, de modo que não podem combinar a cooperação. Já na realidade dos Estados diante da regulação da Internet, o contexto é outro: os países podem negociar para chegar a um acordo. Assim, percebendo as vantagens mútuas da cooperação, os Estados poderiam chegar a uma solução cooperada para a pluralidade normativa que incide sobre as transações internacionais digitais.

No voto do Ministro Gilmar Mendes, na ADC nº 51 - a despeito de sugerir a postura da traição, em resposta, conforme mencionado na seção anterior, à não cooperação estadunidense no fornecimento de dados telemáticos pelos canais já existentes - ele evidenciou a necessidade de buscar alternativas de cooperação, conforme segue:

Por isso, é de fato indispensável que o Poder Legislativo e o Poder Executivo adotem as medidas necessárias para o aperfeiçoamento do quadro legislativo, com a análise de novos modelos de tratados multilaterais ou de acordos executivos que possibilitam a obtenção de dados eletrônicos com mais segurança jurídica e agilidade, evitando os riscos de colisão entre ordenamentos jurídicos e simplificando o marco regulatório aplicável às relações entre os Estados e as empresas de tecnologia⁵⁶⁶.

Do ponto de vista teórico, os Estados têm duas opções para lidar de forma cooperativa com a pluralidade normativa que incide sobre a Internet: (i) eliminar a diversidade normativa, com a uniformização global da regulação, resultado de uma evolução institucional espontânea

⁵⁶⁵ AXELROD, Robert. **A evolução da cooperação**. São Paulo: Leopardo Editora, 2010, p. 125.

⁵⁶⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 51 – Distrito Federal**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/adc-51-voto-ministro-gilmar-versao-lida.pdf>. Acesso em 21 nov. 2022, p. 32.

ou dirigida por meio de instrumentos de DIP; ou (ii) coordenar esta diversidade a partir de instrumentos eficientes de DIPRI.

As duas possibilidades são, muitas vezes, tidas como antagônicas. O conceito de Direito uniforme, conforme definido por Jacob Dolinger, designa o conjunto de “regras materiais, substanciais, diretas, que se aplicarão uniformemente aos litígios, às situações jurídicas que venham a ocorrer em jurisdições diversas”⁵⁶⁷. O Direito uniforme pode ser espontâneo – resultado de uma coincidência nas legislações domésticas que foram influenciadas pelos mesmos fatores – ou dirigido, resultado de um esforço comum dos Estados para uniformizar suas legislações, a partir de instrumentos de DIP. Neste último caso, Jacob Dolinger preferiu utilizar a expressão Direito uniformizado. Ambos foram considerados pelo autor como a antítese do DIPRI⁵⁶⁸.

A esse respeito, também Gilda Maciel Corrêa Meyer Russomano afirmou: “Se os Estados elaborassem leis substanciais idênticas, não haveria, evidentemente, motivo – pelo menos prático – para pensar-se em conflitos de leis no espaço. Sendo iguais, tanto faria a aplicação prática de uma ou outra lei substancial”⁵⁶⁹. Adolf Schnitzer, em seu Curso ministrado na Academia de Direito Internacional em Haia, em 1968, profetizou um futuro no qual as relações transnacionais seriam regidas por uma lei unificada, que tornaria dispensável o DIPRI, ao afirmar que “num futuro distante, talvez utópico, a lei do mundo, ou pelo menos as relações transnacionais, serão regidas por uma lei unificada. Esse será o momento em que o Direito Internacional Privado que ensinamos hoje pode e deve morrer em beleza”⁵⁷⁰.

A priori, poder-se-ia imaginar que um cenário de uniformidade das normas legais aplicáveis à Internet globalmente traria enormes ganhos em segurança jurídica e previsibilidade, sendo naturalmente uma solução melhor em termos econômicos do que a oferecida pelo DIPRI, em sua função de coordenação das diversas legislações domésticas. Esse tem sido um argumento frequente em prol dos instrumentos de DIP que visam uniformizar os

⁵⁶⁷ DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado** – Parte Geral. 10ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011, p. 165

⁵⁶⁸ DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado** – Parte Geral. 10ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011, p. 164

⁵⁶⁹ RUSSOMANO, Gilda Maciel Corêa Mayer. **O Objeto do Direito Internacional Privado**. Rio de Janeiro: José Konfino, 1956, p. 88.

⁵⁷⁰ “*Dans un avenir lointain, peut-être utopique, le droit dans le monde, ou au moins les rapports internationaux seront regles par une loi unifié. Ce sera alors l’heure où le droit international privé que nos enseignons aujourd’hui pourra et devra mourir en Beauté*” – tradução livre. (SCHNITZER, Adolf. Les contrats internationaux em droit international privé suisse. **Collected Courses of the Hague Academy of International Law**. Volume 123. Disponível em: https://referenceworks.brillonline.com/entries/the-hague-academy-collected-courses/*A9789028616028_06. Acesso em 16 jan. 2022).

Direitos domésticos, como bem observou Toshiyuki Kono⁵⁷¹. Exemplo mencionado pelo autor é o site da UNCITRAL dedicado ao seu mais bem sucedido projeto de uniformização do Direito Privado, a CISG (United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods), que define a relevância da iniciativa nos seguintes termos:

A adoção da CISG prevê uma legislação moderna e uniforme para a venda internacional de mercadorias que se aplicaria sempre que os contratos de venda de mercadorias fossem celebrados entre as partes com um local de negócios nos Estados Contratantes. Nesses casos, a CISG se aplicaria diretamente, **evitando o recurso a regras de Direito Internacional Privado para determinar a lei aplicável ao contrato, acrescentando significativamente à certeza e previsibilidade dos contratos de venda internacional**⁵⁷² (grifo nosso).

O excerto acima destacado mostra a associação automática do DIPRI com a insegurança e a imprevisibilidade, e a percepção de que uma uniformização do Direito seria o melhor remédio para tal situação. Dependendo do DIPRI é, nesta visão, um problema que a uniformização regulatória promete solucionar. Contudo, a despeito do entusiasmo quanto aos potenciais ganhos econômicos que um Direito único poderia oferecer, mais de meio século após a profecia de Schnitzer, o Direito continua sendo diverso em cada Estado-soberano e as iniciativas de uniformização regulatória caminham a passos lentos. Do ponto de vista econômico, isso permite concluir que os benefícios da uniformização regulatória não tem sido incentivo suficiente para a adesão dos Estados aos arranjos uniformizadores.

O próximo capítulo, portanto, buscará identificar os custos e benefícios de uma uniformização do Direito em torno da regulação da Internet, tanto sob uma perspectiva de uniformização espontânea, quanto sob a perspectiva de uma uniformização dirigida pelo DIP.

⁵⁷¹ KONO, Toshiyuki. Efficiency in Private International Law. In: **Collected Courses of the Hague Academy of International Law** (Volume 369). Disponível em: https://referenceworks.brillonline.com/entries/the-hague-academy-collected-courses/*A9789004267978_04. Acesso em: 15 jan. 2022.

⁵⁷² “The adoption of the CISG provides modern, uniform legislation for the international sale of goods that would apply whenever contracts for the sale of goods are concluded between parties with a place of business in Contracting States. In these cases, the CISG would apply directly, avoiding recourse to rules of private international law to determine the law applicable to the contract, adding significantly to the certainty and predictability of international sales contracts.” (UNCITRAL, **United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods** (Vienna, 1980) (CISG). Disponível em: https://uncitral.un.org/en/texts/salegoods/conventions/sale_of_goods/cisg#:~:text=It%20has%20also%20inspired%20contract,of%20business%20in%20Contracting%20States. Acesso em 15 jan. 2022.

5 A PERSPECTIVA DE UM DIREITO UNIFORME PARA A INTERNET

“O contrário de não existir nenhuma lei é um mundo onde só existe uma lei. É o mundo em que um governo (ou, concebivelmente, todos os governos juntos, mas essa ideia é ridícula demais para ser sequer contemplada) domina o mundo, impondo sua lei em todos os lugares”

Lawrence Lessig - Code⁵⁷³.

Para Joanna Kuleska, a única solução diante da internacionalidade intrínseca das relações digitais é regulá-las à nível internacional⁵⁷⁴, sendo necessário criar um Direito Internacional da Internet, um sub-ramo do DIP dedicado a abordar de forma uniforme questões como cibersegurança, direitos humanos na rede, propriedade intelectual e moderação do conteúdo *online*. A autora expressa uma ideia também encampada por outros autores, que defendem a necessidade de um tratado global para regulamentar a Internet, em uma analogia a outros esforços regulatórios internacionais, muitas vezes resultados de décadas de debate, como a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, por exemplo⁵⁷⁵.

Realmente, a complexa discussão a respeito dos dilemas jurisdicionais trazidos pela Internet e discutidos nesta tese seria definitivamente solucionada se todos os Estados do mundo pudessem concordar com um regramento uniforme para as questões jurídicas oriundas do ambiente virtual, como as violações aos direitos de personalidade, o acesso à pornografia, os limites à liberdade de expressão em casos de discursos de ódio, a propriedade intelectual, a proteção dos consumidores, a execução de contratos, a disseminação de notícias falsas, entre outros. Contudo, Lawrence Lessig⁵⁷⁶, no excerto acima destacado, sustentou que a ideia dos Estados se unirem para criar um Direito uniforme para a Internet seria “muito ridícula para sequer ser contemplada”.

⁵⁷³ “The opposite result of no law is a world where there is but one law. It is the world where one government (or conceivably, all governments working together, but that idea is too ridiculous to even contemplate so I won’t discuss it here) dominates the world by enforcing its law everywhere”. (Tradução Livre) LESSIG, Lawrence. **Code** – version 2.0. New York: Basic Books, 2006, p. 305.

⁵⁷⁴ “Therefore, the only reasonable solution is to regulate the electronic interactions at international level, and the considerable experience of international law may enable us to apply already existing mechanisms (appropriately adapted) to the challenges of cyberspace”. (KULESZA, Joanna. **International Internet Law**. Translated by Magdalena Arent and Wojciech Wotoszkyk. New York: Routledge, 2012, p. 62)

⁵⁷⁵ CHAPELLE, Bertrand; FEHLNGER, Paul. **Jurisdiction on the Internet**: From Legal arms race to transnational cooperation. Internet & Jurisdiction Paper. April 2016. Disponível em: <https://www.Internetjurisdiction.net/uploads/pdfs/Papers/IJ-Paper-Jurisdiction-on-the-Internet.pdf>. Acesso em 02 nov. 2022, p. 12.

⁵⁷⁶ LESSIG, Lawrence. **Code** – version 2.0. New York: Basic Books, 2006, p. 305

O autor contrapõe o modelo de “terra sem lei” - que, conforme abordado no segundo capítulo desta tese⁵⁷⁷, era ingenuamente percebido por alguns entusiastas da Internet como ideal - com o mundo de um Direito único. No entanto, Lessig entendia que, na ausência de uma autoridade central na sociedade internacional, tal unicidade só seria alcançada pela imposição de uma única lei sobre todos os Estados do mundo por parte de algum governo poderoso. Em sua obra, cuja segunda edição foi publicada em 2006, o autor enfatizou a possibilidade de os EUA assumirem o papel de legisladores globais para a Internet. À época, parecia ao autor que os EUA seriam o ator com maior probabilidade de tornar-se um regulador global, por estarem adotando de forma pioneira algumas regulações voltadas à rede mundial de computadores com efeitos extraterritoriais (como o *USA Patriot Act*), bem como em razão de sua posição territorialmente preferencial diante da tecnologia⁵⁷⁸.

A este respeito, porém, Lessig se equivocou. Na atualidade, realmente se discute a emergência de uma uniformização regulatória a partir de um governo poderoso agindo como único regulador. Contudo, este governo não é o dos EUA. Segundo Tom Wheeler⁵⁷⁹, os EUA falharam em endereçar as questões de interesse coletivo em torno da Internet e, por isto, abriram espaço para que outros Estados o fizessem. Como consequência, agora, assistem outro ator assumir um papel hegemônico na regulação da Internet: a União Europeia.

Este capítulo se inicia, então, examinando a premissa de que é possível uniformizar a regulação da Internet à nível global. Em um primeiro momento, analisa-se a disseminação internacional dos padrões regulatórios europeus, fenômeno que foi batizado de “efeito Bruxelas”. A análise busca compreender os mecanismos de ação e consequências dessa disseminação regulatória, que ocorre a partir de forças do mercado. Com a compreensão acerca da insuficiência e mesmo da inadequação da proliferação dos padrões europeus ao resto do mundo, examina-se a possibilidade de uma emergência consciente de uma uniformização ou de uma harmonização regulatória a partir de negociações internacionais e de instrumentos de DIP⁵⁸⁰.

⁵⁷⁷ Em especial, no item 2.3 *supra*.

⁵⁷⁸ Conforme item 3.3 *supra*.

⁵⁷⁹ WHEELER, Tom. **U.S regulator inaction opened the doors for the EU to step up on Internet**. Techtank. 29 de março de 2022. Disponível em: <https://www.brookings.edu/blog/techtank/2022/03/29/u-s-regulatory-inaction-opened-the-doors-for-the-eu-to-step-up-on-Internet/>. Acesso em 23 out. 2022.

⁵⁸⁰ Vale esclarecer que harmonização regulatória não é o mesmo do que unificação regulatória. Acerca desta diferença, Emanuela Carbonara e Francesco Parisi explicam que, enquanto na unificação do Direito os Estados concordam em substituir o Direito doméstico por um conjunto de regras unificado, as iniciativas de harmonização envolvem acordos acerca de objetivos e metas e permitem que cada Estado escolha o melhor arranjo interno dentro de balizas comuns. (CARBONARA, Emanuela. PARISI, Francesco. **The Economics of Legal Harmonization. German Working Papers in Law and Economics**. Vol. 2006. Paper 16. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/6540987.pdf>. Acesso em 04 jan. 2023.)

Essa pesquisa reconhece que alcançar uma unificação total a partir do DIP será improvável, em especial em decorrência dos custos de transação envolvidos nas negociações internacionais. Contudo, ao contrário do que afirmou Lessig, que sequer considerou a proposta digna de consideração, pode ser útil identificar quais os obstáculos à concretização deste objetivo. Reconhecendo as dificuldades para uma unificação, ao mesmo tempo em que os benefícios das posturas cooperativas são evidenciados, pode-se encontrar os caminhos pelos quais o DIP pode contribuir para uma harmonização que permita uma melhor coexistência entre os Estados e suas diferenças normativas.

5.1 A EMERGÊNCIA DE UM DIREITO UNIFORME A PARTIR DAS NORMATIVAS EUROPEIAS

Embora ainda não haja indicativos de que a regulação da Internet possa convergir definitivamente no curto prazo, alguns autores⁵⁸¹ têm chamado a atenção à relevância dos mecanismos regulatórios europeus, que estariam se disseminando para além da Europa e tornando-se padrões normativos globais. Um dos grandes exemplos disto é a enorme influência do RGPD, a norma que disciplina a proteção de dados na União Europeia e que inspirou legislações do mundo todo, além de ter revolucionado as políticas internas de privacidade globais das grandes transnacionais que operam na *web*.

A União Europeia preocupa-se com a proteção de dados pessoais desde 1995 – ainda nos primórdios da utilização comercial da Internet – quando aprovou a Diretiva 95/46 de 24 de outubro de 1995⁵⁸². À época, o objetivo da diretiva era harmonizar os regimes de proteção de dados no âmbito do mercado comum europeu, permitindo o livre fluxo de informação no bloco. Assim, a Diretiva demandava que os Estados membros da União Europeia adotassem normas domésticas que assegurassem, em todos os Estados, um mesmo nível de proteção⁵⁸³.

⁵⁸¹ Pioneira na identificação do fenômeno, posteriormente amplamente discutido, foi Anu Bradford. (BRADFORD, Anu. **The Brussels Effect: how European Union rules the world**. New York: Oxford University Press, 2020).

⁵⁸² UNIÃO EUROPEIA. **Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho**, de 24 de Outubro de 1995, relativa à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados. Jornal Oficial nº L 281 de 23/11/1995 p. 0031 – 0050. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:31995L0046&from=PT> Acesso em 12 set. 2021.

⁵⁸³ MAHIEU, Rene, *et al.* Measuring the Brussels Effect through Access Requests: Has the European General Data Protection Regulation Influenced the Data Protection Rights of Canadian Citizens? **Journal of Information Policy**. Volume 11. December 2021. Disponível em: <https://scholarlypublishingcollective.org/psup/information-policy/article/doi/10.5325/jinfopoli.11.2021.0301/292024/Measuring-the-Brussels-Effect-through-Access>. Acesso em 03 dez. 2022.

Em 2016, a Diretiva foi substituída pelo Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento e do Conselho, de 27 de abril de 2016, denominado de Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD), instrumento que se tornou referência internacional da normatização do uso de dados pessoais, inspirando inclusive a criação, no Brasil, da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD)⁵⁸⁴. A substituição ocorreu, sobretudo, para uniformização intra-Europa da proteção de dados, pois as Diretivas requerem implementação por meio de atos domésticos, que podiam, ainda, diferir. Neste sentido, salientou José Souto Maior Borges, que as Diretivas são instrumentos de harmonização da legislação (e não de unificação). Os regulamentos, por sua vez, têm efetividade direta e autoaplicabilidade, podendo ser equiparados a uma lei nacional⁵⁸⁵.

Assim, o RGPD – que entrou em vigor em 2018 – representa a norma europeia, uniforme, para todos os Estados do bloco europeu, fortalecendo as proteções já existentes na Diretiva e adequando-as à realidade da sociedade informacional, incluindo como expressa previsão o direito ao esquecimento, o qual, desde o caso envolvendo a *Google Spain* (narrado no terceiro capítulo⁵⁸⁶), promove complexas discussões sobre privacidade, liberdade de expressão e os limites jurisdicionais da Internet. Ademais, a normativa também estabelece importantes obrigações às empresas de tecnologia, determinando a necessidade de empresas que desenvolvem atividades sistemáticas de coleta de dados nomearem um *Data Protection Officer* (DPO), disciplinando a transferência internacional de dados para Estados de fora da UE, além de fortalecerem o poder de normatização e fiscalização das Autoridades Nacionais de Proteção de Dados.

Não é o objetivo deste trabalho adentrar no conteúdo material do RGPD, mas simplesmente apontar o que faz com que este instrumento seja considerado como um indício de que uma normatização uniforme para a Internet pode ocorrer de maneira espontânea, a partir de uma evolução institucional semelhante, influenciada por iniciativas europeias que se espalham pelas forças do mercado. Contudo, quando se afirma que uma uniformização espontânea pode resultar da proliferação do padrão europeu ao redor do mundo isto não quer dizer que este resultado não seja intencional à UE. Ao contrário, o RGPD foi deliberadamente pensado para promoção dos valores europeus de proteção de dados em nível global, conforme afirmou a própria Comissão Europeia em relatório quanto ao tema: “Um nível elevado e

⁵⁸⁴ BRASIL. Lei nº 13.709 de 14 de agosto de 2018. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em 26 jul. 2022.

⁵⁸⁵ BORGES, José Souto Maior. *Curso de Direito Comunitário*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 618 a 632.

⁵⁸⁶ Ver item 3.4 supra.

uniforme de proteção de dados dentro da UE será a melhor maneira de endossar e promover as normas de proteção de dados da UE globalmente”⁵⁸⁷.

Para além do RGPD, a União Europeia aprovou em outubro de 2022 dois novos regulamentos importantes ao debate sobre regulação da Internet: o *Digital Services Act* e o *Digital Market Act*, voltados a normatizar o conteúdo das redes visando à proteção dos direitos dos usuários de maneira abrangente. Os novos regulamentos estabelecem de forma geral e vinculante obrigações que – no âmbito da União Europeia – já tinham sido ajustadas em um Código de Conduta para combate ao Discurso de Ódio online, firmado em 2016 entre a Comissão Europeia e o *Facebook, Twitter, YouTube e Microsoft*⁵⁸⁸, pelo qual as empresas comprometeram-se com relevantes obrigações de moderação de conteúdo.

Não há como mensurar, no presente momento, o impacto destas novas normativas, já que os novos regulamentos entrarão em vigor apenas a partir de janeiro de 2024. Não obstante, segundo o site da Comissão Europeia dedicado aos novos diplomas, eles visam a estabelecer uma referência para uma abordagem regulatória aos intermediários on-line também em nível global⁵⁸⁹, o que permite concluir a intenção da UE de que as normas sigam os passos do RGPD e se espalhem globalmente. Assim, não apenas a proteção de dados pessoais, mas a moderação do conteúdo online também passa a ser objeto de uma regulação uniforme europeia com pretensão de aplicação extraterritorial.

A projeção global do RGPD – e de outras normativas europeias nos mais diversos segmentos⁵⁹⁰ - tem sido chamada de efeito Bruxelas e entender este conceito e seus mecanismos de ação mostra-se importante para a análise sobre as vantagens e desvantagens de uma uniformização regulatória proposta neste capítulo.

⁵⁸⁷ “A high and uniform level of data protection within the EU will be the best way of endorsing and promoting EU data protection standards globally”. Tradução livre de EUROPEAN COMMISSION. **Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions.** A comprehensive approach on personal data protection in the European Union. Brussels, 04.11.2010. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0609:FIN:EN:PDF>. Acesso em 03 dez. 2022.

⁵⁸⁸ EUROPEAN COMMISSION. **The EU Code of Conduct.** Disponível em: https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/combating-discrimination/racism-and-xenophobia/eu-code-conduct-countering-illegal-hate-speech-online_en. Acesso em 03 dez. 2022.

⁵⁸⁹ EUROPEAN COMMISSION. **Questions and Answers: Digital Services Act.** Disponível em: https://www.ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/qanda_20_2348. Acesso em 22 nov. 2022.

⁵⁹⁰ Normas ambientais, de segurança alimentar e concorrenciais europeias também se disseminam de maneira semelhante, conforme destacou Anu Bradford. (BRADFORD, Anu. **The Brussels Effect: how European Union rules the world.** New York: Oxford University Press, 2020, p.XIII)

5.1.1 O efeito Bruxelas

Por efeito Bruxelas entende-se o “poder unilateral da União Europeia de regular mercados globais”⁵⁹¹. O conceito foi introduzido por Anu Bradford para explicar como a UE, consegue - sem necessidade de recorrer a instituições extra-bloco, tampouco de buscar a cooperação de outros Estados ou utilizar de instrumentos coercitivos formais - promulgar regulamentos que moldam o mundo dos negócios, promovendo uma europeização de muitos aspectos importantes ao comércio global.

A autora esclarece que o efeito Bruxelas se manifesta de duas formas: *de jure e de facto*. O efeito *de jure* surge porque Estados ao redor do mundo imitam a regulação europeia. À título de exemplo, a autora aponta que mais de 120 Estados (incluindo o Brasil) adotaram normas domésticas de proteção de dados após a entrada em vigor do RGPD, que replicam ao menos parte dos padrões europeus acerca da matéria. Esta imitação é por vezes incentivada pelo *lobby* das empresas locais com atuação na Europa, as quais tiveram de adequar suas condutas para serem compatíveis com as exigências da UE e não querem ter desvantagens ao competir no mercado doméstico com empresas que não atendem o mercado europeu. Inobstante, também pode acontecer por outras influências, como por pressão dos cidadãos ou como resultado de tratados internacionais celebrados com a UE e de pressões de instituições internacionais sobre os governos para que adotem as mesmas normativas⁵⁹².

Contudo, um aspecto central ao efeito Bruxelas é a sua concretização como fato, ainda que a harmonização não ocorra formalmente: é que os negócios globais passam a ser conduzidos a partir de padrões europeus mesmo que as regras formais de outras jurisdições não tenham sido alteradas. Isto é, a despeito dos sistemas jurídicos continuarem sendo diversos, a prática dos mercados impulsiona a uma uniformização em torno dos padrões europeus.

O efeito *de facto* ocorre porque as grandes empresas multinacionais têm incentivos de mercado para aplicar os requerimentos regulatórios da UE em suas atividades produtivas e nos serviços prestados para o mundo todo, em uma comprovação empírica do movimento relatado no capítulo anterior, a partir da analogia à tragédia dos comuns⁵⁹³. A influência do RGPD nas políticas de privacidade globais das empresas é considerada um exemplo disto. Estudos empíricos comprovam que muitas empresas mudaram suas práticas globais relacionadas à

⁵⁹¹ BRADFORD, Anu. **The Brussels Effect**: how European Union rules the world. New York: Oxford University Press, 2020, p.XV.

⁵⁹² BRADFORD, Anu. **The Brussels Effect**: How the European Union rules the world. New York: Oxford University Press, 2020, p. 2.

⁵⁹³ Ver item 4.3.2 *supra*.

coleta de dados após a RGPD, implementado políticas que incrementam a proteção de usuários mesmo em Estados não membros da UE e que não alteraram suas normativas domésticas⁵⁹⁴.

Para explicar como a difusão das normas europeias acontece em termos globais, Anu Bradford chama a atenção para a existência de cinco fatores. São eles: (i) o poder de mercado da União Europeia; (ii) a escolha de critérios inelásticos como base jurisdicional para incidência das regulações; (iii) as exigências normativas rigorosas feitas pelo bloco europeu; (iv) a regulação de condutas indivisíveis (ou não divisíveis sem elevados custos); e (v) a capacidade regulatória da União Europeia para criar e garantir o cumprimento de suas normas⁵⁹⁵.

Deveras, o poder de mercado é uma pré-condição para a adoção de medidas regulatórias para a Internet com pretensão de aplicabilidade extraterritorial – como se viu no capítulo anterior⁵⁹⁶. Isso porque, como se mencionou, o maior trunfo de um Estado-soberano para a imposição de uma norma às empresas que operam na Internet é a possibilidade de bloquear uma aplicação por descumprimento da lei local e, com isto, impedi-la de acessar os usuários da Internet daquele Estado. Neste sentido, Anu Bradford⁵⁹⁷ menciona que o mercado europeu é responsável por 25% da receita global da *Meta* e que a participação de mercado do *Google* na Europa é superior à sua média global, o que faz com que abandonar o mercado europeu não seja uma opção comercialmente viável para estas empresas.

Além do poder de mercado, um aspecto central para garantir o sucesso da proliferação regulatória decorre da escolha europeia quanto a sua reivindicação jurisdicional. O RGPD estabelece a aplicabilidade de suas normas sempre que dados pessoais de residentes na Europa for utilizado para oferta de bens ou serviços a estas pessoas, ou para controlar seus comportamentos.

⁵⁹⁴ Um exemplo é o estudo realizado por Rene Mahieu detectou que usuários canadenses passaram a ter mecanismos muito maiores para obtenção de acesso às informações pessoais coletadas por empresas após a entrada em vigor do GDPR. A pesquisa cita outros estudos empíricos realizados para testar a prevalência do Efeito Bruxelas na área da coleta de dados pessoais. (Neste sentido ver em: MAHIEU, Rene, *et al.* Measuring the Brussels Effect through Access Requests: Has the European General Data Protection Regulation Influenced the Data Protection Rights of Canadian Citizens? **Journal of Information Policy**. Volume 11. December 2021. Disponível em: <https://scholarlypublishingcollective.org/psup/information-policy/article/doi/10.5325/jinfopoli.11.2021.0301/292024/Measuring-the-Brussels-Effect-through-Access>. Acesso em 03 dez. 2022).

⁵⁹⁵ BRADFORD, Anu. **The Brussels Effect**: How the European Union rules the world. New York: Oxford University Press, 2020, p. 25.

⁵⁹⁶ Item 4.2 *supra*.

⁵⁹⁷ BRADFORD, Anu. **The Brussels Effect**: How the European Union rules the world. New York: Oxford University Press, 2020, p. 135.

Cedric Ryngaert e Mistale Taylor⁵⁹⁸ apontam para a existência de duas interpretações para as bases jurisdicionais para a RGPD: uma baseada na territorialidade, haja vista que a coleta de dados é feita sobre titulares que estão no território da União Europeia; a outra, extraterritorial, baseada no princípio da proteção de interesses da União Europeia, em especial o de proteger nacionais e residentes na UE. Qualquer que seja a interpretação adotada, a reivindicação jurisdicional europeia é legítima aos olhos do DIP⁵⁹⁹. O que é decisivo para a disseminação internacional deste padrão normativo, porém, é o fato de que o aspecto que desperta a incidência da norma é inelástico: isto é, os alvos da regulação não são responsivos às mudanças regulatórias e estão presos à incidência do regime regulador⁶⁰⁰.

A ideia da inelasticidade dos alvos da regulação se correlaciona com a percepção sobre a mobilidade dos sujeitos diante da globalização, já destacada nesta tese⁶⁰¹ a partir das lições de Horatia Muir Watt⁶⁰². De fato, uma empresa pode escolher onde deseja se estabelecer ou onde será incorporada – e poderá levar em consideração o ambiente de negócios e as normas que regulam suas atividades ao tomar esta decisão. Diante da globalização, poderá eleger qualquer lugar para sua sede e, assim, escolher o Direito do Estado que lhe é mais favorável para estabelecer-se e, a partir daquele local, acessar mercados longínquos.

Assim, se o RGPD limitasse sua incidência às empresas com sede ou estabelecimento na Europa, muitas poderiam optar por realocar seus estabelecimentos em busca de regimes regulatórios menos exigentes, atendendo à distância o mercado consumidor europeu. O regulamento se tornaria, portanto, ineficaz, pois as empresas poderiam escapar dele com facilidade.

O RGPD, entretanto, condiciona o acesso ao mercado consumidor europeu à observância de suas disposições. O mercado consumidor, por sua vez, é inelástico já que os consumidores não se mudam com a mesma facilidade que as corporações. Assim, quem quiser atender o mercado europeu – onde quer que esteja – terá de observar a RGPD, não podendo tampouco barganhar com a possibilidade de realocação de seus ativos para tentar flexibilizar as exigências locais.

⁵⁹⁸ RYNGAERT, Cedric; TAYLOR, Mistale. The GDPR as global data protection regulation? **AJIL Unbound**. Vol. 114. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-core/content/view/CB416FF11457C21B02C0D1DA7BE8E688/S2398772319000801a.pdf/the-gdpr-as-global-data-protection-regulation.pdf>. Acesso em 03 dez. 2022, p. 6.

⁵⁹⁹ Sobre a legitimidade de reivindicações jurisdicionais extraterritoriais, ver item 3.1 supra.

⁶⁰⁰ BRADFORD, Anu. **The Brussels Effect: How the European Union rules the world**. New York: Oxford University Press, 2020, p. 48.

⁶⁰¹ Vide tópico 4.3.2 supra.

⁶⁰² MUIR WATT, Horatia. **Aspects économiques du droit international privé: réflexions sur l'impact de la globalisation économique sur les fondements des conflits de lois et de juridictions**. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*. V.307, 2004, passim.

A existência de alvos inelásticos de regulação, portanto, impediria a concretização do efeito *race to the bottom*, do qual se tratou no capítulo anterior, a partir da compreensão da tragédia dos comuns⁶⁰³. Diante da inelasticidade do mercado consumidor - se o elo que conecta a empresa a uma determinada regulação é justamente o acesso a este mercado - o que acontece é precisamente o caminho inverso: a chamada *race to the top*, a internacionalização do padrão normativo mais rigoroso, tal qual se sustentou também no capítulo anterior, a partir da metáfora da tragédia dos anti-comuns⁶⁰⁴. Se todas as leis são simultaneamente incidentes, a empresa pode decidir seguir o padrão mais rigoroso com o objetivo de cumprir com todas as leis que lhe são impostas ao mesmo tempo.

Com efeito, central para a disseminação do padrão europeu é a sua rigorosidade. Para Anu Bradford⁶⁰⁵, este é um dos principais aspectos que possibilita que a UE assuma a posição de um regulador global: ao contrário dos EUA - que também têm um poder de mercado relevante e boa capacidade institucional para impor suas normas - a Europa não possui uma rejeição ideológica à intervenção estatal e a regulação dos mercados pelos governos, o que contribuiu para a imposição de padrões normativos exigentes à atividade empresarial.

O que explicaria a disseminação dos critérios normativos europeus ao redor do mundo, contudo, não é a ação dos Estados europeus, mas sim a resposta adotada pelas empresas: são elas que teriam a propensão de adotar a norma mais exigente como padrão, pois ao cumprir com a imposição mais rigorosa estariam asseguradas de cumprirem todos os demais, simultaneamente. No contexto da proteção dos dados pessoais, ao garantir os direitos previstos da RGPD a todos os usuários, independentemente de onde se encontram, as empresas garantiriam não estar infringindo nenhuma lei de proteção de dados, já que todas as demais lhes impõem menos obrigações do que a RGPD.

Esta situação torna-se acentuada quando os produtos ou serviços sobre os quais incidem a regulação são indivisíveis: isto é, quando adotar o padrão normativo rigoroso como global é necessário – ou, simplesmente, mais vantajoso - do que adotá-lo apenas para o mercado específico que emitiu a regulação. No contexto digital, dificuldades técnicas da geolocalização e custos para conformar-se a diferentes padrões regulatórios simultaneamente justificam que as empresas do mercado digital adiram ao modelo europeu de proteção de dados como o regramento global. Além disto, até mesmo preocupações com a imagem da empresa perante os seus consumidores pode justificar a prática: as empresas digitais que operam globalmente

⁶⁰³ Item 4.3.2 supra.

⁶⁰⁴ Item 4.3.3 supra.

⁶⁰⁵ BRADFORD, Anu. **The Brussels Effect**: How the European Union rules the world. New York: Oxford University Press, 2020, p. 38.

poderiam ver-se sujeitas ao escrutínio público desfavorável caso se comprometessem com a privacidade dos usuários europeus de uma forma diversa do compromisso assumido com usuários de outros grandes mercados, menos regulados⁶⁰⁶. Assim, internacionalizar a norma europeia garante economias de escala no *compliance* regulatório e protege às empresas de potenciais prejuízos reputacionais.

Por fim, as capacidades regulatórias das instituições europeias para elaborar normas restritivas e aplicá-las internamente – resultado do amadurecimento institucional europeu desde as primeiras iniciativas de integração europeia nos anos 1950 - encerram o rol dos fatores que, combinados, permitiram a proliferação do RGPD em todo o mundo.

5.1.2 Consequências do efeito Bruxelas

Anu Bradford⁶⁰⁷ defende que, graças ao efeito Bruxelas, pessoas ao redor do mundo todo gozam dos benefícios das exigências regulamentares feitas pela Europa, nas mais diversas áreas e segmentos nos quais a legislação europeia tornou-se o padrão global – do meio ambiente à segurança na proteção de alimentos e, em especial no que diz respeito a esta tese, na redução do discurso de ódio pela proliferação dos padrões europeus de moderação de conteúdo e no aumento da privacidade na Internet.

A despeito da inegável importância dos valores promovidos pelas regulações europeias, há que se ressaltar que a disseminação de padrões normativos restritivos tem aspectos negativos. Uma das críticas comumente atribuídas ao efeito Bruxelas é a de que o custo dos padrões europeus acabam sendo entraves à inovação, podendo impactar especialmente as pequenas e médias empresas, reduzindo a concorrência e fortalecendo o poder das grandes corporações⁶⁰⁸.

A este respeito, Giorgio Presidente e Carl Benedikt Frey⁶⁰⁹ procuraram identificar como os custos de conformidade com o RGPD impactaram as empresas nos primeiros quatro anos após a entrada em vigor da normativa europeia, analisando a lucratividade e a receita de empresas de 61 Estados. Os autores concluíram que o RGPD impactou as empresas em dois aspectos diferentes: (i) com uma redução média de 8% em sua lucratividade, causada

⁶⁰⁶ BRADFORD, Anu. **The Brussels Effect: How the European Union rules the world**. New York: Oxford University Press, 2020, p. 58.

⁶⁰⁷ BRADFORD, Anu. **The Brussels Effect: How the European Union rules the world**. New York: Oxford University Press, 2020, p. 263.

⁶⁰⁸ BRADFORD, Anu. **The Brussels Effect: How the European Union rules the world**. New York: Oxford University Press, 2020, p. 237.

⁶⁰⁹ PRESIDENTE, Giorgio; FREY, Carl Benedikt. The GDPR effect: **How data privacy regulation shaped firm performance globally**. Disponível em: <https://cepr.org/voxeu/columns/gdpr-effect-how-data-privacy-regulation-shaped-firm-performance-globally>. Acesso em 04 dez. 2022.

basicamente pelos custos de conformidade com a normativa europeia; e (ii) com uma redução de 2% em suas vendas, pela redução do acesso aos dados pessoais que permitiam direcionar ofertas. Sobretudo, porém, os autores desatacaram que o impacto foi suportado majoritariamente por pequenas e médias empresas, sendo que as *big techs* – como o Google e o Facebook – praticamente não tiveram reduções em vendas ou lucros no mesmo período avaliado pelos pesquisadores.

Um relatório de 2018 da PwC⁶¹⁰ informou que 88% das empresas americanas que atendiam o mercado europeu estimavam gastar mais de um milhão de dólares em *compliance* para adequarem suas políticas de coleta e tratamento de dados à RGPD. 9% das empresas entrevistadas afirmaram esperar gastar mais de dez milhões de dólares neste projeto. Os custos elevados para conformidade com uma única lei ajudam a demonstrar o porquê de as empresas entenderem adequado buscar uma economia de escala ao replicar o padrão normativo europeu para o mundo todo. Ao mesmo tempo, porém, sugere que a conformidade com estas exigências é inacessível ou muito custosa para algumas empresas, o que pode desestimular novos entrantes ao mercado digital.

Ademais, estudo de Jian Jia, Ginger Zhe Jin e Liad Wagman⁶¹¹ estimou que os custos de conformidade com o RGPD causaram perdas de empregos em *startups* (segundo as autoras, entre 3.604 e 28.819 foram perdidos ou deixaram de ser criados pelo impacto do RGPD as empresas de tecnologia nascentes), o que exemplifica os efeitos distributivos de um aumento de custo para as atividades empresariais.

Jennifer Huddleston⁶¹², por sua vez, chama a atenção para os *tradeoffs* envolvidos na adoção do RGPD. Para a autora, o RGPD limita a escolha de consumidores, que podem preferir a personalização dos conteúdos à privacidade e impacta a liberdade de expressão ao permitir a retirada de conteúdo online sob o argumento do direito ao esquecimento. Ademais, a autora sustenta que o RGPD pode ter comprometido pesquisas científicas – mencionando que 40 estudos sobre câncer foram interrompidos por receio de pesquisadores quanto a compatibilidade do estudo com a regulação – e, até mesmo, prejudicado o combate a pandemia de Covid-19, em razão das restrições normativas europeias impedirem o desenvolvimento de aplicativos que

⁶¹⁰ PWC. **A privacy reset — from compliance to trust-building.** Disponível em: <https://www.pwc.com/us/en/services/consulting/cybersecurity-risk-regulatory/library/privacy-reset.html>. Acesso em 04 dez. 2022.

⁶¹¹ JIA, Jian; JIN, Ginger Zhe; WAGMAN, Liad. **The Short-Run Effects of GDPR on Technology Venture Investment.** National Bureau of Economic Research. Disponível em: <https://www.nber.org/papers/w25248>. Acesso em 04 dez. 2022.

⁶¹² HUDDLESTON, Jennifer. **The price of privacy: The impact of Strict Data Regulations on Innovation and More.** American Action Forum. Disponível em: <https://www.americanactionforum.org/insight/the-price-of-privacy-the-impact-of-strict-data-regulations-on-innovation-and-more/>. Acesso em 04 dez. 2022.

rastreassem os contatos com casos confirmados da doença, como ocorreu na China sem a imposição da mesma restrição de privacidade.

Abordar os prós e contras do RGPD não é o objetivo desta tese, e é perfeitamente possível que normas como o RGPD – por mais custosas que sejam – compensem os custos empresariais e sociais a ela relacionados ao criarem mecanismos para endereçar a possibilidade de governança algorítmica resultante da coleta de dados pessoais⁶¹³. A breve incursão aos custos e críticas que recaem sobre o RGPD é importante, porém, para aclarar que a disseminação global do RGPD está longe de ser uma consequência da existência de um consenso valorativo em torno de suas disposições.

Sob essa perspectiva, há que se ponderar que a imposição dos padrões europeus ao restante do mundo pode não ser adequada para Estados com realidades institucionais, econômicas e culturais diversas. Outrossim, o efeito Bruxelas também tem sido acusado de refletir posturas imperialistas europeias que comprometem a independência e a democracia de Estados que, embora afetados pela regulação, não escolheram estar a ela atrelados. Em especial, estes Estados, se tivessem sido chamados a escolher, poderiam ter preferido um arranjo normativo distinto⁶¹⁴.

Portanto, conclui-se que a uniformização promovida pela União Europeia agindo de forma unilateral como um regulador global contém alguns aspectos bastante problemáticos. A própria Anu Bradford⁶¹⁵, ao descrever e endossar o fenômeno de forma pioneira, ressaltou que o efeito não é a melhor alternativa regulatória global e que o ideal seria que os Estados cooperassem para encontrar mecanismos regulatórios a partir de um consenso por meio de organismos internacionais. Não obstante, na falta de tais mecanismos, a autora sustenta que o efeito Bruxelas é a segunda melhor alternativa⁶¹⁶.

A este respeito, porém, faz-se necessário acrescer uma preocupação adicional às apontadas pela autora como críticas ao efeito Bruxelas: os perigos relacionados ao fato de que o efeito é dirigido a partir de mecanismos de mercado⁶¹⁷ (e, portanto, responde às características

⁶¹³ Conforme item 2.5 supra.

⁶¹⁴ BRADFORD, Anu. **The Brussels Effect: How the European Union rules the world**. New York: Oxford University Press, 2020, p. 250.

⁶¹⁵ BRADFORD, Anu. **The Brussels Effect: How the European Union rules the world**. New York: Oxford University Press, 2020, p. 253.

⁶¹⁶ Na expressão da autora, uma “*second best alternative*”. BRADFORD, Anu. **The Brussels Effect: How the European Union rules the world**. New York: Oxford University Press, 2020, p. 253.

⁶¹⁷ Afirmar que uma transação acontece em um ambiente de mercado não significa sustentar que apenas valores pecuniários foram considerados, mas sim que os agentes tomaram decisões barganhando livremente. Neste sentido, ver em: HASTREITER, Michele Alessandra. Ordem Privada. In: RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; DOMINGUES, Victor Hugo; KLEIN, Vinicius (Org.) **Análise Econômica do Direito: justiça e desenvolvimento**. Curitiba: CRV, 2016, p. 92.

deste modelo de governança) e não de mecanismos hierárquicos – o que no cenário do DIP equivaleria à existência de um legislador global impondo o padrão normativo - ou do estabelecimento de contratos relacionais (no cenário do DIP, tratados firmados pelos Estados)⁶¹⁸. Isso permite pressupor que – presentes os fatores que levaram à proliferação das normas europeias internacionalmente – qualquer Estado poderá se tornar um regulador global e qualquer norma poderá se impor globalmente, independentemente da base axiológica que lhe justifica. Isso se mostra especialmente negativo quando se analisa a perspectiva da liberdade de expressão e da proteção de direitos humanos na Internet.

5.1.3 A escolha dos parâmetros europeus e os limites morais do mercado

Embora o efeito Bruxelas designe a disseminação de padrões normativos da União Europeia ao redor do mundo, não são as instituições governamentais europeias as responsáveis por esta disseminação, mas outros atores poderosos no cenário internacional: as empresas multinacionais. Incentivadas pelo desejo de acessar o mercado consumidor europeu e pelas economias de escala resultantes da adoção de um único padrão normativo, são elas quem elegem o padrão que será replicado em escala global.

Ocorre, porém, que a disseminação dos padrões normativos de forma espontânea por parte das corporações multinacionais tem uma motivação intrínseca: o lucro. A este respeito, vale destacar que a harmonização regulatória europeia foi, desde o princípio, planejada com o objetivo de avançar o mercado comum europeu, favorecendo o livre fluxo de bens e serviços dentro do bloco⁶¹⁹. A preocupação com os interesses de mercado, portanto, estiveram no centro dos instrumentos de uniformização e harmonização legislativa na Europa, tanto quanto (ou, talvez, até mais do que) as preocupações europeias com a proteção do meio ambiente, dos consumidores ou dos direitos humanos.

Os mecanismos que conduzem ao efeito Bruxelas são, portanto, orientados pelo mercado, e permitem que qualquer jurisdição se torne a fornecedora de regras para os mercados globais, desde que presentes as características definidas por Anu Bradford como responsáveis pela condução do efeito, isto é: capacidade institucional, poder de mercado, a predisposição para aprovação de normas rigorosas, a indivisibilidade das condutas reguladas e a inelasticidade dos alvos da regulação. Nesse sentido, a disseminação das normativas europeias para além das

⁶¹⁸ Oliver Williamson descreve as hierarquias, os mercados e os contratos relacionais como as principais instituições do capitalismo. WILLIAMSON, Oliver. **The Economic Institutions Of Capitalism: Firms, Markets, Relational Contracting**. New York: The Free Press, 1985, p.15.

⁶¹⁹ BRADFORD, Anu. **The Brussels Effect: How the European Union rules the world**. New York: Oxford University Press, 2020, p. 09.

fronteiras do bloco europeu representa um exemplo do que Oliver Williamson denominou de “ordem privada”⁶²⁰, uma visão que se opõe aos modelos de governança hierárquicos que defendem que a presença de uma autoridade central com poderes coercitivos para garantir o cumprimento das obrigações.

O autor⁶²¹ parte da perspectiva de Thomas Hobbes quanto a necessidade de um Leviatã para obrigar as pessoas a seguirem seus deveres, para enfatizar que, no Direito, consolidou-se a crença em um sistema jurídico centralizado como único meio para solucionar desacordos. Dentro da visão tradicional, os sistemas jurídicos centralizados só seriam prescindíveis quando houvesse uma forte visão comunitária e valores partilhados entre as partes em conflito, como seria o caso de comunidades religiosas por exemplo. Williamson refuta tais visões, porém, ao apontar que os interesses de mercado e, sobretudo, o auto interesse de cada participante no mercado também pode estabelecer meios para solução de desacordos.

Contudo, quando o ativo em negociação entre as partes é a jurisdição – isto é, o poder de dizer o Direito - o mercado pode não ser o melhor alocador. Como se viu no início desta seção, a União Europeia aprovou recentemente o *Digital Services Act*, destinado a proteger os direitos fundamentais dos usuários por meio de obrigações criadas aos intermediários da Internet, o que inclui as obrigações de moderação de conteúdo. Em função de leis nacionais europeias quanto ao tema, bem como do Código de Conduta europeu⁶²² - ainda que sem a mesma força vinculante do novo instrumento normativo – as empresas de tecnologia, de fato, já caminhavam na direção de uma conformidade valorativa aos padrões europeus para julgar o conteúdo a ser permitido nas redes à nível global.

Neste sentido, Anu Bradford⁶²³ cita o exemplo do *Facebook*, que tem preferido moldar seus termos de serviços, aplicáveis globalmente, aos padrões mais exigentes de normatividade previstos na Europa do que segregar determinados conteúdos apenas dos usuários europeus, pois isto poderia prejudicar o objetivo da plataforma de ser uma ferramenta que viabiliza conversas globais. Em outubro de 2020, por exemplo, a empresa mudou seus termos de serviço para considerar proibidas as manifestações que negam ou distorcem o Holocausto⁶²⁴, em uma

⁶²⁰ “*Private ordering*”, na expressão original usada pelo autor. WILLIAMSON, Oliver. **The Economic Institutions Of Capitalism: Firms, Markets, Relational Contracting**. New York: The Free Press, 1985, p.164.

⁶²¹ WILLIAMSON, Oliver. **The Economic Institutions Of Capitalism: Firms, Markets, Relational Contracting**. New York: The Free Press, 1985, p.165.

⁶²² EUROPEAN COMMISSION. **The EU Code of Conduct**. Disponível em: https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/combating-discrimination/racism-and-xenophobia/eu-code-conduct-countering-illegal-hate-speech-online_en. Acesso em 03 dez. 2022.

⁶²³ BRADFORD, Anu. **The Brussels Effect: How the European Union rules the world**. New York: Oxford University Press, 2020, p. 161.

⁶²⁴ META. **Transparency Center**. Disponível em: <https://transparency.fb.com/data/content-restrictions/country/IT/>. Acesso em 27 nov. 2022.

clara adesão ao padrão europeu quanto a matéria, já que nos Estados Unidos, sede da empresa, o discurso estaria protegido pelo conteúdo da Primeira Emenda da Constituição Americana e sua larga interpretação quanto à primazia da liberdade de expressão⁶²⁵.

Ocorre que o padrão europeu não é o mais rigoroso no que diz respeito a moderação de conteúdo em termos globais. Países como Rússia, China e Irã são muito mais restritivos à liberdade de expressão do que a União Europeia. Anu Bradford acredita que, ainda assim, os padrões globalizados serão os europeus. Neste sentido, a autora afirma:

No entanto, as empresas de TI não optam por seguir, por exemplo, o padrão chinês mais rigoroso e minimizar o conteúdo que permitem on-line, mesmo que isso garanta seu acesso a todos os mercados. Em vez disso, elas estão convergindo cada vez mais para o padrão europeu ainda não excessivamente elevado, mesmo que isso signifique que poderiam ser bloqueadas de alguns mercados significativos, incluindo a China. As decisões destas empresas sobre o discurso a tolerar são vistas como um reflexo de seus valores. Ser bloqueado da China é algo caro, mas que as empresas escolhem tolerar - não menos porque querem garantir que o padrão de liberdade de expressão que adotam permaneça consistente com seus valores, marca e identidade corporativa. Em particular, elas não querem ser vistas como "cúmplices" na censura estatal nas nações que mais restringem a liberdade de expressão. Em contraste, ser afastado do mercado da UE não é uma opção comercialmente viável, o que leva estas empresas a tolerar o padrão europeu relativamente rigoroso, mas de um ponto de vista político ainda aceitável⁶²⁶.

Nota-se que, para explicar o que leva os padrões discursivos europeus a serem replicados globalmente, ainda que não sejam os mais restritos, Anu Bradford escapa de seu próprio modelo teórico e, ao que tudo indica, entende que os padrões europeus são naturalmente dotados de uma coerência valorativa internacional, ao contrário de padrões mais rigorosos que, por isto, não estariam sendo privilegiados. Não obstante, confiar que o mercado será apto para definir o que é um padrão aceitável para replicação global e o que não é parece obscurecer uma característica fundamental ao funcionamento do mercado: a isenção de julgamentos morais que está no cerne do pensamento mercadológico. A este respeito, Michael Sandel afirmou:

⁶²⁵ KAHN, Robert. Holocaust Denial. **The First Amendment Encyclopedia**. Disponível em: <https://www.mtsu.edu/first-amendment/article/1116/holocaust-denial>. Acesso em 27 nov. 2022.

⁶²⁶ “*Yet IT companies do not choose to follow, for example, the more stringent Chinese standard and minimize the content that they allow online, even though this would guarantee their access to every market. Instead, they are increasingly converging to the high—yet not excessively high—European standard, even if this means that they could be blocked from some significant markets, including China. These companies’ decisions on what speech to tolerate is viewed as a reflection of their values. Being blocked from China is costly yet something that companies choose to tolerate—not least because they want to ensure that the free speech standard they embrace remains consistent with their values, brand, and corporate identity. In particular, they do not want to be viewed as “complicit” in state censorship in the most speech-restricting nations. In contrast, being shunned from the EU market is not a commercially viable option, which leads these companies to tolerate the relatively stringent, yet from a policy standpoint still acceptable, European standard*” (BRADFORD, Anu. **The Brussels Effect: How the European Union rules the world**. New York: Oxford University Press, 2020, p. 251)

O interesse do mercado decorre em parte do fato de não julgar as preferências a que atende. Ele não quer saber se determinadas maneiras de avaliar os bens são preferíveis a outras ou mais condignas. (...) Os mercados não apontam o polegar para cima ou para baixo. Não discriminam entre preferências louváveis ou condenáveis⁶²⁷.

O que move as empresas à conformidade aos padrões discursivos europeus e não aos padrões chineses na moderação de conteúdo não é, ao contrário do que afirmou Anu Bradford, uma propensão política. É, ainda, seu auto interesse: o lucro. Pode-se ter como hipótese que a adoção de um padrão de censura de informações como o que existe na China, em âmbito global, pelas redes sociais de acesso mundial poderia comprometer o funcionamento destas plataformas e seus propósitos de gerarem engajamento pela atratividade do conteúdo que exibem, conforme discutiu-se no segundo capítulo desta tese⁶²⁸. Ainda, eventuais prejuízos reputacionais, capazes de afastar usuários do acesso às ferramentas digitais, também podem estar por detrás da compreensão de que o padrão europeu – ainda que não seja o mais elevado em seu rigor normativo – representa o teto à restritividade da liberdade de expressão admitido pelas grandes corporações da Internet.

Não obstante, isto significa que tais corporações não estão resistindo à censura chinesa por um profundo e genuíno apego à liberdade de expressão e que tampouco estão endossando os valores europeus porque compactuam com a matriz de direitos humanos ocidental. A este respeito, James Griffiths⁶²⁹ afirma que a defesa encampada por muitas empresas do universo digital em prol da liberdade de expressão está muito mais relacionada ao desejo destas empresas de serem livres para realizarem seus negócios de acordo com suas próprias preferências do que com uma preocupação genuína com as restrições indevidas às expressões de seus usuários.

O autor menciona, à título de exemplo, que as redes sociais da *Meta* já foram criticadas por censurarem postagens LGBTQIA+, o movimento *Black Lives Matter* e, até mesmo, mulheres amamentando. O *Youtube*, por sua vez, já foi acusado de proteger tão excessivamente direitos autorais a ponto de retirar vídeos de paródias e outras formas de utilização que se enquadrariam na doutrina do *fair use*. Ademais, o autor ressalta que o governo chinês já deu suporte a outros Estados para que implementem suas políticas de controle de informação e, se as *big techs* resistirem, as empresas chinesas que crescem no mercado digital poderão suprir os

⁶²⁷ SANDEL, Michael. **O que o dinheiro não compra**: os limites morais do mercado. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013, p. 19.

⁶²⁸ Ver item 2.4 *supra*.

⁶²⁹ GRIFFITHS, James. **The Great Firewall of China**: How to build and Control an Alternative Version of The Internet. London: Zed Book Ltd, 2019, p. 228.

gargalos de mercado gerados pelo bloqueio de aplicações não coniventes com a censura online (o que, por sua vez, incentivará as empresas americanas a ceder)⁶³⁰.

A *Freedom House*⁶³¹, ao abordar a regulação da Internet, alerta que uma democracia exige leis e instituições que evitem o acúmulo de poder nas mãos de poucos: seja o governo, seja o setor privado. Assim, confiar que uma boa uniformização da regulação da Internet pode emergir de um padrão normativo de um único governo poderoso disseminado a partir da ação auto interessada de grandes corporações soa, no mínimo, contraintuitivo a esta premissa.

Como alertou Michael Sandel⁶³², é preciso debater os limites morais do mercado e decidir, como sociedade, as circunstâncias em que eles atendem ao bem público e as circunstâncias em que eles são intrusos. Em particular diante do que se expôs nesta seção, tem-se que a jurisdição não deve ser confundida com uma mercadoria e a decisão sobre os limites regulatórios de um Estado precisa ter como base outras premissas que não, apenas, a da redução de custos e aumento do lucro das grandes corporações multinacionais. Assim, faz-se necessário examinar as possibilidades dos Estados, de forma conjunta e por meio de instrumentos de DIP, construir arranjos cooperados para regular a Internet sob bases valorativas democráticas.

5.2 UM DIREITO UNIFORMIZADO PARA A INTERNET E O CONSTITUCIONALISMO INTERNACIONAL.

Diante da abrangência e relevância dos debates regulatórios sobre a Internet, a perspectiva de uma regulação uniforme global para o ciberespaço por meio de instrumentos de DIP se alinha com algumas proposições mais amplas, que evocam a necessidade de construção de um modelo de constitucionalismo global. Por constitucionalismo, entende-se, em essência, a “limitação do poder e supremacia da lei”⁶³³. Neste sentido, recorre-se novamente ao pioneirismo de Lawrence Lessig, que já na década de 1990, conclamava a necessidade de uma Constituição para a Internet, ao afirmar que:

⁶³⁰ GRIFFITHS, James. **The Great Firewall of China: How to build and Control an Alternative Version of The Internet**. London: Zed Book Ltd, 2019, p. 229.

⁶³¹ FREEDOM HOUSE. **Freedom on the Net 2021**. The Global Drive to Control Big Tech. Disponível em: https://freedomhouse.org/sites/default/files/2021-09/FOTN_2021_Complete_Booklet_09162021_FINAL_UPDATED.pdf. Acesso em 26 nov. 2022, p.13.

⁶³² SANDEL, Michael. **O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013 p. 19.

⁶³³ BARROSO, Luiz Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 5.

A liberdade na Internet não virá da ausência de um Estado. A liberdade lá, como em qualquer lugar, depende de uma espécie de Estado. Nós construímos um mundo no qual a liberdade não emerge ao remover da sociedade qualquer forma de controle, mas em locais onde uma forma particular de controle consciente sobrevive. Nós construímos a liberdade – como nossos pais fundadores fizeram – ao construir uma sociedade sob uma Constituição⁶³⁴.

Algumas leis nacionais abrangentes têm ganhado a alcunha de Constituição da Internet, como é o caso do Marco Civil da Internet brasileiro, que, em seu artigo 1º, define seu ambicioso escopo: “Esta Lei estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil e determina as diretrizes para atuação da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios em relação à matéria”⁶³⁵. Contudo, como já foi amplamente explorado nas seções anteriores desta tese, as soluções normativas nacionalizadas para a Internet esbarram na natureza transfronteiriça da rede. Assim, conforme afirmou Jürgen Habermas⁶³⁶, as necessidades regulatórias oriundas desta tecnologia representam um dos diversos temas que têm despertado a necessidade de uma regulamentação que ultrapassa as capacidades existentes da ação política nacional, o que daria ímpeto a uma “força civilizadora da juridicização democrática além das fronteiras nacionais”. Segundo o autor, este movimento estaria por detrás de uma profunda transformação no DIP, que ganharia contornos constitucionais.

A internacionalização dos debates constitucionais tem sido uma tendência nos últimos anos⁶³⁷, especialmente entre pensadores europeus do Direito Internacional⁶³⁸. Tais propostas emergem, precisamente, em um contexto de crise dos sistemas constitucionais domésticos⁶³⁹, assim como as dificuldades para uma regulação da Internet pelos Estados-soberanos têm sido usadas para justificar os anseios por uma regulação uniforme global para a tecnologia.

⁶³⁴ “*Liberty in cyberspace will not come from the absence of the state. Liberty there, as anywhere, will come from a state of a certain kind. We build a world where freedom can flourish not by removing from society any self-conscious control, but by setting it in a place where a particular kind of self-conscious control survives. We build liberty as our founders did, by setting society upon a certain constitution*” (Tradução livre de: LESSIG, Lawrence. **Code** – version 2.0. New York: Basic Books, 2006, p. 4).

⁶³⁵ BRASIL. **Lei nº 12.965 de 23 de abril de 2014**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2014/lei/112965.htm. Acesso em: 12 jul. 2022.

⁶³⁶ HABERMAS, Jürgen. **Sobre a Constituição da Europa**. São Paulo: Ed. Unesp, 2012, p. 91.

⁶³⁷ DUNOFF, Jeffrey L; TRACHTMAN, Joel P. A Functional Approach to International Constitutionalization. In: DUNOFF, Jeffrey L; TRACHTMAN, Joel P. **Ruling the world: Constitutionalism and International Law and Global Governance**. New York: Cambridge University Press, 2009, p. 3.

⁶³⁸ BIANCHI, Andrea. **International law theories: an inquiry into different ways of thinking**. Oxford University Press, 2016, p. 46.

⁶³⁹ BIANCHI, Andrea. **International law theories: an inquiry into different ways of thinking**. Oxford University Press, 2016, p. 50.

A este respeito, Luigi Ferrajoli⁶⁴⁰ considera o movimento de globalização como um dos grandes fatores por detrás da crise do Estado Constitucional de Direito⁶⁴¹, justamente em razão da perda de unidade e coerência das fontes causada pela convivência e sobreposição de diversos ordenamentos jurídicos concorrentes. Jeffrey Dunoff e Joel Trachtman⁶⁴² também pontuam que a demanda por um constitucionalismo internacional é uma demanda que emerge da globalização e da fragmentação do DIP. A globalização aumenta a necessidade e os benefícios de arranjos cooperados entre os países, e torna mais vantajosa e necessária a construção de arranjos institucionais densos entre os Estados.

Kaushik Basu⁶⁴³ concorda com a necessidade de se pensar em uma regulação global para as questões que emergem do mundo globalizado. O autor aponta que diversas razões justificam a necessidade de instrumentos regulatórios internacionais com índole constitucional, sendo a erosão das democracias uma das principais questões neste sentido. Ao mencionar a urgência de tais ferramentas, o autor afirma que “nossa capacidade de criar tal sistema regulatório global tornou-se uma questão de sobrevivência para humanidade”⁶⁴⁴.

O debate sobre um constitucionalismo internacional envolve múltiplos aspectos, que vão desde a necessidade de repensar as instituições internacionais para superar o seu déficit democrático⁶⁴⁵ até a factibilidade da proposta de uma Constituição Internacional, que seria calcada numa crença ingênua de que o Direito poderia trazer à sociedade internacional uma solidariedade global capaz de compensar as assimetrias de poder. Contudo, como já havia

⁶⁴⁰ FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del Estado de derecho In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo**. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 20.

⁶⁴¹ Para o autor, haveria duas modalidades de Estado de Direito (e ambas estariam em crise!): o Estado Legislativo de Direito, que surge com o nascimento do Estado moderno e caracteriza-se pelo monopólio da produção jurídica pelo Estado e o Estado Constitucional de Direito, que emerge após a Segunda Guerra Mundial e é um produto das constituições rígidas e da ideia controle de constitucionalidade das leis ordinárias. (FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del Estado de derecho. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo**. Madrid: Editorial Trotta, 2003).

⁶⁴² DUNOFF, Jeffrey L; TRACHTMAN, Joel P. A Functional Approach to International Constitutionalization. In: DUNOFF, Jeffrey L; TRACHTMAN, Joel P. **Ruling the world: Constitutionalism and International Law and Global Governance**. New York: Cambridge University Press, 2009, p. 6.

⁶⁴³ BASU, Kaushik. **The Republic of Beliefs: a new approach to law and economics**. United Kingdom: Princeton University Press, 2018, p. 200.

⁶⁴⁴ “*In today’s globalized world, with massive industrial complexes, corporations operating across several continents, and specialized workers engaged in multiple countries, the intervention is needed at a global level. Indeed, this is so critical that whether we are able to create such a global regulatory system is a matter of survival for humankind*” (Tradução livre). (BASU, Kaushik. **The Republic of Beliefs: a new approach to law and economics**. United Kingdom: Princeton University Press, 2018, p. 204).

⁶⁴⁵ Habermas é um dos autores que chama a atenção para este aspecto do constitucionalismo global. Segundo o autor, o Direito Internacional clássico pauta-se na prerrogativa dos governos para conclusão de tratados internacionais, a qual se dá com muito menos participação e legitimação democrática do que a política interna dos Estados – que é controlada pelo Parlamento. O autor, então, destaca a necessidade de reforma das instituições como a ONU, para que passem a atuar não apenas como representantes dos Estados, mas também como representantes dos “cidadãos do mundo”. HABERMAS, Jürgen. **Sobre a Constituição da Europa**. São Paulo: Ed. Unesp, 2012, p. 103.

sugerido Lawrence Lessig na frase que dá início a este capítulo, pode ser bastante difícil alcançar de forma concreta um modelo regulatório global negociado, oriundo da cooperação entre os Estados, que seja capaz de tornar-se uma espécie de Constituição global para a Internet. A proposta requer mudanças estruturais profundas na forma como a comunidade internacional é, hoje, organizada. À título de exemplo, cite-se a ideia de um constitucionalismo global defendida por Habermas, que demanda uma série de reformas institucionais necessárias para construção de um novo DIP a partir da participação política dos cidadãos do mundo, transformando as Nações Unidas em uma comunidade politicamente constituída de Estados e cidadãos globais⁶⁴⁶.

É certo que, sob uma perspectiva teórica, não há impedimento para a concretização de tais mudanças. Por outro lado, sob uma perspectiva pragmática, há poucos indicativos de que tais reformas nas instituições internacionais seriam factíveis no mundo real – ao menos no curto ou médio prazo. Até mesmo na UE, onde a institucionalização da integração internacional é muito mais avançada do que no restante do mundo, o projeto de criação de uma Constituição única encontrou entraves políticos e acabou sendo abandonado⁶⁴⁷. Acerca das dificuldades para concretização de um constitucionalismo internacional, concluiu Luigi Ferrajoli:

As razões que hoje não nos permitem ser otimistas no que se refere a perspectiva de um constitucionalismo ampliado a escala internacional não são de carácter teórico, mas político. Nada autoriza afirmar que a perspectiva de um Estado Internacional de Direito seja, no plano teórico, irrealizável. Sua realização depende unicamente da política e precisamente da vontade dos Estados mais fortes no plano econômico e militar⁶⁴⁸.

O pragmatismo oferecido pela teoria econômica pode ajudar a visualizar as dificuldades para concretização destes modelos teóricos. Ao viabilizar a compreensão sobre algumas das características das interações entre os Estados nos cenários de elaboração,

⁶⁴⁶ HABERMAS, Jürgen. **Sobre a Constituição da Europa**. São Paulo: Ed. Unesp, 2012, passim.

⁶⁴⁷ O Tratado que estabelecia uma Constituição para a Europa foi aprovado pelo Conselho Europeu em 2004, mas submetido à referendos populares em diversos países, que rejeitaram ratificá-los. A proposta foi então substituída pelo Tratado de Lisboa, menos abrangente. Sobre o tema: **PARLAMENTO EUROPEU. Projecto de Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa (Não ratificado)**. Disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/about-parliament/pt/in-the-past/the-parliament-and-the-treaties/draft-treaty-establishing-a-constitution-for-europe>. Acesso em 08 jan. 2023.

⁶⁴⁸ “Las razones que hoy no nos permiten ser optimistas en lo que se refiere a la perspectiva de un constitucionalismo ampliado a la escala internacional no son por tanto de carácter teórico, sino exclusivamente de carácter político. Nada autoriza afirmar que la perspectiva de un Estado internacional de Derecho sea, en el plano teórico, irrealizable. Su realización depende unicamente de la política y precisamente de la voluntad de los países más fuertes en el plano económico y militar” (tradução livre) FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del Estado de derecho. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo**. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 29.

manutenção e aplicação do DIP, pode ser possível visualizar concretamente tais dificuldades e identificar quais os arranjos internacionais podem ser alcançáveis e merecem ser concretamente considerados, bem como quais as fraquezas institucionais que efetivamente se impõem como limites para o DIP.

5.3 OS CUSTOS DE TRANSAÇÃO EM UMA UNIFORMIZAÇÃO DA REGULAÇÃO DA INTERNET PELO DIP

A defesa de um constitucionalismo global, tanto quanto as propostas ambiciosas para a criação de um tratado internacional que discipline de forma completa, uniforme e precisa a Internet, parecem pressupor que, pela negociação internacional entre Estados, seria possível encontrar um Direito ótimo: um arranjo regulatório único, vantajoso para países com realidades socioeconômicas e culturais diversas. Ocorre que o modelo teórico descrito por Ronald Coase para representar a situação em que as partes transacionarão até chegarem a um resultado Pareto-eficiente é muito diferente do mundo real das negociações de DIP. No mundo real, transacionar custa e custa muito. Essa é uma ponderação importante na análise da plausibilidade da adoção de um hipotético instrumento de Direito uniforme: sua elaboração pode demandar custos de transação proibitivos.

Oliver Williamson classificou os custos de transação⁶⁴⁹ em duas modalidades distintas: custos *ex ante* e custos *ex post*. Os custos *ex ante* referem-se aos custos incorridos antes da celebração do instrumento (custos de negociação, de elaboração das normas e de previsão das circunstâncias que podem merecer atenção), os custos *ex post*, por sua vez, se referem a circunstâncias posteriores como a efetiva aplicação das normas e a solução de controvérsias⁶⁵⁰.

Ambos afetam a performance econômica, a despeito de terem sido ignorados sob os auspícios da economia neoclássica, centrada nos custos de produção. Por isto, Oliver Williamson⁶⁵¹ sustentou que a economia neoclássica chegava a conclusões irrealis ao ignorar os custos de transação, de forma análoga aos cálculos feitos por estudantes de Física desconsiderando a existência do atrito.

Efetivamente, os custos de transação podem ser a explicação para o insucesso de diversas iniciativas de uniformização do Direito já sugeridas. A este respeito, Toshiyuki Kono

⁶⁴⁹ Sobre o conceito de custos de transação, ver item 1.1.1 *supra*.

⁶⁵⁰ WILLIAMSON, Oliver. **The Economic Institutions Of Capitalism: Firms, Markets, Relational Contracting**. New York: The Free Press, 1985, p.20-21.

⁶⁵¹ WILLIAMSON, Oliver. **The Economic Institutions Of Capitalism: Firms, Markets, Relational Contracting**. New York: The Free Press, 1985, p.19.

destaca que das vinte e quatro Convenções adotadas pela *United Nations Commission on International Trade Law* (UNCITRAL) e pelo *International Institute for the Unification of Private Law* (UNIDROIT) para uniformização do Direito Privado, apenas quatro têm mais de cinquenta Estados membros⁶⁵². Os custos de transação podem, também, ser a explicação para as dificuldades para alcançar posturas cooperativas por parte dos Estados quando o assunto é a regulação da Internet, mesmo diante da frequência crescente de suas interações e do reconhecimento quanto a perniciosidade de suas posturas egoístas.

Embora os riscos e problemas trazidos pela pluralidade normativa – os custos da diferença (C_d) – impactem o bem-estar global, a eliminação destes custos é, por si só, custosa. Em outras palavras, há um nível ótimo de risco legal e ele é maior do que zero⁶⁵³ ($C_d > 0$). Se o que se sugere como solução institucional é a uniformização regulatória, os custos para a adesão, manutenção e aplicação de um instrumento de Direito uniformizado (custos da uniformização – C_u), também precisam ser considerados para que um cálculo preventivo permita concluir se a uniformização é, de fato, o caminho mais eficiente. Neste sentido, destacam-se as lições de Ejan Mackaay e Stéphane Rousseau, que sustentam: “Se os meios de prevenção do risco forem conhecidos, cabe determinar se convém adotá-los. A resposta é afirmativa para todos os meios de precaução cujo custo seja inferior à redução do custo do risco que seja factível”⁶⁵⁴.

Há que se destacar, ainda, que a pluralidade normativa não é apenas custosa: os Estados se beneficiam da adoção de arranjos normativos pensados para atender as suas situações particulares. A pressuposição de que os Estados são atores racionais, adotada por esta pesquisa⁶⁵⁵, demanda que se compreenda que a diversidade normativa nacional resulta de vantagens nas divergências normativas para cada Estado em particular. Assim, tem-se que a uniformização só será o caminho escolhido pelos Estados se os seus benefícios (B_u) deduzidos os custos (C_u), superarem os benefícios da diferença (B_d) quando subtraídos os custos da manutenção da diferença (C_d) também. A equação que representa as vantagens da uniformização regulatória pode ser expressa, portanto, da seguinte forma:

⁶⁵² KONO, Toshiyuki. Efficiency in Private International Law. In: **Collected Courses of the Hague Academy of International Law** (Volume 369). Disponível em: https://referenceworks.brillonline.com/entries/the-hague-academy-collected-courses/*A9789004267978_04. Acesso em 02 fev. 2023.

⁶⁵³ STEPHAN, Paul B. **The Futility of Unification and Harmonization in International Commercial Law**. Legal Studies Working Paper No 99-10. June 1999. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=169209. Acesso em 16 jan. 2022, p. 4.

⁶⁵⁴ MACKAAY, Ejan. ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. Tradução de Rachel Sztajn. 2ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Atlas, 2020, p. 131.

⁶⁵⁵ Ver item 2.1 *supra*.

$$B_u - C_u \gg B_d - C_d$$

Para explicar as vantagens das divergências normativas e os custos da uniformização, Toshiyuki Kono⁶⁵⁶ recorre a uma interessante simplificação. O autor compara o embate entre um Direito uniforme e a pluralidade de direitos domésticos com um cenário em que um indivíduo deve escolher entre duas lojas para comprar uma camiseta: uma que vende camisetas em três tamanhos (pequeno, médio ou grande) e outra que só vende tamanho médio, o qual é sugerido como “tamanho único”. A diversidade de tamanhos permite encontrar a melhor camiseta – mas podem existir custos e riscos (escolher o tamanho errado, pesquisar até encontrar o tamanho certo, precisar provar a camiseta, entre outros) que justificariam o recurso à loja que só vende o tamanho médio. São os custos da diferença (C_d), mencionados na equação apresentada acima. A conclusão é que a diversidade permite arranjos mais adequados às situações particulares, sendo estes os benefícios da diferença (B_d). O recurso ao “tamanho único”, por sua vez, permite ao agente que faça uma compra mais rápida (o benefício da uniformização - B_u), mas com o sacrifício do que seria o melhor tamanho.

Ocorre que, para que a opção pela loja com o “tamanho único” seja satisfatória, o tamanho oferecido pela loja precisa ser adequado para a maior parte das pessoas, ainda que não seja o tamanho perfeito para cada um em particular. A camiseta no tamanho M deve ficar apenas um pouco grande para quem preferiria o tamanho P, ou um pouco justa para quem preferiria o tamanho G, mas ainda assim servir para estas pessoas, para que possa ser considerada um tamanho único satisfatório. Entretanto, identificar qual o tamanho exato deve ter uma peça de roupa de tamanho médio, para que possa ser adotada como tamanho único, pode não ser tarefa simples e torna-se, então, um relevante custo da uniformização (C_u).

Transpondo o raciocínio simplificado de Toshiyuki Kono para a realidade das instituições, pode-se dizer que o que “serve” para um Estado pode simplesmente não servir para a realidade de outro, de modo que não basta replicar um padrão normativo que teve sucesso em um determinado local. Ocorre que saber distinguir entre um tamanho médio satisfatório para ser replicado como tamanho único e um tamanho que é ideal para alguém com características completamente diferentes das suas, e que não lhe servirá, pode ser, por si só, custoso para os Estados.

⁶⁵⁶ KONO, Toshiyuki. Efficiency in Private International Law. In: **Collected Courses of the Hague Academy of International Law** (Volume 369). Disponível em: https://referenceworks.brillonline.com/entries/the-hague-academy-collected-courses/*A9789004267978_04. Acesso em 15 jan. 2022, p. 433.

Esta afirmação teve a sua comprovação empírica a partir dos resultados negativos dos transplantes institucionais realizados nos anos 1990 por Estados em desenvolvimento a partir do receituário do chamado Consenso de Washington, documento que consagrava, nos dizeres de Michael Spence⁶⁵⁷, “dez ingredientes fundamentais para o sucesso do crescimento e do desenvolvimento”⁶⁵⁸. Sobretudo na América Latina, diversos Estados adotaram as medidas recomendadas pela cartilha (como privatizações e outras reformas liberais), mas não tiveram o retorno esperado em crescimento e desenvolvimento econômico⁶⁵⁹.

O fracasso das medidas ocorreu⁶⁶⁰, sobretudo, porque uma instituição importada não é incorporada ao Direito do Estado importador em um vácuo normativo. Neste sentido, Douglass North⁶⁶¹ esclarece que as performances econômicas variam em função de uma mistura de regras formais, normas informais e características da aplicação destas regras. Enquanto as leis podem ser alteradas da noite para o dia, as normas informais geralmente se alteram em um processo gradual. Como são as normas informais que legitimam as leis, a performance de uma mesma norma formal será diferente conforme o contexto de seu ambiente institucional.

Assim, economias que exportam regras de outras economias terão diferentes resultados, devido a diferenças na aplicação destas regras e nas normas informais. Isso permite concluir que a mera replicação de um instrumento normativo bem-sucedido de regulação da Internet em uma determinada localidade por outros Estados não conduzirá a um resultado

⁶⁵⁷ SPENCE, Michael. **Os desafios do futuro da economia**: o crescimento econômico mundial nos países emergentes e desenvolvidos. Tradução de Leonardo Abramowicz. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 78.

⁶⁵⁸ As dez medidas consistiam em: a liberalização da entrada de investimento estrangeiro direto, a privatização de empresas estatais, a abertura comercial, a abolição de regulamentos que impeçam a entrada no mercado ou que restrinjam a concorrência e a segurança jurídica para os direitos de propriedade, a adoção de uma política de disciplina fiscal, um redirecionamento dos gastos públicos dos subsídios, a realização de uma reforma tributária, taxas de juros determinadas pelo mercado e positivas e taxas de câmbio de mercado. (SPENCE, Michael. **Os desafios do futuro da economia**: o crescimento econômico mundial nos países emergentes e desenvolvidos. Tradução de Leonardo Abramowicz. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 78).

⁶⁵⁹ SEN, Amartya; KLIKSBURG, Bernardo. **As pessoas em primeiro lugar**: a ética no desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado. Tradução: Bernardo Ajzenberg e Calos Eduardo Lins da Silva. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 101; STIGLITZ, Joseph E. **Globalização**: como dar certo. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 98).

⁶⁶⁰ Neste sentido, destaca-se a seguinte passagem de Joseph Stiglitz, quando afirma que “O sistema econômico que foi recomendado com insistência aos países em desenvolvimento – em alguns casos, imposto a eles – é inapropriado e, com frequência, altamente danoso. A globalização não deveria significar uma americanização da política econômica ou da cultura, mas foi isso que aconteceu muitas vezes, provocando ressentimento. [...] Há muitas formas de economia de mercado -- o modelo americano é diferente do dos países nórdicos, do japonês, do modelo social europeu. Até mesmo cidadãos de países desenvolvidos se preocupam com o fato de a globalização estar sendo usada para promover o “modelo liberal anglo-americano”, em detrimento de outras alternativas – e, mesmo que o modelo americano tenha se saído bem em termos de PIB, ele não se saiu bem em muitas outras dimensões, tais como a duração (e alguns diriam, a qualidade) de vida, a erradicação da pobreza, ou mesmo, a manutenção do bem-estar daqueles que se encontram no meio”. (STIGLITZ, Joseph E. **Globalização**: como dar certo. São Paulo: Companhia das Letras, 2007. p. 69).

⁶⁶¹ NORTH, Douglass C. Economic Performance Through Time. In: **The American Economic Review**, vol. 84, n.3, 1994, p.136.

idêntico em todos os lugares. Por outro lado, alcançar um modelo negociado que reflita um adequado balanceamento dos interesses conflitantes para que possa efetivamente ser considerado como um modelo global pode ser bastante difícil em razão dos custos envolvidos nesta uniformização. Se alcançar, manter e aplicar um instrumento de DIP para uniformizar globalmente a regulação da Internet for algo demasiadamente custoso, no saldo final pode ser mais eficiente manter a diferença.

Embora a abstração da análise ora realizada não permita quantificar as grandezas para que se chegue a um resultado matemático na comparação de custos e benefícios entre a uniformização e a manutenção da pluralidade normativa, a perspectiva de Douglass North sobre mudanças institucionais e de Oliver Williamson sobre custos de transação permite que se elenque algumas das principais dificuldades para se chegar a uma uniformização por meio do DIP, bem como para manter e aplicar o arranjo resultante das negociações de maneira uniformizada. Como se verá na sequência, a racionalidade limitada dos agentes econômicos, a assimetria de poder e os incentivos para comportamentos oportunistas, a existência de conflitos de agência entre os representantes dos Estados nas negociações, bem como as divergências nos modelos mentais dos agentes e nas instituições informais locais, elevam os custos de transação e tornam muito difícil alcançar um único modelo institucional global que aborde, de maneira coerente e de modo a promover o bem-estar global, todas as diferentes questões do universo digital, elimine a incerteza e, ainda, que seja flexível e adaptável às rápidas mudanças tecnológicas.

5.3.1 Racionalidade limitada dos Estados e conflitos de agência

O primeiro obstáculo a uma regulação uniforme da Internet por meio de ferramentas de DIP é a noção de racionalidade limitada dos agentes econômicos. Em especial, para a análise realizada nessa pesquisa, da racionalidade limitada dos Estados partícipes da negociação de um instrumento internacional de regulação da Internet.

Neste particular, convém recordar que a noção do Estado como um ator racional é uma abstração, já que os Estados são formados por pessoas e agem por meio de pessoas. Para Robert Scott e Paul Stephan⁶⁶², isso justificaria que a perspectiva da escolha racional enfocasse a decisão dos representantes dos Estados, os quais podem, por vezes, ter incentivos para agir de maneira oportunista e buscar os seus próprios interesses, fazendo incidir a situação denominada,

⁶⁶² SCOTT, Robert E.; STEPHAN, Paul B. **The limits of Leviathan**: contract theory and the enforcement of international law. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 29.

na AED, de conflito de agência⁶⁶³. Minimizar estes conflitos requer instrumentos de controle entre o agente e o principal, o que, em uma negociação internacional, pode sugerir a necessidade de transparência da negociação, permitindo a participação de diversos *stakeholders* no debate para a formação de um juízo arrazoado de razão pública⁶⁶⁴. Embora indubitavelmente importantes, estes mecanismos de controle entre o agente e o principal elevam os custos da negociação.

Ademais, dentre os *stakeholders* envolvidos em uma negociação de um acordo sobre a regulação da Internet, haverá certamente atores com poderes de barganha e capacidade de influenciar a tomada de decisão dos agentes muito díspares. Não se deve desprezar, dentro deste contexto, o *lobby* que as grandes empresas de tecnologia são capazes de realizar sobre os Estados⁶⁶⁵. Quando os atores mais poderosos cedem aos incentivos para adotar um comportamento oportunista⁶⁶⁶ e impõem o arranjo normativo que lhes beneficia em detrimento dos demais, o resultado alcançado é ineficiente, porque maximiza o bem-estar de apenas uma das partes às custas do bem-estar global⁶⁶⁷.

Suponha-se, porém, que os custos de agência tenham sido incorridos e o oportunismo dos *stakeholders* eliminado, e que os representantes dos Estados, agindo sem oportunismos, irão negociar um acordo internacional para regular a Internet pensando no que verdadeiramente melhor atende ao interesse do Estado que representam. Como já se mencionou⁶⁶⁸, ao se reconhecer que os seres humanos são apenas limitadamente racionais, a assimetria informacional e as características inatas dos seres humanos – como falhas de racionalidade – passam a ser ponderadas pela análise econômica⁶⁶⁹. Neste sentido, além de pensar no que é

⁶⁶³ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. Tradução Rachel Sztajn. 2ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Atlas, 2020, p. 555.

⁶⁶⁴ O conceito de razão pública foi expresso por John Rawls, que a considera como uma ideia do que é politicamente razoável, tendo em vista que os indivíduos têm concepções diferentes religiosas, filosóficas e morais, para que um governo democrático possa direcionar suas ações. (RAWLS, John. **O direito dos povos**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 173). Amartya Sen defende, de modo semelhante, a “argumentação racional pública” fundada na ideia de democracia formada com o “governo por meio do debate” (SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Tradução de Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. p. 09).

⁶⁶⁵ Este *lobby* pode ser baseado numa percepção legítima quanto a importância social das atividades desenvolvidas pelas corporações. Porém, outras vezes, pode ocorrer de formas mais diretas sobre os representantes dos Estados, como pela corrupção e pelo suborno, ou por meio de contribuições empresariais às campanhas políticas. (A este respeito ver em: STIGLITZ, Joseph E. **Globalização: como dar certo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2007. p. 308).

⁶⁶⁶ Sobre o oportunismo ver item 4.3.2, *infra*.

⁶⁶⁷ NORTH, Douglass C. Economic Performance through Time. **American Economic Review**. American Economic Association, v. 84, n. 3, p. 359-368, jun. 1994. p. 360.

⁶⁶⁸ Ver item 1.1, *supra*.

⁶⁶⁹ RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. Racionalidade Limitada. In: RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (Coord.). **O que é análise econômica do Direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011. p. 67.

mais benéfico para os Estados, é preciso sopesar também os custos para obtenção da informação necessária e a capacidade dos agentes na negociação incorrerem em tais custos e, ainda, de avaliarem adequadamente as alternativas em jogo numa dada negociação.

Muitas vezes, os custos para a obtenção de informação fazem com que seja muito difícil até mesmo obter um consenso científico em torno do arranjo institucional ideal – e autores do Direito e da economia de diferentes Estados do mundo discordam frequentemente sobre a melhor forma de regulação social. Registre-se que os debates sobre regulação da Internet no meio acadêmico já estão quase completando três décadas, e não há consenso teórico sobre a melhor forma de se corrigir as falhas de mercado e combater os perigos da Internet às sociedades democráticas salvaguardando as liberdades dos usuários.

Ainda que tal consenso científico existisse, porém, haveria entraves para a transformação deste modelo cientificamente definido na decisão política dos Estados, pois a informação é apenas parte do modelo mental utilizado na tomada de decisão. No mundo real, os atores, além de possuírem informação incompleta, frequentemente são influenciados por modelos mentais e por ideologia – definida por Douglass North como o modelo subjetivo que os indivíduos possuem e pelo qual explicam e avaliam o mundo ao seu redor⁶⁷⁰.

Segundo North, os modelos mentais individuais são resultado do aprendizado, que, por sua vez, decorre da aquisição de conhecimento científico, mas também da experiência (a qual varia significativamente conforme o ambiente) e da cultura, sendo que esta pode ser definida como “a transferência intergeracional de conhecimento, valores e outros fatores que influenciam comportamentos e que variam radicalmente entre grupos étnicos e sociedades”⁶⁷¹. Assim, ainda que o desenho institucional ideal para regular a Internet, eficiente para todos os países do mundo, fosse possível de ser identificado e aprendido, haveria obstáculos culturais e decorrentes da experiência para que esta norma hipotética vencesse as barreiras dos modelos mentais dos agentes e fosse aplicada na prática.

De fato, os benefícios da uniformização precisam ser bastante pronunciados para que haja concordância em torno da adesão do modelo uniformizador. Isto porque se os benefícios da uniformização, deduzidos os custos da uniformização, forem apenas marginalmente superiores aos benefícios da pluralidade normativa deduzidos os custos da pluralidade normativa, o incentivo para mudanças pode ser pequeno e insuficiente.

⁶⁷⁰ NORTH, Douglass. **Transaction costs, institutions, and economic performance**. United States: International center for Economic Growth: 1992, p. 8.

⁶⁷¹ NORTH, Douglass. **Transaction costs, institutions, and economic performance**. United States: International center for Economic Growth: 1992, p. 18.

A este respeito, a economia comportamental pode ajudar a explicar por que mesmo quando o resultado da mudança pela unificação é marginalmente positivo, pode haver uma preferência para manutenção das diferenças. O viés do *status quo* e a aversão à perda demonstram a necessidade de os ganhos superarem significativamente os custos para que mudanças institucionais ocorram⁶⁷².

Suponha-se, porém, que os representantes dos Estados foram bem-informados e puderam ser verdadeiramente convencidos sobre a adequação e vantagens mútuas de um determinado arranjo regulatório proposto, fruto do consenso científico acerca da matéria. Ainda assim, não há garantias de que o acordo seria celebrado. Isto porque a liberdade de negociação dos representantes dos Estados na discussão de um eventual tratado internacional não é plena, na medida em que é moldada por instituições formais e informais locais que não são passivas e podem limitar as escolhas dos participantes das negociações⁶⁷³. Internamente, podem existir vedações constitucionais para transacionar sobre um determinado tema, ou ainda uma forte oposição política à concordância com determinado arranjo internacional, por mais que os benefícios globais justificassem a escolha. Dentro de todos estes custos de transação, conclui North:

os verdadeiros conjuntos de escolha das partes em conflito podem não ter intersecção, de modo que, embora haja ganhos potencialmente grandes com a resolução de desacordos, a combinação da liberdade de negociação limitada dos atores e a falta de instituições facilitadoras torna impossível fazê-lo⁶⁷⁴.

A probabilidade de um acordo completo entre os diferentes Estados, muitos com culturas completamente diversas, quanto a forma como a Internet deve ser regulada é bastante remota. Esta pode ser a principal razão pela qual a ideia de uma regulação uniforme global e abrangente para seja uma utopia inalcançável. Não é a única, porém.

⁶⁷² A economia comportamental pode ajudar a explicar por que mesmo quando o resultado da mudança pela unificação é marginalmente positivo, pode haver uma preferência para manutenção da situação. O viés do *status quo* e a aversão à perda podem ajudar a compreensão acerca da necessidade de os ganhos superarem significativamente os custos para que haja uma mudança. (Neste sentido, ver em: RIBEIRO, Márcia Carla. DOMINGUES, Victor Hugo. **Economia Comportamental e direito: a racionalidade em mudança**. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v.8, n.2, 2018, p. 456-471).

⁶⁷³ NORTH, Douglass. **Transaction costs, institutions, and economic performance**. United States: International center for Economic Growth: 1992, p. 13.

⁶⁷⁴ “Thus, the real choice sets of the conflicting parties may have no intersection, so that even though there are potentially large gains from resolving disagreements, the combination of the limited bargaining freedom of the entrepreneurs and a lack of facilitating institutions makes it impossible to do so” (tradução livre). (NORTH, Douglass. **Transaction costs, institutions, and economic performance**. United States: International center for Economic Growth: 1992, p. 18).

5.3.2 Oportunismo e desigualdade do sistema internacional

Se os Estados são racionais, sabem que, em situações comparáveis a um Dilema do Prisioneiro⁶⁷⁵, alcançam melhor seus interesses quando podem contar com a cooperação dos demais. Se, para isto, for necessário também firmar compromissos, os Estados podem, então, estar dispostos a fazê-lo. Trata-se da premissa básica por detrás da aplicação da teoria da escolha racional ao DIP: os Estados se beneficiam com o engajamento em arranjos internacionais ao obterem dos demais Estados compromissos confiáveis⁶⁷⁶.

Contudo, precisamente por serem atores racionais, pode-se assumir que cada Estado terá incentivos para tentar moldar o sistema normativo de modo a beneficiá-lo, ainda que isto aconteça às custas dos outros participantes. Nestas situações, o comportamento dos Estados pode se tornar oportunista, o que dificulta tanto o alcance de um acordo (elevando os custos *ex ante*) quanto as possibilidades de assegurar o seu cumprimento (repercutindo sobre os custos *ex post*).

Oliver Williamson definiu o oportunismo como o “auto interesse com ardil”⁶⁷⁷. Em decorrência do oportunismo, os agentes econômicos podem mentir, enganar e roubar. Na maior parte das vezes, porém, o oportunismo se manifesta de formas mais sutis, com a distorção de informações e motivações e pelo aproveitamento das assimetrias de poder e de informação. Como consequência do reconhecimento de tendências oportunistas entre as partes, prevalece a desconfiança, o que dificulta a formação e a execução dos acordos⁶⁷⁸.

A combinação do oportunismo com a racionalidade limitada dos Estados, explorada na seção anterior, faz com que aproximar os interesses das partes em torno de soluções acordadas seja bastante difícil. Em realidade, Williamson afirma que a presença combinada das limitações de racionalidade e das tendências oportunistas dos agentes configura o cenário de maior dificuldade para a elaboração de acordos eficientes, conforme mostra o esquema lógico expresso na figura abaixo (Figura 9):

⁶⁷⁵ Conforme explanado no item 4.3 supra.

⁶⁷⁶ GUZMAN, Andrew. **How International Law Works**. New York: Oxford University Press, 2008, p. 11.

⁶⁷⁷ “*Self-interest seeking with guile*” (Tradução livre de WILLIAMSON, Oliver. **The Economic Institutions Of Capitalism: Firms, Markets, Relational Contracting**. New York: The Free Press, 1985. p. 47).

⁶⁷⁸ WILLIAMSON, Oliver. **Opportunism and its critics**. Managerial and decision economics. Vol. 14. 1993. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/pdfdirect/10.1002/mde.4090140203>. Acesso em 01 jan. 2023, p. 97.

FIGURA 9 – Dificuldades contratuais: oportunismo e racionalidade limitada.

		Racionalidade Limitada	
		Ausente	Presente
Oportunismo	Ausente	Utopia	Os acordos podem funcionar bem com o reconhecimento prévio de sua incompletude.
	Presente	Os acordos podem prever meios para eliminar o oportunismo.	Grandes dificuldades para se chegar a acordos eficientes.

Fonte: Adaptado de Oliver Williamson⁶⁷⁹

Se os Estados são completamente racionais e reconhecem as tendências oportunistas uns dos outros, podem prever meios para endereçá-las. Se, por outro lado, apesar da racionalidade dos Estados ser limitada, eles não agirem procurando se beneficiar às custas dos demais, podem reconhecer previamente a incompletude dos acordos e concordar com a adoção permanente de posturas cooperativas para endereçar circunstâncias supervenientes. Em um cenário, porém, em que o oportunismo e a racionalidade limitada coincidem, pode ser bastante difícil garantir a cooperação.

O cenário narrado é visto como uma das circunstâncias, segundo Williamson⁶⁸⁰, em que mudar para um sistema hierárquico de governança pode ser vantajoso. Contudo, esta opção ainda não existe no DIP, diante da ausência de um governo mundial. Esperar que tais instituições possam ser criadas no curto ou médio prazo tampouco parece algo factível diante das características que moldam o sistema internacional e dos custos de transação envolvidos.

Ao compararem a sociedade internacional com as sociedades domésticas, Jeffrey Dunoff e Joel Trachtman⁶⁸¹ pontuam que, na sociedade internacional, há uma sensação menor de valores compartilhados e, por isto, uma menor disposição para aceitar os custos de decisões que geram prejuízos no curto prazo pelo benefício de uma vida em sociedade. Assim, os

⁶⁷⁹ WILLIAMSON, Oliver. **The Economic Institutions Of Capitalism: Firms, Markets, Relational Contracting**. New York: The Free Press, 1985. p. 67.

⁶⁸⁰ WILLIAMSON, Oliver. **The Economic Institutions Of Capitalism: Firms, Markets, Relational Contracting**. New York: The Free Press, 1985. p. 67.

⁶⁸¹ DUNOFF, Jeffrey L.; TRACHTMAN, Joel P. **Economic Analysis of International Law: An Invitation and a Caveat**. April 20, 1998. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=73688. Acesso em: 22 out. 2014, p. 37.

Estados, nas relações com outros Estados, seriam ainda mais auto interessados (e potencialmente oportunistas) do que os indivíduos na seara doméstica. Esta é, inclusive, uma das razões pelas quais John Rawls, célebre por sua teoria de justiça pautada em premissas da racionalidade econômica⁶⁸², reconheceu que seria inaplicável, à sociedade internacional, o princípio do *maximin* – o princípio pelo qual deve buscar-se criar artificialmente uma situação de igualdade de oportunidades por meio da garantia de benefícios mínimos a quem está em uma situação pior⁶⁸³. Isso porque, no sistema internacional, não haveria a necessária noção de “comunidade global” para motivar este comportamento.

Assim, ao contrário dos sistemas domésticos, nos quais é comum que os indivíduos se disponham a conceder autoridade para decisões alocativas institucionais que visem uma distribuição de recursos, o acentuado auto interesse dos Estados os conduz a uma situação que Douglass North denominou de “dependência da trajetória”⁶⁸⁴, uma característica das mudanças institucionais que faz com que tendam a perpetuar as conjunturas existentes. Isso acontece porque as normas jurídicas existem dentro de uma matriz institucional formada também por normas informais, o que faz com que a análise de custos e benefícios seja sempre enviesada em prol de escolhas consistentes com o cenário já existente. Mudanças de curso só ocorrem quando alguma forma de força externa fortalece grupos com interesses diferentes do *status quo*, já que, quanto maior a mudança institucional, maior o número de atores que teriam algo a perder com a mudança e, conseqüentemente, maior a oposição à mudança⁶⁸⁵.

Em alguns casos, esta força externa pode ser a interferência Estatal. No entanto, não há no Direito Internacional esta figura da autoridade central para forçar a cooperação dos Estados em torno de uma nova matriz institucional, completamente diferente da anterior.

⁶⁸² Segundo Rawls, “a teoria de justiça é uma parte, talvez a mais importante, da teoria da escolha racional”. “*The theory of justice is a part, perhaps the most significant part, of the theory of rational choice*”. (RAWLS, John. **A Theory of Justice**. Cambridge: Harvard College, 1999. p. 16).

⁶⁸³ A estratégia *maximin* faz parte da Teoria dos Jogos e é expressa pela noção de *máximo mínimo*. Trata-se de uma escolha estratégica que elege, dentre os piores resultados possíveis, aquele com o menor prejuízo. (ALMEIDA, Fábio Portela Lopes. **Análise Jurídica da Economia**. Revista do Mestrado em Direito da Universidade Católica de Brasília, v. 1, n. 1, p. 49-101, 2007. Disponível em: <http://portalrevistas.ucb.br/index.php/rvmd/article/viewArticle/2617>. Acesso em: 15 dez. 2014, p. 69.) A teoria de justiça de Rawls afirma, em síntese, que em uma hipotética posição original em que as partes estivessem sob um “véu da ignorância”, isto é, desconhecem sua posição na sociedade, sua classe social, status, fortuna, distribuição de seus bens e valorização de suas aptidões, a conduta mais racional imporia que escolhessem valorizar a igualdade (em que todos desfrutassem das mesmas liberdades básicas), ao mesmo tempo em que buscassem criar oportunidades aos menos favorecidos, garantindo um número de benefícios suficientemente satisfatório aos que estivessem em uma posição pior. (RAWLS, John. **A Theory of Justice**. Cambridge: Harvard College, 1999, passim).

⁶⁸⁴ “*Path dependence*” (tradução livre) NORTH, Douglass. **Transaction costs, institutions, and economic performance**. United States: International center for Economic Growth: 1992, p. 20.

⁶⁸⁵ NORTH, Douglass. **Transaction costs, institutions, and economic performance**. United States: International center for Economic Growth: 1992, p. 11.

Somado ao oportunismo dos Estados, a noção de dependência da trajetória permite concluir que uma norma de Direito uniformizado, se factível, tenderá a ser projetada para a manutenção da desigualdade que permeia o sistema internacional, favorecendo os agentes com maior poder de barganha.

Trazendo tais considerações para o cenário de uma hipotética negociação internacional para a formação de um acordo internacional para disciplinar a Internet, é preciso destacar que, além de serem racionalmente limitados e potencialmente oportunistas, os Estados também estão em posições bastante díspares. O sistema internacional é marcado por assimetrias, o que faz com que os ganhos e custos para engajamento nos diferentes instrumentos de DIP não sejam distribuídos de forma idêntica entre as partes.

Como já se mencionou⁶⁸⁶, as grandes empresas no cenário digital estão nos EUA, que de modo geral se opõe às tentativas de outros Estados regularem as plataformas digitais⁶⁸⁷. O Estado americano, advogando em favor das *big techs*, adotou por muito tempo uma agenda em prol de uma Internet livre, e posicionando-se de forma contrária inclusive às iniciativas de geolocalização da Internet para atender às exigências regulatórias locais. Ademais, como se viu nas discussões no STF sobre a ADC n° 51⁶⁸⁸, resiste a atender pedidos de cooperação de outros Estados quando o assunto é a quebra do sigilo telemático e a obrigação das grandes empresas de tecnologia fornecerem dados pessoais de usuários para instrução de investigações ou processos penais. Apesar disto, quando movido pelos seus próprios interesses, utiliza-se (de forma oportunista) do *USA Patriot Act* ou mesmo da espionagem, como fora revelado por Edward Snowden⁶⁸⁹, para acessar as mesmas informações que nega que sejam fornecidas aos demais.

Esta situação mostra que a posição dos EUA diante do debate da regulação das redes é muito diferente do restante do mundo, pois, uma vez que detém jurisdição territorial sobre grande parte do funcionamento da Internet global, o Estado simplesmente não possui as mesmas preocupações que acometem os demais quanto à ineficácia de suas regulações. Pelo contrário, um acordo que estabeleça obrigações às empresas lhe seria custoso, pois possivelmente lhe exigiria adotar mecanismos internos para assegurar a conformidade das empresas de seu

⁶⁸⁶ Ver item 3.3 *supra*.

⁶⁸⁷ WHEELER, Tom. U.S regulator inaction opened the doors for the EU to step up on Internet. **Techtank**. 29 de março de 2022. Disponível em: <https://www.brookings.edu/blog/techtank/2022/03/29/u-s-regulatory-inaction-opened-the-doors-for-the-eu-to-step-up-on-Internet/>. Acesso em 23 out. 2022.

⁶⁸⁸ Ver item 4.2.3 e 4.4 *supra*.

⁶⁸⁹ Conforme tópico 3.3 *supra*.

território quanto a tais obrigações⁶⁹⁰. Ademais, medidas que geram ônus a tais empresas e a obrigação de destinar recursos a agentes localizados em outros Estados (para reparar danos, por exemplo) podem significar, aos EUA, uma saída de capital sem perspectiva de retorno. Assim, os EUA têm muito pouco a ganhar aderindo a um compromisso internacional de regulação da Internet e seria pouco provável que estivesse disposto a fazer grandes concessões em seu interesse individual para chegar a uma solução acordada, ou mesmo que cumprisse acordos que contrariassem seus interesses diretos, ainda que gerassem ganhos coletivos.

Uma maneira pela qual os outros Estados poderiam fazer frente à resistência estadunidense quanto a regulação da Internet, então, seria se concordassem em celebrar um acordo que, ainda que sem a participação dos Estados Unidos, estabelecesse um padrão normativo global para a Internet de maneira uniforme, exigindo o cumprimento das empresas com atuação local. A necessidade de as empresas estadunidenses buscarem outros mercados para além dos Estados Unidos as impeliria a seguir tais padrões⁶⁹¹, o que eventualmente esvaziaria a resistência estadunidense. As próprias empresas poderiam estimular os EUA a aderir às estruturas de cooperação por perceberem que elas geram menos custos do que as reivindicações domésticas descoordenadas e as reações não cooperativas dos outros Estados (como o bloqueio das plataformas, por exemplo).

O fato, porém, é que tampouco os Estados que não são sede das grandes empresas de tecnologia estão em situação de simetria, de modo que inclusive entre tais Estados existe o risco de comportamentos oportunistas em prejuízo a uma ação coletiva. Basta que se observe a proliferação espontânea dos padrões normativos europeus, por meio do efeito Bruxelas, de que se tratou no início deste capítulo⁶⁹² e que exemplifica a capacidade da União Europeia de impor suas normas dentro e fora de seus territórios, sem sequer precisar recorrer aos arranjos cooperativos de DIP. Ademais, vale destacar que exigências idênticas ou quase idênticas com pretensão extraterritorial são cumpridas de forma diferente pelas empresas a depender do Estado que as emanou, sendo que muitas vezes os países industrializados conseguem impor mais fortemente suas pretensões do que os países em desenvolvimento⁶⁹³.

⁶⁹⁰ Especialmente porque o sistema internacional ainda não dispõe de medidas para responsabilizar diretamente as corporações, como se verá no item 6.1.3 *infra*.

⁶⁹¹ Em um movimento semelhante ao descrito na seção 5.1 quanto a disseminação dos padrões Europeus.

⁶⁹² Item 5.1 *supra*.

⁶⁹³ SVANTESSON, Dan Jerker B. **Internet & Jurisdição**: Relatório de Status Global 2019. Internet & Jurisdiction Policy Network publication, 2019. Disponível em: <https://www.Internetjurisdiction.net/uploads/pdfs/Portuguese-IJPN-Global-Status-Report-2019.pdf>, p. 53. Acesso em 22 ago. 2021, p. 107.

Tome-se como exemplo a obrigação de nomear representante, mencionada no capítulo anterior⁶⁹⁴ como uma estratégia para assegurar o cumprimento extraterritorial das normas domésticas por parte de alguns Estados. Parece natural pressupor que a empresa que se deparar com esta exigência em múltiplos mercados escolherá privilegiar os mercados que lhe pareçam mais relevantes para arcar com os custos da contratação de um representante local, assumindo o risco de ter sua plataforma bloqueada em mercados cuja presença não lhe seja tão estratégica.

Assim, os Estados que conseguem impor suas normas sobre a Internet por meio dos incentivos de mercado examinados anteriormente⁶⁹⁵, também podem estar menos abertos a fazerem concessões em prol dos ganhos coletivos em uma hipotética negociação de um acordo internacional. Por outro lado, se o acordo for elaborado de modo a refletir unicamente o interesse destes Estados mais poderosos, os países menos desenvolvidos e com mercados menores⁶⁹⁶ poderão preferir ficar de fora da iniciativa de regulamentação global da Internet, ou, se compelidos a participar, por descumpri-la. Podem, assim, optar por tornarem-se “paraísos regulatórios”, visando a atrair investimentos estrangeiros, almejando a geração de empregos e a tributação que podem obter pela presença de tais empresas em seu território. Isto, porém, poderia diminuir a eficácia da regulação acordada pelos demais. Ao fim, os prejuízos globais recairiam sobre os agentes com menor poder de barganha e, também, com menor mobilidade internacional: os seres humanos, especialmente aqueles que residem em países com menor desenvolvimento.

O que se nota, assim, é que a assimetria de poder existente no sistema internacional reforça as tendências oportunistas e envia o sistema regulatório global em detrimento dos mais vulneráveis, haja vista que o sistema internacional não é uma boa ferramenta para promoção de instituições com funções redistributivas e para a correção e prevenção dos oportunismos. Desta forma, pode ser realmente muito difícil que os Estados superem suas limitações de racionalidade e libertem-se do oportunismo e de suas eventuais posições preferenciais para chegar a um acordo capaz de disciplinar a Internet de maneira abrangente, uniforme e global. Contudo, ainda que tais dificuldades possam ser superadas na negociação e o instrumento de Direito uniforme seja efetivamente elaborado, os custos de transação *ex post* também representam desafios.

⁶⁹⁴ Ver item 4.2.2 *supra*.

⁶⁹⁵ Ver itens 4.2 *supra*.

⁶⁹⁶ Para Anu Bradford, o poder econômico na atualidade é medido pelo tamanho dos mercados. (BRADFORD, Anu. **The Brussels Effect**. New York: Oxford University Press, 2020, p. 26).

5.3.3 Externalidades de rede, mudanças tecnológicas e a adaptabilidade do DIP

Conforme ensina Douglass North⁶⁹⁷, é essencial para a eficiência dos mercados que as instituições possam se adaptar, de modo a promover os incentivos para o aprendizado, a inovação, a assunção de riscos e as atividades criativas. Em especial, quando se está diante da regulação de novas tecnologias, essa capacidade de adaptação das instituições se mostra ainda mais importante, já que um sistema normativo engessado – ainda que não seja capaz de frear a inovação - se tornará rapidamente obsoleto diante da velocidade das transformações tecnológicas.

O descompasso entre a velocidade das mudanças tecnológicas e a velocidade do Direito tem se mostrado uma preocupação crescente em debates sobre a regulação da Internet, inclusive quando se parte da perspectiva dos legisladores domésticos. O problema é denominado de *paceing problem* e se manifesta em duas dimensões: (i) as disposições jurídicas tendem a normatizar as sociedades a partir de visões estáticas de suas relações, sem conseguir mensurar a constante evolução que permeia as tecnologias; e (ii) o processo legislativo tem se tornado ainda mais moroso diante das novas tecnologias, na medida em que os assuntos se tornam mais complexos e passam a envolver um número de maior de atores com interesses conflitantes⁶⁹⁸.

Dentro desse contexto, quando o assunto é a regulação das novas tecnologias por meio de um instrumento uniformizado, é importante observar não apenas os custos de elaboração, mas também os custos para sua manutenção e atualização. Ocorre que atualizar o Direito uniformizado e, ainda assim, mantê-lo uniforme pode ser difícil, sobretudo, pela presença das externalidades de rede, conceito já debatido nesta tese⁶⁹⁹.

Conforme sustentou Toshiyuki Kono⁷⁰⁰, a presença de externalidades de rede na adesão de instrumentos de Direito uniformizado faz com que a vantagem de aderir a uma iniciativa de uniformização seja maior quanto maior o número de Estados que aderirem a norma

⁶⁹⁷ NORTH, Douglass. **Transaction costs, institutions, and economic performance**. United States: International center for Economic Growth: 1992, p. 9.

⁶⁹⁸ Gary E. Marchant aborda a existência de um crescente *gap* entre o Direito e as novas tecnologias, o que acaba fazendo com que regras sejam aplicadas em contextos para os quais são inadequadas. (A este respeito, ver em: MARCHANT, Gary E. The growing gap between emerging technologies and the law. In: MARCHANT, Gary; ALLENBY, Braden; HERKERT, Joseph (Eds). **The growing gap between emerging technologies and legal-ethical oversight: the paceing problem**. Germany: Springer, 2011, p. 29).

⁶⁹⁹ Item 2.4.1 *supra*.

⁷⁰⁰ KONO, Toshiyuki. Efficiency in Private International Law. In: **Collected Courses of the Hague Academy of International Law** (Volume 369). Disponível em: https://referenceworks.brillonline.com/entries/the-hague-academy-collected-courses/*A9789004267978_04. Acesso em 15 jan. 2022, p. 425.

uniformizada⁷⁰¹ (pois cresce a probabilidade de ocorrerem transações transfronteiriças nas quais o custo da diferença normativa se faz presente). Contudo, uma maior quantidade de Estados signatários em um determinado tratado internacional dificultará sua atualização quando necessário, o que engessa a capacidade do sistema de se adaptar a mudanças. Isto porque será necessário obter um consenso de muitos Estados para alterar o documento, o que causará uma nova incidência dos custos incorridos na negociação.

Precisamente por este motivo, Souichirou Kozuka afirmou que “quanto mais popular for uma convenção, mais difícil será modificar o Direito uniforme de modo oportuno”⁷⁰². O autor menciona como exemplo a Convenção do Período de Limitação na Compra e Venda de Mercadorias (*Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods*) adotada em 1974 e emendada em 1980 e que estabelece uma regra uniforme quanto ao prazo prescricional para exigir o cumprimento forçado de obrigações provenientes de um contrato de compra e venda de mercadorias. Enquanto 22 Estados adotaram a Convenção e o Protocolo que a modificou em 1980, outros 29 Estados aderiram apenas ao texto original da Convenção, mas não ao Protocolo reformador. Isto é, na tentativa de adaptação da Convenção às novas circunstâncias, sacrificou-se a uniformidade pela coexistência do instrumento novo com o antigo.

Cientes das dificuldades para atualizar um instrumento de DIP, os Estados podem também resistir a sua aceitação. Neste sentido, Eric Posner⁷⁰³ afirmou que as dificuldades para atualizar os tratados fazem com que tais instrumentos tampouco possam ser facilmente revisados caso acabem por produzir consequências indesejadas, o que faz com que os Estados

⁷⁰¹ Neste sentido, Ejan Mackaay e Stéphane Rousseau afirmam que “a adesão das pessoas a uma norma ou padrão pode (...) ser acelerada à medida que o número dos já aderentes aumente. Sua decisão de aderir a um sítio de correio eletrônico aumenta o interesse de outros em fazer o mesmo. Isso se dá nas decisões de aprender idiomas, o computador, ou sistema de exploração para compras, a moeda a ser utilizada em operações internacionais. Na terminologia dos economistas, diz-se que a norma ou padrão criam externalidades de rede (literalmente, externalidades de locais). A norma que tem tal propriedade não é, necessariamente a melhor. O esperando pode, teoricamente, ser a língua mais simples de aprender, mas as pessoas não o fazem se não estiverem convictas de que outros o farão”. (MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. Tradução Rachel Sztajn. 2ª ed. 2ª triagem. São Paulo: Atlas, 2020, p. 52).

⁷⁰² “*The more popular the convention is, the more difficult it is to amend the uniform law in a timely manner*” (tradução livre). O exemplo trazido pelo autor permite visualizar a dificuldade: o limite de responsabilidade pelo extravio de bagagens na Convenção de Montreal sobre o Transporte Aéreo de Passageiros é reconhecido pela doutrina e jurisprudência como extremamente baixo e inadequado para compensar os danos de maneira eficiente nos dias de hoje. Uma alteração, contudo, tornou-se muito custosa, porque o montante foi consolidado em um instrumento internacional de grande adesão. KOZUKA, Souichirou. *The Economic Implications of Uniformity in Law*. In: BASEDOW, Jürgen; KONO, Toshiyuki (Ed.). **An Economic Analysis of Private International Law**. Tübingen, Alemanha: Mohr Siebeck, 2006, p. 82.

⁷⁰³ POSNER, Eric A. **The Perils of Global Legalism**. Chicago: The University Chicago Press, 2009, sem página - Locais do Kindle 458-459.

possam sentir-se receosos de aderirem aos tratados se não puderem mensurar de maneira eficaz os seus efeitos previamente.

Assim, as dificuldades para atualizar os instrumentos de DIP, especialmente em um cenário marcado pela enorme velocidade das mudanças tecnológicas, podem representar um custo significativo no sopesamento das vantagens e desvantagens de um instrumento uniforme de regulação do ciberespaço. No comparativo com as alternativas institucionais domésticas, tem-se que a existência de Direitos diferentes entre países pode ser um incentivo para a constante adaptação das instituições nacionais, na medida em que, como decorrência da competição regulatória, os Estados poderão ter incentivos para fazerem de seus ambientes institucionais uma vantagem comparativa na busca por investimentos estrangeiros. Como já se mencionou⁷⁰⁴, porém, há um risco de que esta competição por investimentos resulte em mudanças institucionais em detrimento dos mais vulneráveis.

Uma das formas pelas quais tem-se recomendado regular as novas tecnologias para evitar a rápida obsolescência da regulação é por meio da observância do princípio da neutralidade tecnológica. A ideia por detrás do princípio é a de que as disposições normativas que tratam de tecnologia devem buscar regular os comportamentos e não os meios pelo qual tais comportamentos são performados, limitando ao máximo o emprego descritivo de conceitos tecnológicos no âmago da regulação⁷⁰⁵.

Brad A. Greenberg⁷⁰⁶ ao tratar da questão, exemplifica uma descrição tecnologicamente neutra com a expressão “qualquer dispositivo ou processo que produza escritos perceptíveis”, a qual abarcaria canetas, lápis, máquinas de escrever, máquinas de fax, computadores, telefones, entre outros. A regulação deveria, desta forma, procurar redigir os comandos legais por meio de disposições gerais e abertas, que se centrem nos propósitos, efeitos e funções da tecnologia, sem adentrar-se nas questões técnicas de seu funcionamento, o que deveria ser feito para atender a dois objetivos fundamentais: (i) assegurar a longevidade da regulação, já que quanto mais específica a norma for na descrição da tecnologia, maior o risco de que tenha de ser alterada diante da evolução tecnológica; e (ii) assegurar uma competição justa entre as alternativas tecnológicas, sem favorecer ou desfavorecer as alternativas por meio da regulação e permitindo à lógica do mercado selecionar a melhor tecnologia⁷⁰⁷.

⁷⁰⁴ Ver itens 4.3.1 e 5.3.2 *supra*.

⁷⁰⁵ SVANTESSON, Dan Jerker. **Private International Law and the Internet**. The Netherlands, Kluwer Law International BV, 2016, p. 139.

⁷⁰⁶ GREENBERG, Brad A. **Rethinking Technology Neutrality**. *Minnesota Law Review*. (2016). Disponível em: <https://osf.io/5th94/download>. Acesso em 18 jun. 2022, p. 1512.

⁷⁰⁷ GREENBERG, Brad A. **Rethinking Technology Neutrality**. *Minnesota Law Review*. (2016). Disponível em: <https://osf.io/5th94/download>. Acesso em 18 jun. 2022, p. 1512.

Porém, quando se recorre a redação de comandos legais utilizando-se de expressões abertas e sem grandes esforços de especificação, grande parte da tarefa de definição do conteúdo da norma concreta é transferido para um momento posterior (*ex post*): o da adjudicação da disputa e aplicação do comando legal ao caso concreto. Ocorre, porém, que, está na aplicação do DIP é um de seus aspectos mais desafiadores.

5.3.4 Os custos de aplicação (enforcement) das normas uniformizadoras de DIP

Herbert L. A. Hart⁷⁰⁸ afirmava que o Direito seria constituído pela união de regras primárias e secundárias. Em apertada síntese, por regras primárias, entende-se aquelas que determinam os deveres e obrigações dos sujeitos e, por regras secundárias, aquelas encarregadas de atribuir poderes, tanto de alteração e criação de novos direitos e obrigações quanto de adjudicação de disputas, proferindo determinações dotadas de autoridade quanto à violação das normas primárias. A presença de tais regras secundárias seria indispensável para o Direito, a ponto de o autor questionar o caráter jurídico do DIP, diante da ausência de um poder central dotado da capacidade de impor sanções ao descumprimento das normas jurídicas. A este respeito, Hart afirmou:

embora seja compatível com os usos dos últimos 150 anos, a utilização aqui da expressão ‘direito’, a ausência de um poder legislativo internacional, de tribunais com jurisdição obrigatória e de sanções centralmente organizadas tem inspirado desconfianças, pelo menos no espírito dos teorizadores do direito. A ausência destas instituições significa que as regras aplicáveis aos Estados se assemelham àquela forma simples de estrutura social, composta apenas de regras primárias de obrigação, a qual, quando as descobrimos nas sociedades de indivíduos, nos acostumámos a contrastar com um sistema jurídico desenvolvido. É, na verdade, sustentável, como iremos demonstrar, que o Direito Internacional não só não dispõe de regras secundárias de alteração e de julgamento que criam um poder legislativo e tribunais, como ainda lhe falta uma regra de reconhecimento unificadora que especifique as fontes do Direito e que estabeleça critérios gerais de identificação de suas regras. Estas diferenças são na verdade flagrantes e a questão ‘é o Direito Internacional realmente Direito?’ não pode ser posta de lado.⁷⁰⁹

Não é o objetivo dessa tese esmiuçar o pensamento de Herbert Hart quanto ao DIP, tampouco esgotar os contrapontos feitos à visão do autor. Basta, por ora, que se perceba que é, de fato, característica determinante ao DIP a ausência de mecanismos hierárquicos de controle centralizado, os quais, no âmbito do Direito doméstico, são exercidos pelas funções do Poder Executivo, Legislativo e Judiciário de um Estado. Tal característica faz com que o DIP funcione

⁷⁰⁸ HART, Herbert L. A. **O conceito de Direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2001. p. 89.

⁷⁰⁹ HART, Herbert L. A. **O conceito de Direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2001. p. 230.

de uma forma muito diferente dos sistemas jurídicos domésticos, sendo que o principal aspecto em que tais diferenças se manifestam é, precisamente, em sua aplicação.

De fato, dentre as estruturas de governança descritas por Oliver Williamson, pode-se dizer que o DIP se assemelha à ordem privada dos contextos de mercado, na medida em que os acordos estabelecidos na seara do DIP resultam da interação de agentes auto interessados interagindo em um sistema sem hierarquia⁷¹⁰. Não obstante, até mesmo os contratos privados celebrados por particulares em contextos puramente mercadológicos requerem, vez ou outra, a interferência – efetiva ou potencial - das instituições de Estado para darem coercitividade ao pactuado. Muitos autores utilizam este argumento, inclusive, para pontuar a inacurácia dos postulados do *laissez faire*⁷¹¹, já que, conforme apontado por Eric Posner⁷¹², a economia só funciona se os contratos e os direitos de propriedade forem respeitados, o que por vezes requer a atuação (ou, ao menos, a possibilidade de atuação) adjudicatória estatal.

A ausência de mecanismos hierárquicos no sistema internacional, contudo, não significa que suas disposições são inefetivas para levarem os Estados a conformidade às normas de DIP. A este respeito, Robert E. Scott e Paul B. Stephan⁷¹³ afirmam que a decisão de um agente por observar um determinado comando legal envolve ponderar os custos e benefícios percebidos ao seguir a norma, tendo em mente também os *tradeoffs* quanto aos comportamentos preteridos. Os mecanismos formais de aplicação do Direito têm como propósito detectar e sancionar as situações de não conformidade, de modo que sirvam de estímulo à conformidade e de correções das distorções na distribuição de custos e benefícios ocasionada pelo comportamento infrator. A conformidade com o comando legal, contudo, pode ser alcançada como resultado de outros incentivos e não apenas dos mecanismos formais de aplicação das sanções.

⁷¹⁰ DUNOFF, Joffrey L.; TRACHTMAN, Joel P. **Economic Analysis of International Law: An Invitation and a Caveat**. April 20, 1998. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=73688. Acesso em: 22 out. 2014, p. 10.

⁷¹¹ Como apontava o historiador Karl Polanyi, “Não havia nada natural em relação ao *laissez faire*; os mercados livres jamais poderiam funcionar deixando apenas que as coisas seguissem o seu curso. (...) o próprio *laissez faire* foi imposto pelo Estado. As décadas de 1930 e 1940 presenciaram não apenas uma explosão legislativa que repelia as regulamentações restritivas, mas também um aumento enorme das funções administrativas do estado, dotado agora de uma burocracia central capaz de executar as tarefas estabelecidas pelos adeptos do liberalismo. Para o utilitarista típico, o liberalismo econômico era um projeto social que deveria ser posto em prática para a grande felicidade do maior número de pessoas; o *laissez faire* não era o método para atingir alguma coisa, mas a coisa a ser atingida”. (POLANYI, Karl. **A grande transformação: as origens de nossa época**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 170).

⁷¹² POSNER, Eric A. **The Perils of Global Legalism**. Chicago: The University Chicago Press, 2009, 473-3533. Edição do Kindle.

⁷¹³ SCOTT, Robert E. STEPHAN, Paul B. **The Limits of Leviathan: Contract Theory and the Enforcement of International Law**. New York: Cambridge University Press, 2006, p. 14.

De toda sorte, em contextos que se assemelham ao Dilema do Prisioneiro⁷¹⁴, uma das estratégias reconhecidas para a indução de comportamentos cooperativos é, de fato, o estabelecimento de sanções para o comportamento não cooperativo, o que requer instituições que tornem críveis a potencial aplicabilidade das sanções diante de um descumprimento⁷¹⁵. É por isto que Paul B. Stephan⁷¹⁶ pontua que é na fase de aplicação que reside o maior desafio aos projetos de unificação do Direito existentes em âmbito internacional, já que, apesar de diversos tribunais internacionais terem se proliferado no ambiente institucional internacional contemporâneo, os mecanismos que tais tribunais possuem para assegurar o cumprimento de suas decisões são limitados pela ausência de um Leviatã hobbeasiano para assegurar-lhes conformidade.

A Carta das Nações Unidas estabeleceu, em seu artigo 33⁷¹⁷, que os Estados podem recorrer a uma variedade de meios para solucionar uma controvérsia internacional, tais como a negociação, a conciliação, a arbitragem e, também, as soluções judiciais. Embora Eric Posner⁷¹⁸ sustente que o único mecanismo realmente coercitivo no DIP seja o Conselho de Segurança das Nações Unidas, com suas inúmeras fragilidades que transcendem o escopo deste trabalho, a Corte Internacional de Justiça, os tribunais regionais de direitos humanos e o Tribunal de Justiça Europeu são alguns dos exemplos de sistemas judiciais existentes no DIP contemporâneo, com variados graus de eficácia quanto ao cumprimento de suas decisões e a adesão à suas jurisdições.

Paul B. Stephan⁷¹⁹ alerta, porém, que são os Estados que criam e dão forma aos tribunais internacionais. Partindo, então, da perspectiva estatal, tem-se que os Estados enquanto agentes racionais, ao criarem tais instituições, estão cientes da existência de potenciais conflitos de agência que podem emergir com as pessoas que nomeiam para exercer as funções

⁷¹⁴ Ver item 4.3 *supra*.

⁷¹⁵ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAN, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. Tradução Rachel Sztajn. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 60.

⁷¹⁶ STEPHAN, Paul B. **Courts, Tribunals and Legal Unification** – The Agency Problem. Chicago Journal of International Law. Volume 3. Number 2. Article 7. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1436&context=cjil>. Acesso em 07 jan. 2023.

⁷¹⁷ “Artigo 33 - As partes em uma controvérsia, que possa vir a constituir uma ameaça à paz e à segurança internacionais, procurarão, antes de tudo, chegar a uma solução por negociação, inquérito, mediação, conciliação, arbitragem, solução judicial, recurso a entidades ou acordos regionais, ou a qualquer outro meio pacífico à sua escolha. 2. O Conselho de Segurança convidará, quando julgar necessário, as referidas partes a resolver, por tais meios, suas controvérsias”. (ONU, **A Carta das Nações Unidas**. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/91220-carta-das-nacoes-unidas>. Acesso em 07 jan. 2023).

⁷¹⁸ POSNER, Eric A. **The Perils of Global Legalism**. Chicago: The University Chicago Press, 2009, sem página - Locais do Kindle 449-3533.

⁷¹⁹ STEPHAN, Paul B. **Courts, Tribunals and Legal Unification** – The Agency Problem. Chicago Journal of International Law. Volume 3. Number 2. Article 7. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1436&context=cjil>. Acesso em 07 jan. 2023, p. 336.

adjudicativas. Isso porque, se forem independentes, os agentes decisores - os juízes dos tribunais – poderão agir em desacordo ao interesse dos Estados que os nomearam. Para evitar estarem expostos as decisões de juízes que contrariem os seus interesses, os Estados podem, então, escolher um dos seguintes caminhos, que permitem reduzir a exposição a potenciais conflitos entre agente e principal: (i) adotar, na elaboração do DIP, um sistema rígido de regras que reduza a margem de discricionariedade dos juízes; (ii) limitar a independência dos tribunais ou (iii) mitigar suas sujeições às decisões destes tribunais.

A criação de um sistema rígido de regras, do qual não haja possibilidade de desvios, pode ser extremamente custosa *ex ante*, como foi explorado nas seções anteriores. Assim, há incentivos para que os Estados busquem interferir na atuação dos tribunais internacionais ou para que procurem sujeitar-se apenas de forma seletiva à conformidade de suas decisões. Para isto, podem interferir na formação dos tribunais permitindo a remoção de juízes (ou estabelecendo mandatos curtos com direito à recondução), de modo que seus membros, no intuito de permanecerem em seus cargos, tornam-se reféns dos interesses dos Estados que os nomearam. Isto desincentivará a adoção de decisões independentes por parte dos juízes. Os Estados podem, também, recusar a jurisdição mandatória das Cortes⁷²⁰ ou recusarem-se a comparecer aos procedimentos a que forem chamados ou a cumprir com os julgamentos que contrariam seus interesses⁷²¹. Tudo isto reduz a eficácia dos sistemas judiciais internacionais.

Diante da ausência de mecanismos mandatórios e independentes para aplicar os instrumentos de DIP, tem sido frequente o recurso à alternativa dos tribunais domésticos, que cada vez mais tem sido invocados para implementar o DIP. Eric Posner considera a situação um paradoxo, e afirma:

Existe lei sem governo em nível internacional, mas as leis normalmente exigem que os tribunais a interpretem e a apliquem. Tribunais eficazes não podem existir sem o apoio de instituições governamentais e não existem tais instituições em nível internacional. Na ausência de tribunais internacionais eficazes, o melhor a seguir é o tribunal doméstico, que pode pelo menos aplicar a lei e fazê-la valer, talvez até fazê-la avançar.⁷²²

⁷²⁰ A jurisdição da Corte Internacional de Justiça, por exemplo, requerer o consentimento dos Estados. (A este respeito: INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. **United Kingdom v. Iran. Anglo Iranian Oil Co.** Disponível em: <https://www.icj-cij.org/en/case/16>. Acesso em 16 fev. 2021).

⁷²¹ POSNER, Eric A. **The Perils of Global Legalism**. Chicago: The University Chicago Press, 2009, sem página - Locais do Kindle 96-3533.

⁷²² “Law without government exists at the international level, law normally requires courts to interpret and enforce it, effective courts cannot exist without supporting government institutions, no such institutions exist at the international level. In the absence of effective international courts, the next best thing is the domestic court, which can at least apply the law and enforce it-and maybe advance it.” (POSNER, Eric A. **The Perils of Global Legalism**. Chicago: The University Chicago Press, 2009, sem página - Locais do Kindle 2701-2703)

Há uma vasta literatura já produzida quanto as intersecções existentes entre o DIP e o Direito doméstico e seus pormenores escapam ao objetivo do trabalho. Observa-se, apenas, que os estudos de DIP costumam segregar o pensamento acerca da relação entre o DIP e o Direito Interno entre dualistas e monistas, sendo que os primeiros entendem que o Direito Interno e DIP são sistemas jurídicos distintos e independentes, enquanto os segundos defendem a unidade jurídica existente entre eles⁷²³, sendo a perspectiva monista a adotada nesta tese.

Por ora, interessa observar que os propósitos dos instrumentos de Direito uniforme podem ficar comprometidos se, em última instância, a aplicação de suas normas depender da jurisdição doméstica, haja vista que, nas situações nas quais os Estados divergem quanto ao conteúdo dos comandos legais, há grandes possibilidades de as interpretações nacionais efetivadas pelas cortes domésticas também refletirem tais divergências⁷²⁴.

Este tema será mais bem detalhado adiante⁷²⁵. Neste momento, o que se conclui é que, de fato, existem obstáculos significativos para se chegar, por meio da negociação internacional, a uma uniformização regulatória global que possa corrigir os problemas oriundos da pluralidade normativa que caracteriza o cenário das interações digitais. Se alcançado, manter referido instrumento atualizado e uniforme poderá ser difícil já que a presença de externalidades de rede tende a dificultar as reformas normativas. Ademais, os sistemas adjudicativos existentes não favorecem a manutenção da uniformidade na etapa de aplicação do DIP. Em suma: as características das interações dos Estados na sociedade internacional resultam em elevados custos de transação tanto para criação dos instrumentos de Direito uniforme, quanto para sua manutenção, atualização e aplicação.

5.4 O PAPEL DO DIP NA HARMONIZAÇÃO DA REGULAÇÃO DA INTERNET

As seções anteriores demonstraram que os custos de transação existentes nas negociações internacionais podem ser obstáculos significativos ao alcance de uma regulação global uniforme para a rede mundial de computadores. Contudo, os Estados seguem investindo na criação do DIP. A perspectiva dos Estados como agentes racionais permite concluir que há

⁷²³ MAZZUOLI, Valério. **Curso de Direito Internacional Público**. 9ª ed., rev. Atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 93 e p. 98.

⁷²⁴ STEPHAN, Paul B. **Courts, Tribunals and Legal Unification** – The Agency Problem. *Chicago Journal of International Law*. Volume 3. Number 2. Article 7. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1436&context=cjil>. Acesso em 07 jan. 2023, p. 343.

⁷²⁵ Ver item 5.1.2 infra.

vantagens percebidas a partir do DIP – do contrário, não seriam despendidos esforços em sua criação.

De fato, o DIP contemporâneo dispõe de algumas ferramentas que, embora distantes das profundas transformações estruturais no direito das gentes sugeridas por algumas propostas de constitucionalismo internacional, assumem importantes funções de ordenação da sociedade internacional e que podem servir de diretrizes para identificar caminhos a avançar na cooperação em torno da regulação da Internet. Nesse sentido, diversos autores⁷²⁶ entendem que a Carta da ONU de 1945, já representa uma espécie de Constituição Internacional para a defesa dos direitos humanos⁷²⁷, da paz e da segurança internacional, mormente em função de seu artigo 103⁷²⁸, que lhe assegura prioridade sobre outras normas e tratados. Ademais, algumas mudanças estruturais indicam uma verticalização do DIP – como é o caso das obrigações assumidas pelos Estados nos diversos tratados de direitos humanos, que rompem com a visão sinalagmática dos tratados internacionais. O papel de tais instrumentos na regulação da Internet será abordado com mais detalhamento no próximo capítulo.

Ademais, ainda que um único tratado abrangente para regular de forma completa e precisa a Internet seja improvável, é possível obter ganhos coletivos no imbróglgio oriundo da pluralidade normativa digital com uma harmonização que aconteça de forma setorial e paulatina. Essa harmonização gradual pode enfatizar, em um primeiro momento, aspectos em que os benefícios da cooperação são muito pronunciados. Quando se afirma que os Estados são apenas limitadamente racionais, não se deve perder de vista que racionalidade limitada, não é sinônimo de irracionalidade⁷²⁹, de modo que alcançar a cooperação será sempre possível quando seus benefícios forem abundantes.

⁷²⁶ Um compilado dos teóricos que analisam o constitucionalismo global pode ser encontrado em: BIANCHI, Andrea. **International law theories: an inquiry into different ways of thinking**. Oxford University Press, 2016, p. 48.

⁷²⁷ Segundo Flávia Piovesan, a Carta da ONU consolidou a internacionalização dos direitos humanos ao elevar a promoção de tais direitos como um dos propósitos e finalidades da organização. No entanto, a Carta não trouxe o conteúdo das obrigações de Direitos Humanos, papel que será preenchido pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, a qual, embora do ponto de vista estritamente legalista, não tenha a força obrigatória de um tratado, é juridicamente vinculante por ser a interpretação autorizada da Carta da ONU quanto ao assunto. (PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional**. 18ª ed. rev.atual, São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 503).

⁷²⁸ “Artigo 103. No caso de conflito entre as obrigações dos Membros das Nações Unidas, em virtude da presente Carta e as obrigações resultantes de qualquer outro acordo internacional, prevalecerão as obrigações assumidas em virtude da presente Carta”. (BRASIL. Decreto n. 19.841 de 22 de outubro de 1945. **Promulga a Carta das Nações Unidas**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D19841.htm. Acesso em 14 fev. 2021).

⁷²⁹ WILLIAMSON, Oliver. **The Economic Institutions Of Capitalism: Firms, Markets, Relational Contracting**. New York: The Free Press, 1985. p. 45.

A esse respeito, destaca-se que algumas questões emergentes da rede precisam mesmo ser tratadas de forma uniforme, inclusive para viabilizar o seu funcionamento⁷³⁰. É o caso, por exemplo, das regras de protocolos de comunicação⁷³¹. Por se tratar de questão fundamental ao próprio funcionamento tecnológico, há abundantes incentivos para que os Estados adiram à uniformização, seara na qual se destaca o papel da ITU, agência da ONU composta por todos os países membros da organização e que se dedica a gestão dos padrões de comunicação que garantem a interoperabilidade e integração dos sistemas de comunicação no mundo todo, com relevantes resoluções relacionadas aos protocolos técnicos da Internet.

É também possível buscar uma harmonização setorial partindo de segmentos em que o interesse dos Estados já seja convergente. Jack Goldsmith e Eric Posner⁷³² mencionam que a coincidência de interesses é uma situação que explica a adesão a padrões internacionais por parte de diferentes Estados, pois estes obtêm vantagens semelhantes pela adoção do padrão. Em alguns casos, o comportamento espontâneo e auto interessado dos Estados já seria suficiente para a uniformidade, tornando desnecessário incorrer em custos para a elaboração de instrumentos de DIP. Não obstante, muitos tratados internacionais que partem da existência de interesses convergentes conseguem, em algum grau, avançar em estabelecer medidas de cooperação, que não seriam alcançadas se não houvesse o tratado⁷³³.

Um exemplo interessante nesse sentido é o combate aos crimes cibernéticos, seara em que a Convenção de Budapeste sobre Crime Cibernético de 2001⁷³⁴ representa importante iniciativa⁷³⁵. Os Estados-parte da Convenção, movidos pelo objetivo comum de cooperarem no combate ao crime, comprometeram-se a tipificar condutas que, em larga medida, já vinham sendo tipificadas pelos Estados (como a pornografia infantil, por exemplo). Inobstante, a partir do acordo, os Estados também concordaram em implementar estratégias de cooperação bastante abrangentes para o combate a estes crimes. Tais estratégias, diga-se de passagem, podem ser

⁷³⁰ GOLDSMITH, Jack. **Unilateral Regulation of the Internet: a modest defence**. European Journal of International Law (11) 2000. Disponível em: <http://www.ejil.org/pdfs/11/1/508.pdf>. Acesso em 09 jan. 2022.

⁷³¹ Sobre o tema, ver item 3.2 *supra*.

⁷³² GOLDSMITH, Jack L. POSNER, Eric A. **The limits of International Law**. New York: Oxford University Press, 2005, p. 27.

⁷³³ GOLDSMITH, Jack L. POSNER, Eric A. **The limits of International Law**. New York: Oxford University Press, 2005, p. 89.

⁷³⁴ O Brasil depositou o instrumento de ratificação da Convenção de Budapeste contra o Crime Cibernético em 30 de novembro de 2022, estando vinculado no âmbito internacional à iniciativa. No momento de conclusão desta tese, o tratado estava pendente de promulgação interna. (AGÊNCIA BRASIL. **Brasil adere à convenção de Budapeste contra Crime Cibernético**. Disponível em: <https://agenciabrasil.abc.com.br/geral/noticia/2022-11/brasil-adere-convencao-de-budapeste-contra-crime-cibernetico>. Acesso em 02 jan. 2023).

⁷³⁵ POLIDO, Fabricio Bertini Pasquot. **Por que o Brasil deve urgentemente aderir à Convenção de Budapeste**. 05 de julho de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jul-05/polido-brasil-urgentemente-aderir-convencao-budapeste>. Acesso em 16 jan. 2022.

mais eficazes do que as previstas no MLAT, tratado cuja ineficiência foi apontada pelo STF como justificativa para que o Brasil abdicasse da cooperação internacional ao demandar a disponibilização de dados telemáticos das subsidiárias locais das empresas de tecnologia, conforme narrado no capítulo anterior⁷³⁶. Assim, ainda que o combate a tais crimes já fosse a forma como os Estados decidiriam sozinhos se comportar, independentemente da existência do Tratado, a abertura de comunicação decorrente da negociação permitiu avançar na cooperação.

Outra seara na qual o DIP já possui instrumentos relevantes à regulação da Internet é a da propriedade intelectual: os tratados da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI)⁷³⁷ e da OMC, resultados de esforços regulatórios iniciados já no Século XIX, trazem diretrizes relevantes para a elaboração de regulações pelos Estados soberanos em torno do patrimônio intangível da informação. Equilibrar tais padrões com outras preocupações de DIP – como a promoção de outros direitos humanos além do direito à propriedade – tem sido tema merecedor de relevante discussão na seara da regulação internacional das novas tecnologias.

Além disto, algumas relações existentes entre os Estados representam desafios de coordenação, uma forma de interação entre agentes racionais que escapa da perspectiva descrita no Dilema do Prisioneiro. Em situações de coordenação, ainda que tenham preferências diversas, os atores podem obter benefícios da cooperação sem que a atuação cooperativa por parte de um dos atores gere incentivos à traição por parte do outro⁷³⁸.

Exemplo mencionado por Robert E. Scott e Paul B. Stephan⁷³⁹ diz respeito as definições internacionais quanto ao posicionamento de satélites em torno do planeta Terra. Em tal situação, embora os Estados possam ter suas posições preferenciais antes da definição do padrão, terão poucos incentivos para desviarem-se do que foi definido conjuntamente depois que os direitos de cada um já tenham sido alocados. Jack L. Goldsmith e Eric Posner⁷⁴⁰, por sua vez, utilizam, como exemplo a definição do tamanho das bitolas de ferrovias para viabilizar o transporte internacional ferroviário. Uma vez que o padrão foi definido, a tendência espontânea é a conformidade com tal padrão, e não uma resistência a sua observação.

A perspectiva da coordenação é, na literatura da economia, uma importante justificativa para a clareza na definição de direitos de propriedade privada. Para visualizar a

⁷³⁶ Conforme item 4.2.3 e 4.4.

⁷³⁷ WIPO. **WIPO-Administered Treaties**. Disponível em: <https://www.wipo.int/treaties/en/index.html>. Acesso em: 04 fev. 2023.

⁷³⁸ SCOTT, Robert E. STEPHAN, Paul B. **The Limits of Leviathan: Contract Theory and the Enforcement of International Law**. New York: Cambridge University Press, 2006, p. 30.

⁷³⁹ SCOTT, Robert E. STEPHAN, Paul B. **The Limits of Leviathan: Contract Theory and the Enforcement of International Law**. New York: Cambridge University Press, 2006, p. 30.

⁷⁴⁰ GOLDSMITH, Jack L. POSNER, Eric A. **The limits of International Law**. New York: Oxford University Press, 2005, p. 37.

questão Ejan Mackaay e Stéphane Rousseau⁷⁴¹ utilizam outro cenário explorado em teoria dos jogos, comumente conhecido como “Jogo da Galinha”⁷⁴². O cenário original ilustra dois competidores em veículos próximos a uma falésia. Aquele que desviar do abismo primeiro perde, mas se nenhum dos dois desistir, ambos cairão no precipício. Os autores utilizam-se de uma situação cotidiana que exemplifica, com mais clareza, o cenário do Jogo: a interação de duas crianças que disputam um mesmo brinquedo. Se ambas insistirem no duelo, o brinquedo será quebrado. Se uma delas desistir, o brinquedo permanece intacto, apesar de sua frustração. Assim, se houver uma definição sobre qual das crianças é a dona do brinquedo, o melhor que a outra pode fazer é aceitar, na expectativa de que também os direitos de propriedade sobre os brinquedos que são seus sejam respeitados. A frustração pontual seria recompensada pela preservação dos brinquedos de cada um.

Como foi abordado no quarto capítulo⁷⁴³, é possível comparar as normas jurisdicionais com as regras de definição de direitos de propriedade. Trazendo esse cenário para os dilemas jurisdicionais que incidem sobre a Internet, pode-se vislumbrar o cenário em que dois Estados entram num embate sobre quem tem o direito de regular uma situação específica ocorrida na Internet. Como se mencionou em analogia à tragédia dos comuns⁷⁴⁴, se nenhum dos dois ceder, a Internet, tal qual os brinquedos das crianças do exemplo de Ejan Mackaay e Stéphane Rousseau, poderá “quebrar”.

A natureza incorpórea da regulação da Internet trouxe, como já se explorou⁷⁴⁵, desafios para aplicação das regras clássicas de jurisdição pautadas nas noções de territorialidade e extraterritorialidade, de modo que o cenário atual é um cenário semelhante aos contextos em que os direitos de propriedade não estão bem definidos, o que enseja conflitos. Cada Estado tem incentivos para regular as relações da forma que melhor atende o seu auto interesse, ainda que isto signifique gerar efeitos negativos aos demais. Ocorre que em cenários típicos do Dilema do Prisioneiro, a cooperação entre os países se torna mais provável quando a interação entre os atores é iterada, quando há possibilidade de se encontrarem novamente e de um lembrar a postura do outro na interação futura, utilizando-se desta informação para decidir acerca de sua própria estratégia⁷⁴⁶.

⁷⁴¹ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAN, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. Tradução Rachel Sztajn. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 51.

⁷⁴² Há referências, em português, também utilizando a denominação de “Jogo do Covarde”.

⁷⁴³ Em especial, item 4.3.

⁷⁴⁴ Ver item 4.3.2.

⁷⁴⁵ Ver item 3.1.4

⁷⁴⁶ AXELROD, Robert. **A evolução da cooperação**. São Paulo: Leopardo Editora, 2010, p. 119.

Como a reciprocidade tende a ser uma estratégia consistente diante do Dilema do Prisioneiro, a presença de relações iteradas aumenta o incentivo das posturas cooperativas, já que a traição em uma rodada possivelmente gerará a traição da outra parte na rodada seguinte e assim sucessivamente, levando todos a uma situação pior. Por isso, Jack Goldsmith e Eric Posner⁷⁴⁷ afirmam que, em alguns casos, quando o Dilema do Prisioneiro acontece de forma iterada, as vantagens da cooperação se tornam tão evidentes que identificar o que é uma conduta cooperativa e o que é uma traição passa a ser uma questão de mera coordenação.

Essa pode, inclusive, ser uma das grandes explicações por detrás de muitos dos esforços para a criação do DIP, a despeito de ser notória a escassez de uma autoridade sancionatória central: estabelecer a regra a ser seguida é, por si só, importante em algumas situações e o simples fato de fazê-lo tende a ser incentivo suficiente para sua adoção. A esse respeito, tornou-se célebre passagem de Louis Henkin, que afirmou que “quase todas as nações observam quase todos os princípios de Direito Internacional e quase todas as suas obrigações na maior parte do tempo”⁷⁴⁸.

Isso pode sugerir uma possibilidade interessante para solucionar os problemas oriundos da pluralidade normativa: a frequência com a qual as relações transnacionais acontecem podem fazer com que uma vez definidas regras uniformes para alocação da jurisdição prescritiva e adjudicativa entre os Estados, os interesses em torno da cooperação favoreçam sua observação. Os incentivos para a uniformização emergem do amplo reconhecimento de que os desacordos jurisdicionais produzem efeitos deletérios ao bem-estar global e, em especial nos contextos digitais, podem mitigar a liberdade na Internet e prejudicar sua de comunicação transfronteiriça, fatores que os Estados podem ter boas razões para querer proteger.

Pode-se pensar, assim, que os esforços de uniformização devem focar no DIPRI, e não na regulação da Internet em si, mantendo espaços para o exercício de preferências normativas locais pelo Direito interno dos Estados. Ao focar na definição de regras de alocação da autoridade, pode-se esperar que sejam alcançados consensos de forma mais simples do que na aspiração por uma uniformização substancial da regulação. Ademais, o DIP consuetudinário e os princípios gerais de DIP fornecem balizas importantes para as definições jurisdicionais⁷⁴⁹, ao estabelecer, a partir da igualdade soberana dos Estados e da não intervenção, as molduras

⁷⁴⁷ GOLDSMITH, Jack L. POSNER, Eric A. **The limits of International Law**. New York: Oxford University Press, 2005, p. 33.

⁷⁴⁸ “*Almost all nations observe almost all principles of international law and almost all of their obligations almost all of the time*”. HENKIN, Louis. **How nations behave**. New York: Columbia University Press, 1979, p. 47.

⁷⁴⁹ Conforme abordado no item 3.1 *supra*.

dentro das quais o Direito doméstico pode ter o seu papel, coordenado por instrumentos de DIPRI.

Com esse modelo, as preferências normativas de cada Estado seriam preservadas na medida em que seriam resguardados os espaços para regulação local. Ainda assim seria necessário algum grau de harmonização, por meio de objetivos e diretrizes comuns, para evitar que a pluralidade normativa gerasse incentivos contraproducentes aos objetivos de bem-estar global ou que fosse utilizada por agentes com maior poder de barganha para escaparem de regulações que colidem com seus interesses. Por isso, uma uniformização em torno dos padrões mínimos que vise a proteção dos mais vulneráveis na competição regulatória se mostra como um complemento importante à definição de regras uniformes de DIPRI.

O próximo capítulo, então, pauta-se em uma abordagem confluyente acerca do DIP e do DIPRI, que resgate as conexões existentes entre esses dois ramos do Direito. Entende-se que essa abordagem pode trazer respostas aos dilemas jurisdicionais da regulação da Internet, permitindo assegurar a desejada resolução de seus conflitos jurisdicionais, sem que isso signifique renunciar a riqueza do diálogo intercultural, para o qual, diga-se de passagem, a ferramenta pode muito contribuir.

6 O PAPEL CONFLUENTE DO DIP E DO DIPRI NA CONSTRUÇÃO DE UM DIÁLOGO INTERCULTURAL PARA A REGULAÇÃO DA INTERNET

“Nós somos diferentes, mas conversamos uns com os outros.

Há um interesse mútuo em um intercâmbio de ideias interculturais.

Comunicar também é integrar em uma sociedade global sem fronteiras”.

Erik Jayme⁷⁵⁰

A ideia de diálogo intercultural tem sido empregada para designar o compartilhamento e troca de ideias e pontos de vista entre indivíduos de grupos culturais distintos, de modo a promover uma maior compreensão mútua⁷⁵¹. Para Erik Jayme⁷⁵², na obra cujo trecho destacou-se ao início deste capítulo, a existência de um interesse mútuo no diálogo intercultural, bem como as amplas possibilidades, hoje existentes, de intercâmbio de ideias entre pessoas de países diferentes são algumas das características dominantes da pós-modernidade. O incentivo a esse diálogo, pela quantidade sem precedentes de contatos entre diferentes culturas que propicia, é, também, reconhecido como uma das grandes riquezas da Internet⁷⁵³.

Essa foi a razão pela qual a Declaração de Princípios de Genebra - documento que resultou do primeiro evento da WSIS - destacou a diversidade cultural e o papel da tecnologia na promoção do diálogo entre as diferentes culturas e civilizações como valores centrais para a construção de instrumentos de governança para a Internet⁷⁵⁴. Essa é, também, mais uma razão

⁷⁵⁰ “L’on est différent, mais l’on parle aux autres personnes. Il y a un intérêt mutuel d’un échange des idées interculturelles. Communiquer, c’est aussi s’intégrer dans une société mondiale sans frontières.” (tradução livre). JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international Privé Postmoderne. In: **Collected Courses of the Hague Academy of International Law** (Volume 251). Disponível em: http://dx.doi.org/10.1163/1875-8096_pplrdc_A9789041102614_01. Acesso em: 28 mai. 2022.

⁷⁵¹ COUNCIL OF EUROPE. **The concept of intercultural dialogue**. Disponível em: https://www.coe.int/t/dg4/intercultural/concept_EN.asp#:~:text=“Intercultural dialogue is an open.of the other's global perception. Acesso em: 08 jan. 2023.

⁷⁵² JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international Privé Postmoderne. In: **Collected Courses of the Hague Academy of International Law** (Volume 251). Disponível em: http://dx.doi.org/10.1163/1875-8096_pplrdc_A9789041102614_01. Acesso em: 28 mai. 2022, p. 251.

⁷⁵³ HWA, Ang Peng. How countries are regulating Internet Content. **Internet Society**. Disponível em: https://web.archive.org/web/20160103124414/https://www.isoc.org/inet97/proceedings/B1/B1_3.HTM. Acesso em: 24 out. 2022.

⁷⁵⁴ A este respeito, destaca-se o seguinte trecho da Declaração de Princípios de Genebra: “A diversidade cultural é uma herança comum da humanidade. A Sociedade da Informação deve estimular e se basear no respeito pela identidade e pela diversidade cultural, pela diversidade linguística, pelas tradições e pelas religiões, e promover o diálogo entre culturas e civilizações”. (CGI.BR. **Documentos da Cúpula Mundial sobre a Sociedade da Informação** – Genebra 2003 e Túnis 2005. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2014, p. 31.)

pela qual não se deve recorrer a uma imposição de um único modelo normativo para disciplinar o ciberespaço, tal como se concluiu no capítulo anterior.

Este capítulo parte da premissa de que existem alternativas à uniformização e dedica-se, então, a apresentar o que se entende como a solução para o imbróglio da pluralidade de Direitos nacionais que regulam simultaneamente uma única Internet global: ao invés de eliminar a diversidade normativa, sugere-se o estabelecimento de mecanismos de coordenação dessa diversidade. Sustenta-se, assim, que há um caminho pelo qual cada Estado poderá continuar regulando a Internet com atenção a sua situação socioeconômica e valorativa particular, ao mesmo tempo em que sejam garantidas a previsibilidade e segurança para as transações econômicas e a proteção da dignidade da pessoa humana e dos valores democráticos.

Para tanto, entende-se que é o DIPRI e não o DIP quem deve ser protagonista nos debates sobre governança digital. Como afirmou Alex Mills⁷⁵⁵, o DIPRI defende o pluralismo dos valores, a assunção de que há uma variedade de culturas legais igualmente válidas e coexistentes e que o resultado de uma disputa não depende apenas dos fatos, mas também do seu contexto. A busca pelo direito aplicável pressupõe aceitar a possibilidade de o Direito de outro Estado ser mais adequado para resolver a questão – e não de impor a solução de um dado sistema como válida para todos os casos.

O DIPRI atual, contudo, concebido como ramo do Direito interno de cada Estado, fragmentado e particularizado em cada sistema sem preocupação com a coerência internacional, falha ao cumprir esse papel. Assim, a AED normativa⁷⁵⁶ pode ajudar a identificar os caminhos para reformas que tenham em mente esse objetivo. Por outro lado, a despeito do papel protagonista atribuído ao DIPRI, não se deve pretender que ele se encarregue de todo o trabalho necessário à governança do ambiente digital sozinho. No raciocínio que ora se propõe, sustenta-se que o DIPRI só poderá gerir adequadamente a diversidade jurídica que incide sobre a Internet se for compreendido de maneira indissociada ao DIP e, em especial, *pari passu* ao DIDH.

Para apresentar essa abordagem, este capítulo se inicia retomando a perspectiva de Lawrence Lessig para um desenho constitucional para a Internet, por meio do qual devem ser estabelecidos valores substanciais e estruturais para disciplinar a rede mundial de

⁷⁵⁵ MILLS, Alex. Variable Geometry, Peer Governance and the Public International Perspective on Private International Law. In: MUIR WATT, Horatia. ARROYO, Diego. **Private International Law and Global Governance**. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 246.

⁷⁵⁶ A AED normativa consiste no uso dos métodos e técnicas da AED para buscar identificar a norma jurídica tal como ela deveria-ser, num plano hipotético em que se busca um modelo de Direito ideal. Esta ferramenta de análise contrasta com a AED positiva, que se limita a analisar o Direito tal como é a partir da ótica de postulados econômicos. (GICO Jr. Ivo, Introdução à Análise Econômica do Direito. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius. **O que é análise econômica do Direito**: uma introdução. Belo Horizonte: Forum, 2011, p. 20).

computadores. A essa visão, alia-se a propositura de Alex Mills⁷⁵⁷, que parte do DIP e o DIPRI como disciplinas confluentes, reconhecendo suas interconexões recíprocas e a relação de complementariedade que mantêm. Especificamente, entende-se que o DIP – e, mais precisamente, o DIDH – deve se encarregar da definição de padrões mínimos como balizas para os valores substanciais a serem perseguidos pela regulamentação da tecnologia, enquanto o DIPRI se encarrega da coordenação das estruturas de governança que viabilizam a promoção de tais valores, assentando-se nas diretrizes gerais do DIP quanto à soberania e jurisdição. Na sequência, o trabalho analisa algumas diretrizes fundamentais para que o DIPRI possa cumprir este papel, com a ajuda dos estudos de DIPRI por meio do método econômico. Ao fim, retorna-se ao DIP para concluir pela existência de limites intransponíveis a serem estabelecidos pela regulação da Internet, os quais precisam ser endereçados pela sociedade de forma conjunta.

A relação de interpenetração e complementariedade entre o DIP e o DIPRI fica clara, evidenciando que as linhas que dividem tais disciplinas devem ser apagadas para permitir uma adequada regulação da Internet.

6.1 UMA CONSTITUIÇÃO PARA A INTERNET

Como já se sustentou nesta tese⁷⁵⁸, tem-se entendido a ideia de uma Constituição como sinônimo da limitação do poder e de supremacia da lei, destinada à proteção de direitos fundamentais⁷⁵⁹. O capítulo anterior apresentou algumas dificuldades para a concretização de um projeto de constitucionalismo internacional a partir de um tratado internacional a emergir da livre negociação entre os Estados. No entanto, como demonstra o exemplo britânico, o instrumento utilizado para atender a estes propósitos não precisa, necessariamente, ser um texto legal escrito⁷⁶⁰. Ao trabalhar com a ideia de uma Constituição para a Internet, Lawrence Lessig⁷⁶¹ também ressaltou que uma Constituição não é sinônimo de um texto legal, mas de uma arquitetura, uma forma de viver que limita o poder social para a proteção de valores

⁷⁵⁷ MILLS, Alex. **The Confluence of Public and Private International Law**: Justice, Pluralism and Subsidiarity in The International Constitutional Ordering of Private Law. United Kingdom: Cambridge University Press, 2009, passim.

⁷⁵⁸ Ver item 4.2.

⁷⁵⁹ FIORAVANTI, Maurizio. Estado y constitución. In: FIORAVANTI, M. (Org.). In: **El Estado Moderno en Europa**: Instituciones y derecho. Madrid: Editorial Trotta, 2004, p. 28.

⁷⁶⁰ BARROSO, Luiz Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 5.

⁷⁶¹ LESSIG, Lawrence. **Code** – version 2.0. New York: Basic Books, 2006, p. 4.

fundamentais. Além disso, a ideia de Constituição também serve, não apenas para limitar o poder político, mas para criá-lo efetivamente⁷⁶².

A esse respeito, Hannah Arendt⁷⁶³ - refletindo sobre o processo de formação dos EUA - afirmou que uma Constituição não é um ato de um governo, mas do povo, constituindo um governo. Os pais fundadores dos EUA, ao participarem da redação da Constituição daquele país, buscavam fundar um novo poder – e não apenas limitar um poder já existente. Recordar essa função constituinte da própria Constituição é crucial para que se compreenda plenamente o que se anseia ao falar em uma Constituição global para a Internet: mais do que definir regras que disciplinem o funcionamento da rede mundial de computadores, trata-se de estabelecer mecanismos para que as regras possam ser criadas e implementadas dentro de um debate democrático, em que as instâncias de poder prestem conta de suas decisões e no qual haja espaço para o diálogo intercultural, com respeito às diferenças.

Assim, recorre-se novamente às lições de Lawrence Lessig⁷⁶⁴, que, ao enfatizar especificamente o *design* constitucional adequado ao ciberespaço, chamou a atenção para duas classes de valores que precisam ser decididos no escopo desta regulação: os valores estruturais, que compreendem as estruturas de governança, e os valores substanciais, que englobam os compromissos fundamentais que precisariam ser mantidos por tais estruturas de governança, ou seja, os direitos das pessoas.

Esta tese sustenta que o DIPRI oferece uma estrutura de governança possível, ainda que sejam necessárias mudanças na forma como o DIPRI vem sendo pensado e concebido pelos diferentes sistemas jurídicos domésticos para sua efetividade. Antes de analisar com maior detalhamento o papel do DIPRI na definição dos valores estruturais para a regulação da Internet, vale mencionar que, em larga medida, a definição de valores substanciais já é questão resolvida pelo DIP, haja vista os princípios consubstanciados nos diversos tratados internacionais de direitos humanos atualmente existentes.

6.1.1 Os valores substanciais para a Internet e o papel do DIDH

A despeito da inexistência de um tratado internacional sobre direitos humanos especificamente pensado para a Internet, pode-se sustentar que as disposições já consolidadas nos diversos instrumentos de direitos humanos existentes cumprem, em larga medida, o papel

⁷⁶² DOWDLE, Michael W. On the limits of Constitutional Liberalism: in search of a constitutional reflexivity. In: Dowdle, Michael W; WILKINSON, Michael. **Constitutionalism Beyond Liberalism**. Cambridge: Cambridge University Press, 2016. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2686013>. Acesso em: 24 jul. 2022.

⁷⁶³ ARENDT, Hannah. **On Revolution**. London: Penguin Group, 1965, p. 148.

⁷⁶⁴ LESSIG, Lawrence. **Code** – version 2.0. New York: Basic Books, 2006, p. 7.

de estabelecer um padrão mínimo regulatório para o universo digital, resguardando os valores substanciais que devem ser observados pelas diferentes legislações domésticas acerca da matéria.

Com efeito, a afirmação de que os direitos humanos pensados para o contexto *offline* também são aplicáveis no cenário *online* tornou-se muito repetida por quem estuda a interface entre direitos humanos e tecnologia⁷⁶⁵. O Conselho de Direitos Humanos da Assembleia Geral das Nações Unidas adotou esta premissa em sua Resolução A/HRC/20/L.13 acerca da promoção, proteção e gozo dos direitos humanos na Internet⁷⁶⁶ ao afirmar que:

os mesmos direitos que as pessoas têm *offline* devem ser protegidos *online*, em particular a liberdade de expressão, que é aplicável independentemente das fronteiras e em qualquer mídia escolhida, de acordo com os artigos 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos⁷⁶⁷.

O excerto acima destacado permite concluir que a liberdade de expressão tem especial relevo para a regulação da tecnologia. Ao defender a liberdade de expressão na Internet, defende-se potencialmente todas as operações realizadas na rede, já que a Internet é um meio de comunicação e, assim, tudo o que nela ocorre (um *site*, um aplicativo, um *e-mail*, uma mensagem trocada) não deixa de ser uma forma de expressão⁷⁶⁸.

A liberdade de expressão, porém, não é um valor absoluto. O Guia dos Direitos Humanos do Conselho da Europa para Usuários da Internet⁷⁶⁹, de abril de 2014, destaca que a liberdade de expressão é um entre os vários direitos humanos e, por isso, deve ser compreendida

⁷⁶⁵ Afirmação feita pela Professora Inger Osterdahl, em seu curso sobre regulação da *Internet*, no Curso de Inverno de 2021 da *The Hague Academy of International Law*. (OSTERDAHL, Inger. **Internet Regulation**. The Hague Academy of International Law, 2021 Online Winter Course, 22 de janeiro de 2021 - lecture).

⁷⁶⁶ THE HUMAN RIGHTS COUNCIL OF THE UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY. **The promotion, protection and enjoyment of human rights on the Internet**. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/G12/147/10/PDF/G1214710.pdf?OpenElement>. Acesso em: 06 fev. 2021.

⁷⁶⁷ “The same rights that people have offline must also be protected online, in particular freedom of expression, which is applicable regardless of frontiers and through any media of one’s choice, in accordance with articles 19 of the Universal Declaration of Human Rights and the International Covenant on Civil and Political Rights” (Tradução livre de: THE HUMAN RIGHTS COUNCIL OF THE UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY. **The promotion, protection and enjoyment of human rights on the Internet**. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/G12/147/10/PDF/G1214710.pdf?OpenElement>. Acesso em: 06 fev. 2021).

⁷⁶⁸ GOLDSMITH, Jack; WU, Tim. **Who Controls the Internet? Illusions of Bordersless World**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2006, p. 19.

⁷⁶⁹ CONSELHO DA EUROPA. **Guia dos Direitos Humanos para os Utilizadores da Internet – Recomendação CM/REC (2014) e exposição de motivos**. Disponível em: <http://www.odionao.com.pt/media/5185/GuiaDireitosHumanosUtilizadoresInternet.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2021.

a partir do reconhecimento da indivisibilidade e interdependência⁷⁷⁰ de tais direitos. Nesse sentido, estabelece o guia que: “as expressões que incitam à discriminação, ao ódio ou à violência podem ser objeto de restrições, as quais têm de ser lícitas, cingir-se ao estritamente indispensável e ser executadas sob supervisão judicial”⁷⁷¹.

Além da liberdade de expressão, os direitos ao acesso à Internet, à informação, a não discriminação, a liberdade de reunião e associação com outras pessoas utilizando a rede, a privacidade e proteção de dados, o direito à instrução e o acesso ao conhecimento, a proteção das crianças e jovens e o direito a remédios efetivos em caso de violações de direitos humanos⁷⁷² são exemplos frequentemente citados de direitos que podem ser extraídos dos diplomas normativos já existentes e que devem ser aplicados aos contextos digitais. A observância desses direitos, portanto, deve servir de parâmetro na avaliação das normativas – nacionais ou internacionais – destinadas a disciplinar a Internet, as quais devem sujeitar-se ao controle de convencionalidade de suas disposições⁷⁷³.

Exaurir o debate sobre a aplicação material dos direitos humanos na Internet é questão que transcende o escopo dessa tese, tanto quanto explorar as razões que levam os Estados a aderirem aos diplomas internacionais de direitos humanos⁷⁷⁴. A tese parte da internacionalização dos direitos humanos como um dado já concretizado. Assim, no debate sobre o papel do DIP e do DIPRI na regulação da Internet, interessa apenas reconhecer a existência de direitos de índole internacional que se impõe sobre a vontade individual dos

⁷⁷⁰ A indivisibilidade dos direitos humanos propugna que “deve ser conferida a mesma proteção jurídica a todos os direitos humanos, tendo em vista serem igualmente essenciais à dignidade da pessoa humana”. A interdependência, por sua vez, “deve ser entendida como a mútua dependência entre os direitos humanos, considerando que o conteúdo de uns pode se vincular ao conteúdo de outros, denotando não só interação e complementaridade, mas também que determinados direitos são desdobramentos de outros” (Ver em: ANJOS FILHO, Robério Nunes. **Direito ao Desenvolvimento**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 93).

⁷⁷¹ CONSELHO DA EUROPA. **Guia dos Direitos Humanos para os Utilizadores da Internet – Recomendação CM/REC (2014) e exposição de motivos**. Disponível em: <http://www.odionao.com.pt/media/5185/GuiaDireitosHumanosUtilizadoresInternet.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2021, p. 9.

⁷⁷² CONSELHO DA EUROPA. **Guia dos Direitos Humanos para os Utilizadores da Internet – Recomendação CM/REC (2014) e exposição de motivos**. Disponível em: <http://www.odionao.com.pt/media/5185/GuiaDireitosHumanosUtilizadoresInternet.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2021.

⁷⁷³ Por controle de convencionalidade, entende-se a análise da compatibilidade de atos normativos internos com o Direito Internacional dos Direitos Humanos. (MAIA, Catherine; RAMOS, André de Carvalho. Universalism of human rights and subsidiarity of international jurisdiction: the subtle resistance? **Revista Jurídica**. vol. 03, n°. 70, Curitiba, 2022. pp. 227 – 249. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/6016/371373947>. Acesso em: 01 nov. 2022).

⁷⁷⁴ Algumas possíveis explicações foram descritas por André de Carvalho Ramos, no que denominou de “o enigma da internacionalização dos direitos humanos”. RAMOS, André de Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. 5ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 110-117.

Estados soberanos (ao menos, àqueles que, ao aderirem a tais instrumentos internacionais, assumiram o dever de proteger estes direitos⁷⁷⁵).

Ainda que alguns autores da AED tenham se mostrado céticos quanto aos efeitos práticos do DIDH e suas concretas capacidades de impedirem violações de direitos humanos⁷⁷⁶, até mesmo esses autores reconhecem que os tratados de direitos humanos representam hoje uma espécie de padrão normativo global⁷⁷⁷. A este respeito, Jack Goldsmith e Eric Posner afirmaram que:

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e tratados a ele relacionados informam ao mundo o “código de conduta” que as democracias liberais entenderam importante estabelecer. [...] Os tratados multilaterais oferecem, assim, um guia geral para os comportamentos considerados aceitáveis ou não⁷⁷⁸.

Portanto, a despeito das dúvidas existentes quanto ao papel dos tratados de direitos humanos na efetiva promoção destes direitos, para os propósitos desta tese, interessa o fato dos direitos terem sido enunciados e aceitos como um padrão aplicável, ao menos, aos Estados signatários destes tratados. O DIDH cumpre, assim, uma função de harmonização regulatória⁷⁷⁹, ao estabelecer seus princípios como balizas comuns e objetivos a serem alcançados pelos Estados, que, por sua vez, seguem tendo liberdade para a definição dos meios para alcançar tais fins a partir de instrumentos domésticos.

⁷⁷⁵ Há uma visão mais ambiciosa, que considera as normas de direitos humanos – ou ao menos, uma parte delas – como normas de *jus cogens*, capazes de vincular até mesmo Estados que não consentiram com os tratados que os prevêm. Sobre o tema, ver item 6.5 *infra*.

⁷⁷⁶ Vide GOLDSMITH, Jack L. POSNER, Eric A. **The limits of International Law**. New York: Oxford University Press, 2005, p. 119; POSNER, Eric A. **The Perils of Global Legalism**. Chicago: The University Chicago Press, 2009, 2390-3533. Edição do Kindle.

⁷⁷⁷ Jack Goldsmith e Eric Posner utilizam a expressão “*standard of civilization*”, em alusão a um argumento usado no Século XIX como justificativa para o colonialismo. Esta tese não pretende entrar no debate sobre os direitos humanos serem, ou não, padrões de reprodução da lógica colonial europeia e tampouco adentrar em uma discussão normativa sobre referido padrão. O objetivo, neste particular, é atestar, de forma descritiva, que o padrão existe. (GOLDSMITH, Jack L. POSNER, Eric A. **The limits of International Law**. New York: Oxford University Press, 2005, p. 128).

⁷⁷⁸ “*The ICCPR and related treaties could inform the world of a “code of conduct” that powerful liberal democracies deem important to establish. Smaller states that comply with this code know that they are more likely to receive aid, and less likely to be subject to threats and other forms of pressure, than states that do not comply with the code. Thus, the treatment of human rights may improve as a result of cooperation or coercion in a bilateral relationship; the multilateral treaty provides a rough guide to the kinds of behavior that are deemed acceptable and not the ICCPR and related treaties could inform the world of a “code of conduct” that powerful liberal democracies deem important to establish. Smaller states that comply with this code know that they are more likely to receive aid, and less likely to be subject to threats and other forms of pressure, than states that do not comply with the code. Thus, the treatment of human rights may improve as a result of cooperation or coercion in a bilateral relationship; the multilateral treaty provides a rough guide to the kinds of behavior that are deemed acceptable and not.*” GOLDSMITH, Jack L. POSNER, Eric A. **The limits of International Law**. New York: Oxford University Press, 2005, p. 128.

⁷⁷⁹ Sobre a diferença entre harmonização e uniformização, ver item Capítulo 4.

A existente harmonização em torno de padrões mínimos, com normas de natureza principiológica - em contraponto à inexistência de regras específicas que estabeleçam a regulação do ambiente digital de forma uniforme - pode ser explicada pela AED, já que a elaboração de normas principiológicas é menos custosa do que uma elaboração normativa detalhada pautada em regras uniformes específicas⁷⁸⁰. A esse respeito, Giesela Ruhl afirma que os estudos de Direito e Economia costumam definir as regras como “comandos legais simples e de conteúdo preciso, promulgadas antes do comportamento dos indivíduos”, ao passo que os princípios seriam “normas pouco claras e confusas cujo conteúdo preciso só será determinado após o comportamento do indivíduo em questão”⁷⁸¹. Nota-se nessa distinção, um juízo de valor: regras seriam preferíveis por serem simples e precisas; princípios deveriam ser evitados por serem pouco claros e confusos.

A preferência por regras, porém, não deve ser vista como absoluta e obscurecer o aspecto primordial da distinção entre os dois modelos normativos à luz do debate econômico: a diferença entre regras e princípios recai, sobretudo, na quantidade de trabalho de definição do conteúdo concreto da norma no momento de sua criação e na quantidade de trabalho deixado para a etapa da aplicação da norma às situações particulares⁷⁸². Conforme apontou Louis Kaplow⁷⁸³, regras e princípios diferem quanto ao momento do processo jurídico em que geram maiores custos: as regras são mais custosas no momento de sua elaboração (*ex ante*), uma vez

⁷⁸⁰ Para uma adequada compreensão da diferença entre regras e princípios, convém rememorar as célebres lições de Ronald Dworkin, que sustenta que tanto as regras quanto os princípios apontam para decisões específicas sobre obrigações legais em circunstâncias particulares, mas diferem na natureza do direcionamento dado ao julgador. As regras são aplicáveis de uma forma absoluta – o que significa que, se os fatos previstos na regra forem concretizados, a resposta que a regra fornece deve necessariamente ser aceita. Os princípios, por sua vez, não estabelecem consequências automáticas para os fatos sobre os quais exercem normatividade, mas apenas estabelecem uma razão argumentativa em determinada direção, que pode não levar a uma única decisão particular. Podem, inclusive, existir princípios concorrentes apontando para direções diferentes, o que pode fazer com que um princípio não prevaleça no julgamento do caso em particular, mas isto não significa que não seja válido como um princípio dentro do sistema de Direito. Neste contexto, a aplicação de normas baseadas em princípios tem uma dimensão que a aplicação de regras não tem: a dimensão de peso ou da importância. Quando ocorrem conflitos entre princípios, o julgador deverá levar em conta o peso relativo de cada um para solucionar a questão. (DWORKIN, Ronald M. *The Model of Rules*. **The University of Chicago Law Review**. (1967). Vol. 35. Iss. 1, Article 3. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3553&context=ucprev>. Acesso em: 27 fev. 2022, p. 25 -26).

⁷⁸¹ “*In economic theory, rules are usually defined as simple and clear legal norms whose precise content is promulgated prior to individuals' behavior. In contrast, standards are usually understood as unclear and fuzzy legal norms whose precise content is determined after the relevant individuals' behavior has taken place*”. Ruhl, Giesela. *Methods and Approaches in Choice of Law: an economic perspective*. **Berkeley Journal of International Law**, vol. 24, 2006, p. 831. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=920999. Acesso em: 22 ago. 2021.

⁷⁸² TRACHTMAN, Joel P. *Economic Analysis of Prescriptive Jurisdiction and Choice of Law*. (March 2001). Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=258183. Acesso em: 16 jan. 2022, p. 45.

⁷⁸³ KAPLOW, Louis. *Rules versus standards: an economic analysis*. **Duke Law Journal**. Vol. 42. Disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3207&context=dlj>. Acesso em: 12 jun. 2022, p. 563.

que há um maior detalhamento quanto ao seu conteúdo; os princípios, por sua vez, são mais custosos no momento de sua aplicação (*ex post*), pois é nesta etapa em que as previsões abstratas ganharão concretude.

Elaborar um instrumento normativo internacional para regular de maneira uniforme a Internet a partir de regras demandaria que se resolvesse *a priori* todas as questões jurídicas relevantes, o que exigiria uma vasta quantidade de informações para antecipar todas as contingências possíveis e elevados esforços para alcançar consensos em torno da melhor forma para se solucionar cada uma das contingências identificadas. Como se viu no capítulo anterior, os custos para alcançar esse modelo normativo podem ser altos demais, inviabilizando o acordo. Se, por outro lado, a opção for por um instrumento destinado a elencar princípios, basta um consenso sobre balizas gerais *ex ante*, deixando ao julgador a tarefa de alocar concretamente os direitos e obrigações *ex post*, munido das informações do caso particular.

Tendo em vista que a uniformização da regulação da Internet em âmbito global pode abarcar custos de transação proibitivos na etapa de sua elaboração, bem como na manutenção de suas disposições em virtude das rápidas transformações da sociedade global, a uniformização em torno de balizas mínimas globais, sob a forma de princípios, torna-se a alternativa factível. Mais do que isto, a definição de balizas mínimas pode ser especialmente desejável para salvaguardar o direito dos mais vulneráveis diante da assimetria de poder que marca a sociedade internacional e que incentiva corridas regulatórias em seu desfavor por parte das diferentes legislações nacionais⁷⁸⁴.

Neste contexto, sustenta-se que o Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH) e os diferentes tratados internacionais já existentes podem fornecer um alicerce comum aos projetos regulatórios nacionais que disciplinam a Internet. As iniciativas domésticas deverão ser compatíveis com as diretrizes gerais estabelecidas pelo DIDH para salvaguardar a dignidade da pessoa humana como valor primordial. O DIDH deve, também, servir de baliza para a avaliação das normativas que advém das fontes de normatividade privadas, como os termos de serviço e a programação das plataformas que operam aplicações na Internet.

Contudo, como as normas de DIDH são, em sua maioria, de natureza principiológica, seus sentidos só ganharão concretude diante dos casos particulares, apresentados à análise pelas instâncias aplicadoras de suas previsões. Faz-se necessário, portanto, analisar como se dá a aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos aos casos concretos.

⁷⁸⁴ Sobre o tema, ver item 3.3.1.

6.1.2 Adjudicação em direitos humanos e o papel das cortes nacionais

A despeito da internacionalização dos direitos humanos, a implementação prática das diretrizes dos tratados internacionais de direitos humanos aos casos concretos depende majoritariamente da atuação da jurisdição nacional dos Estados signatários destes tratados. Ainda que os tribunais internacionais de direitos humanos estejam ganhando *momentum*, sua atuação é apenas subsidiária aos sistemas jurídicos nacionais⁷⁸⁵, que, na ausência de consenso internacional, interpretarão esses instrumentos à luz da cultura jurídica local.

Algumas das razões pelas quais as cortes domésticas têm protagonizado os debates de aplicação judicial do DIP já foram apresentadas nesta tese. Conforme se explicou no capítulo anterior⁷⁸⁶, a ausência de sistemas coercitivos centralizados, a necessidade de consentimento para o exercício da jurisdição e a existência de incentivos para que os Estados adotem mecanismos de controle típicos das relações entre agente e principal nos tribunais internacionais acabam servindo como entraves a sua efetividade. Por isso, muitas vezes, os sistemas hierárquicos domésticos são chamados a aplicar as disposições de DIP por meio das instituições coercitivas existentes no Estado soberano.

No capítulo anterior, já se mencionou que a aplicabilidade das normas de DIP por cortes domésticas pode comprometer os objetivos de uniformização do Direito, já que as diferentes cortes podem divergir na interpretação destes padrões. Isso é especialmente verdadeiro quando se trata de normas principiológicas, como grande parte das obrigações de direitos humanos, já que a maior parte do trabalho de definição de seu conteúdo foi deixada para o momento de sua aplicação.

Assim, instrumentos internacionais de direitos humanos, ao simplesmente elencarem os valores substanciais sob a forma de princípios, são insuficientes para garantir uma completa previsibilidade quanto a alocação de direitos que resultará de sua aplicação, já que esta dependerá do entendimento das cortes domésticas, que mesmo diante da existência de princípios comuns, podem divergir no momento de sua interpretação. Especialmente em circunstâncias de colisões de diferentes princípios, é papel do julgador sopesar os diferentes valores em confronto e decidir sobre o que deve prevalecer diante da questão particular.

⁷⁸⁵ Para André de Carvalho Ramos, “a subsidiariedade da jurisdição internacional consiste no reconhecimento do dever primário do Estado em prevenir violações de direitos protegidos, ou, ao menos, reparar os danos causados às vítimas, para, somente após seu fracasso, poder ser invocada a proteção internacional. Por isso, as vítimas de violações de direitos humanos devem, em geral, esgotar os meios ou recursos internos disponíveis para a concretização do direito protegido, para, após o insucesso da tentativa nacional, buscar remédio no plano internacional”. (RAMOS, André de Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na ordem internacional**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 173).

⁷⁸⁶ Ver item 4.3.4.

Naturalmente, é impossível mensurar de forma exata os pesos relativos dos princípios, o que faz com que a colisão de princípios transforme o caso em uma questão controversa, de difícil solução⁷⁸⁷.

Diante da diversidade de culturas, é possível que os sistemas jurídicos atribuam pesos diferentes aos princípios em conflito e, por isso, cheguem a soluções opostas na solução da questão. O caso envolvendo a empresa *Yahoo!*, narrado no início do terceiro capítulo⁷⁸⁸, exemplifica como dois Estados ocidentais, signatários dos mesmos instrumentos internacionais de Direitos Humanos (notadamente, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos), discutiram o alcance da liberdade de expressão (direito elencado no Artigo 19º do Pacto). As conclusões da Corte Francesa e da Corte da Califórnia foram opostas – o que significa que a existência do Pacto não foi suficiente para eliminar a incerteza provocada pelo fato de que as diferentes instâncias aplicadoras do Direito chegaram a conclusões opostas na aplicação dos mesmos parâmetros.

Cabe ainda destacar que, apesar da índole universal dos direitos humanos, há diversos casos de resistência local à aplicação dos padrões de direitos humanos, que evocam particularismos de contextos culturais específicos. Também é frequente que se defenda a teoria da margem de apreciação nacional e a possibilidade de discussão e adoção, nas comunidades nacionais locais, de uma interpretação particularizada diante da ausência de consenso regional ou internacional sobre os direitos em jogo⁷⁸⁹.

Explorar as objeções à universalidade dos direitos humanos transcende o escopo desta tese, bastando, por ora, que se compreenda que as soluções para a oposição entre relativistas culturais e universalistas têm passado pelo entendimento de que é necessário um diálogo intercultural, baseado na igualdade e na reciprocidade entre os Estados e no reconhecimento inafastável do ser humano como um ser pleno de dignidade e direitos⁷⁹⁰. Antes de adentrar nos mecanismos de coordenação que podem ajudar a promover este diálogo, porém, faz-se necessário pontuar outro aspecto que justifica a importância das cortes domésticas aos casos envolvendo direitos humanos e as novas tecnologias: a necessidade de dotar tais direitos de

⁷⁸⁷ Tal situação gera o que Ronald Dworkin denominou de “*hard case*” ou “casos difíceis”. Sobre o tema, ver em: DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 127 e ss.

⁷⁸⁸ Ver Capítulo 3.

⁷⁸⁹ MAIA, Catherine; RAMOS, André de Carvalho. Universalism of human rights and subsidiarity of international jurisdiction: the subtle resistance? **Revista Jurídica**. vol. 03, nº. 70, Curitiba, 2022. pp. 227 – 249. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/6016/371373947>. Acesso em: 01 nov. 2022.

⁷⁹⁰ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. 6 ed. rev. Ampl.e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 56.

eficácia horizontal, vinculando não apenas os Estados, mas também às grandes corporações que comandam boa parte das atividades essenciais da Internet.

6.1.3 A eficácia horizontal do DIDH

Conforme mencionado no segundo capítulo desta tese⁷⁹¹, as *big techs* atuam como fontes de normatividade privada, ao impor suas regras sobre os usuários, seja de forma explícita por meio das disposições contidas nos termos de serviço, seja ao gerenciarem o funcionamento de suas aplicações pela criação e manutenção do algoritmo, no que se denominou de regulação pelo código ou *lex informatica*. Essa é a razão pela qual uma das preocupações mais relevantes no debate sobre regulação da Internet é a de assegurar que estas grandes empresas sejam responsabilizadas por suas ações, de modo que suas atividades gerem benefícios coletivos e não sejam violadoras de direitos fundamentais.

Para isso, porém, os mecanismos internacionais são insuficientes. No paradigma tradicional do DIP, as obrigações de direitos humanos são tidas como obrigações verticais; ou seja, são obrigações devidas pelos Estados (como autoridade) em face dos indivíduos⁷⁹². Embora se reconheça que atores privados também devem observar os parâmetros de direitos humanos – o que se convencionou denominar eficácia horizontal dos direitos humanos – essa eficácia se dá, no DIP, apenas de forma indireta.

Isso acontece porque o DIP tem tradicionalmente negado o reconhecimento de corporações e outras entidades privadas como sujeitos. O conceito de empresa multinacional é visto como um conceito econômico e não jurídico⁷⁹³. À luz do Direito, a figura da multinacional é inexistente, pois elas operam e desenvolvem suas atividades econômicas por meio de múltiplas sociedades nacionais⁷⁹⁴, sujeitando-se cada qual aos diferentes direitos puramente domésticos. O poder de fato de tais entidades têm sido ignorado pelos mecanismos de DIP e, ainda que diversos instrumentos já tenham sido reconhecidos para garantir direitos às

⁷⁹¹ Ver Capítulo 2 e, em especial, itens 2.2 e 2.5.

⁷⁹² LANE, Lottie. The Horizontal Effect of International Human Rights Law in Practice. **European Journal of Comparative Law and Governance**. 22 Mar 2018. Disponível em: https://brill.com/view/journals/ejcl/5/1/article-p5_5.xml?language=en. Acesso em: 07 nov. 2022.

⁷⁹³ WATT, Horatia Muir. **Private International Law Beyond the Schism**. **Transnational Legal Theory**. Disponível em: <https://www.semanticscholar.org/paper/Private-International-Law-Beyond-the-Schism-Watt/ee33742e9b17af4ad2c288ff36921f03d5f7e27e>. Acesso em: 29 ago. 2021, p. 22.

⁷⁹⁴ MAGALHÃES, José Carlos de. **Direito Internacional Econômico**. Curitiba: Juruá, 2005, p. 186.

corporações em âmbito internacional⁷⁹⁵, nenhum dever lhes é atribuído nessa esfera. Assim, cabe aos Estados responsabilizarem internamente as empresas que estão sob sua jurisdição. Se não fizerem, os Estados se sujeitam à responsabilização no sistema internacional de direitos humanos, mas as empresas não respondem diretamente.

O tema tem sido alvo de alguma atenção, e, em julho de 2014, o Conselho de Direitos Humanos da ONU adotou a Resolução 26/9 do Conselho de Direitos Humanos da ONU⁷⁹⁶ com o objetivo de formar um grupo de trabalho para criar um instrumento internacional juridicamente vinculante com obrigações às grandes corporações. No entanto, apesar de três rascunhos já terem sido produzidos, o instrumento ainda não saiu da esfera das negociações. Os instrumentos de DIP existentes que esboçam obrigações às empresas multinacionais são apenas documentos não vinculantes, como os Princípios da ONU sobre Negócios e Direitos Humanos⁷⁹⁷ e as Diretrizes da Organização para Cooperação e Desenvolvimento (OCDE) para Empresas Multinacionais⁷⁹⁸, e que demandam a atuação dos Estados para garantir sua aplicabilidade.

Assim, ao menos no DIP vigente no momento presente, embora os atores privados gozem de poder econômico capaz de transformá-los em soberanias informais, esses mesmos atores não têm os deveres de uma soberania estatal⁷⁹⁹. Recai, portanto, sobre os Estados, por meio de suas instâncias domésticas, o dever de garantir que as grandes corporações cumpram com seus deveres de direitos humanos. Ocorre que, dada a transnacionalidade da atuação de tais corporações, não raro uma infração aos direitos humanos produzirá efeitos em mais de uma jurisdição. Ou, ainda, justamente pela sua transnacionalidade, tais corporações podem se valer

⁷⁹⁵ Um exemplo são os tradicionais acordos bilaterais de investimento, que estabelecem uma série de obrigações aos Estados receptores de investimento, sem que existam contrapartidas obrigacionais por parte das empresas. Sobre o tema, ver em: HASTREITER, Michele Alessandra. WINTER, Luís Alexandre Carta. Racionalidade econômica e os acordos bilaterais de investimento. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 12, n. 2, 2015, p. 283-302. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/rdi/article/download/3599/pdf>. Acesso em: 18 dez. 2021.

⁷⁹⁶ A resolução criou um grupo de trabalho com o objetivo de criar um instrumento jurídico que vincule empresas transnacionais ao cumprimento de obrigações de Direitos Humanos. Três rascunhos já foram divulgados e tem sido objeto de debate entre os membros do grupo de trabalho. ONU. **General Assembly A/HRC/RES/26/9**. Disponível em: <https://daccess-ods.un.org/tmp/1290281.41498566.html>. Acesso em: 07 nov. 2022.

⁷⁹⁷ UNITED NATIONS. **Guiding Principles on Business and Human Rights**. Disponível em: https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_en.pdf. Acesso em 18 dez. 2022.

⁷⁹⁸ OCDE. Diretrizes da OCDE para Empresas Multinacionais. Disponível em: <https://www.gov.br/produktividade-e-comercio-exterior/pt-br/assuntos/camex/pcn/produtos/outros/diretrizes-da-ocde-edicao-completa-em-portugues-versao-final.pdf>. Acesso em: 18 dez. 2022.

⁷⁹⁹ WATT, Horatia Muir. **Private International Law Beyond the Schism. Transnational Legal Theory**. Disponível em: <https://www.semanticscholar.org/paper/Private-International-Law-Beyond-the-Schism-Watt/ee33742e9b17af4ad2c288ff36921f03d5f7e27e>. Acesso em: 29 ago. 2021, p. 30.

dos limites jurisdicionais dos Estados para tentar escapar do alcance de um Estado que pretenda responsabilizá-las por violações de direitos humanos.

É precisamente dentro desse contexto que Horatia Muir Watt⁸⁰⁰ afirma que, embora o DIPRI esteja ainda contribuindo pouco aos debates sobre governança global, ele está mais bem equipado do que sua contraparte - o DIP - para exercer esse papel e trazer ferramentas adequadas de balanceamento ao poder das autoridades transnacionais. Entende-se, de tal modo, que o DIPRI pode trazer a necessária *accountability* às entidades privadas que comandam a Internet, tanto quanto pode servir como ferramenta para, assentado no princípio da tolerância e no respeito entre iguais por suas diferenças, concretizar o necessário diálogo intercultural que permita a máxima efetividade dos direitos humanos.

6.1.4 Valores estruturais e o papel do DIPRI

Nos debates sobre constitucionalismo internacional, para além das dificuldades práticas para a concretização de ambiciosos projetos regulatórios globais, também costuma ser elencada outra preocupação: o temor de que uma Constituição internacional equivaleria a uma imposição planetária de um único modelo normativo, em contraste a pluralidade de culturas, tradições e experiências jurídicas. À essa preocupação, Ferrajoli⁸⁰¹ responde que uma Constituição não necessariamente serve para representar a vontade comum de um povo, mas sim para garantir os direitos de todos – inclusive frente à vontade popular majoritária. Assim, sua função não seria a de expressar uma identidade coletiva homogênea, mas garantir, por meio dos direitos que prevê, a convivência pacífica entre os sujeitos e suas diferenças. É neste sentido em particular que o DIPRI pode representar um caminho: é o DIPRI, afinal, o instrumento de gestão da diversidade de direitos⁸⁰².

Assim, ainda que o DIP já disponha de alguns instrumentos que traçam parâmetros comuns para as relações jurídicas virtuais – como os diversos tratados de DIDH - os Estados, com suas diferentes culturas jurídicas e valores subjacentes, podem divergir na interpretação e aplicação dos direitos ali elencados para o contexto *online*. A aplicação dos direitos humanos precisa passar por Cortes domésticas, tanto porque os mecanismos de adjudicação existentes

⁸⁰⁰ WATT, Horatia Muir. **Private International Law Beyond the Schism**. *Transnational Legal Theory*. Disponível em: <https://www.semanticscholar.org/paper/Private-International-Law-Beyond-the-Schism-Watt/ee33742e9b17af4ad2c288ff36921f03d5f7e27e>. Acesso em: 29 ago. 2021, p. 04.

⁸⁰¹ FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del Estado de derecho. In: CARBONELL, Miguel. **Neconstitucionalismo**. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 27.

⁸⁰² MUIR WATT, Horatia. **Aspéctes économiques du droit international privé: réflexions sur l'impact de la globalisation économique sur les fondements des conflits de lois et de juridictions**. Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye. V.307, 2004, p. 39.

no DIP são menos desenvolvidos e não têm capacidade para responsabilizar também os atores privados por detrás das violações de direitos humanos, quanto porque a decisão de cima para baixo por uma autoridade global seria negativa à pluralidade de valores, culturas e circunstâncias socioeconômicas existentes entre os diferentes países do globo. Portanto, mostra-se necessário delimitar, para cada situação concreta, quem terá a autoridade de decidir e de acordo com qual Direito nacional o fará.

É nesse sentido que o DIPRI é chamado a cena para, como proposto por Alex Mills⁸⁰³, firmar-se como o ramo do Direito encarregado de solucionar problemas de governança internacionais, definindo qual a autoridade reguladora para os temas que transcendem as fronteiras de um Estado. Na propositura de uma espécie de Constituição para a Internet, o papel do DIPRI na alocação de autoridade pode ser compreendido com uma analogia ao raciocínio empregado nos modelos do constitucionalismo federativo⁸⁰⁴.

Por federalismo, entende-se um conjunto de regras (formais e informais) que mantém um sistema político e que divide o poder em vários níveis de governo⁸⁰⁵. Nos sistemas constitucionais de Estados federados, fala-se em um constitucionalismo subnacional, caracterizado pelas regras criadas pelas unidades subnacionais para estruturar e limitar o seu próprio poder. O poder constituinte dos Estados federados estaria submetido às normas de repartição de competências prevista na Constituição federativa. De maneira análoga, a proposta presente é a de que normas de DIPRI se encarreguem da alocação de autoridade – como uma Constituição supranacional – ao passo que restariam aos sistemas jurídicos nacionais a liberdade para estruturar e limitar seu poder de atuação, dentro das esferas de competência que lhe foram determinadas pelo DIPRI. Assim, cabe ao DIPRI dizer quem deve decidir e com base em qual lei nacional, ao passo que os sistemas jurídicos nacionais têm a autonomia legislativa e na interpretação e aplicação da lei aos casos concretos sob sua competência.

Ao coordenar a atuação das diferentes jurisdições nacionais, o DIPRI torna-se também ferramenta fundamental para promover a eficácia horizontal dos direitos humanos, o que é especialmente importante para garantir a necessária *accountability* às *big techs*, tendo em vista a possibilidade dos tribunais domésticos – ao contrário dos tribunais internacionais – reconhecerem as empresas como destinatárias de obrigações de direitos humanos.

⁸⁰³ MILLS, Alex. Variable Geometry, Peer Governance and the Public International Perspective on Private International Law. In: MUIR WATT, Horatia. ARROYO, Diego. **Private International Law and Global Governance**. Oxford: Oxford University Press, 2014.

⁸⁰⁴ BOMHOFF, Jacco. The Constitution of the Conflicts of Laws. In: MUIR WATT, Horatia. ARROYO, Diego. **Private International Law and Global Governance**. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 268.

⁸⁰⁵ MARSHFIELD, Jonathan L. Models of Subnational Constitutionalism. **Penn State Law Review**. Vol. 115, 4, 2011, p. 1157.

Assim, como afirmou Horatia Muir Watt⁸⁰⁶, o DIPRI pode contribuir para que a expansão de soberanias informais, como as grandes empresas de tecnologia, seja acompanhada de salvaguardas apropriadas e contrapesos adequados para assegurar o bem-estar global, por meio da instrumentalização do controle *ex post* dos comportamentos das grandes corporações. São as normas de DIPRI, afinal, que irão determinar a jurisdição competente, a lei aplicável e a exequibilidade de uma decisão jurídica acerca da conduta das grandes corporações multinacionais – inclusive pelo impacto de sua atividade normativa privada. O DIPRI pode, então, assegurar que os termos de serviço e que os códigos de programação das plataformas digitais sejam sujeitos ao controle de convencionalidade de suas disposições, a ser realizado pelos tribunais domésticos. Ademais, o DIPRI também deve contribuir para a efetividade dos mecanismos de responsabilização nacionais, assegurando possibilidade de tais mecanismos darem uma resposta às comunidades afetadas⁸⁰⁷, garantindo o reconhecimento internacional e a execução das decisões proferidas.

O potencial da disciplina neste sentido, porém, ainda é tímido. Casos como *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos, ou mesmo a decisão brasileira sobre o caso *Chevron*⁸⁰⁸, na qual o STJ denegou o reconhecimento da homologação de sentença equatoriana de reparação de danos ambientais, ilustram, de maneira emblemática, a insuficiência das técnicas contemporâneas do DIPRI diante da leitura segmentada e nacionalista feita pelos Estados quanto ao DIPRI e quanto às grandes corporações.

O caso julgado nos Estados Unidos foi proposto por cidadãos nigerianos contra as empresas *Royal Dutch Petroleum Company* (holandesa), *Shell Transport e Trading Company* (britânica), e sua subsidiária *Shell Petroleum Development Company* (nigeriana), em razão da colaboração destas com o regime ditatorial daquele Estado e por compactarem com violações de direitos humanos ocorridas na Nigéria durante os anos de 1992 e 1995. A ação foi proposta perante os tribunais americanos com base no *Alien Tort Statute* – a Lei de Responsabilidade Civil por Atos ilícitos no Estrangeiro, que vinha sendo utilizada para invocar a possibilidade de

⁸⁰⁶ WATT, Horatia Muir. **Private International Law Beyond the Schism**. *Transnational Legal Theory*. Disponível em: <https://www.semanticscholar.org/paper/Private-International-Law-Beyond-the-Schism-Watt/ee33742e9b17af4ad2c288ff36921f03d5f7e27e>. Acesso em: 29 ago. 2021, p. 13.

⁸⁰⁷ WATT, Horatia Muir. **Private International Law Beyond the Schism**. *Transnational Legal Theory*. Disponível em: <https://www.semanticscholar.org/paper/Private-International-Law-Beyond-the-Schism-Watt/ee33742e9b17af4ad2c288ff36921f03d5f7e27e>. Acesso em: 29 ago. 2021, p. 86.

⁸⁰⁸ A decisão do Superior Tribunal de Justiça, proferida em meio a SEC n° 8542, negou a homologação da sentença. Sobre o tema, sugere-se a leitura de: ROLAND, Manoela Carneiro et. al. **Uma análise da ação SEC n° 8542 e a importância de um Tratado Internacional sobre Empresas e Direitos Humanos**. Disponível em: <http://homacdhe.com/wp-content/uploads/2018/02/Chevron-Diagramado-BR.pdf>. Acesso em: 18 dez. 2021.

buscar uma reparação por violações do DIP perante as cortes estadunidenses⁸⁰⁹. A Suprema Corte Estadunidense entendeu, porém, que referida lei não poderia ter alcance extraterritorial e que a mera presença daquelas corporações nos Estados Unidos não seria base suficiente para alocação de competência das cortes locais. A decisão, contudo, foi vista como um entrave à responsabilização de empresas multinacionais por violações de Direitos Humanos, já que muitas vezes o sistema jurídico do local das violações não apresenta remédios jurídicos suficientes⁸¹⁰.

No Brasil, o STJ negou o reconhecimento e a eficácia de uma sentença equatoriana que condenava a petrolífera americana *Chevron Corporation* a 18 bilhões de dólares em indenizações por danos ambientais no Equador. A decisão do STJ escapou da análise “meramente cartorial” que, segundo Ligia Spitz⁸¹¹, é tradicionalmente adotada pelo órgão em ações de homologação de sentenças estrangeiras, concluindo pela ausência de interesse de agir no pedido de homologação, uma vez que as Partes não estariam localizadas no Brasil. Ao fazê-lo, porém, o STJ desconsiderou a possibilidade de responsabilizar a Chevron Brasil Petróleo, empresa do mesmo grupo econômico, sob a alegação de que seria uma pessoa jurídica distinta da *Chevron Corporation*, a parte condenada pela sentença equatoriana⁸¹².

A decisão, contudo, desconsidera que as empresas multinacionais tradicionalmente operam por meio de pessoas jurídicas distintas em cada país em que atuam e que o instituto da personalidade jurídica, se mantido intocável, pode ser utilizado como uma garantia de

⁸⁰⁹ POSNER, Eric A. **The Perils of Global Legalism**. Chicago: The University Chicago Press, 2009, 2705. Edição do Kindle.

⁸¹⁰ MORAES, Patricia Almeida de; PAMPLONA, Danielle Anne. Os significados dos casos Kiobel e Vedanta para a proteção de direitos humanos. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 16, n. 3, p. 9-22, 2019. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/6603/pdf>. Acesso em: 12 dez. 2021.

⁸¹¹ SPITZ, Lidia. **Homologação de decisões estrangeiras no Brasil: a Convenção de Sentenças da Conferência da Haia de 2019 e o Controle Indireto da Jurisdição Estrangeira**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2021, p. 201.

⁸¹² SENTENÇA ESTRANGEIRA CONTESTADA. CONDENAÇÃO EM MONTANTE SUPERIOR A DEZOITO BILHÕES DE DÓLARES, SOB A ALEGAÇÃO DE DANOS AMBIENTAIS. AUSÊNCIA DE JURISDIÇÃO BRASILEIRA E DE INTERESSE DE AGIR. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. 1. Não há dúvida quanto à existência de coisa julgada e, até mesmo, a interposição dos recursos ordinários e extraordinários possíveis, não constituindo óbice, para a configuração do trânsito em julgado, o ajuizamento da ação extraordinária de proteção no âmbito do direito equatoriano. 2. Tampouco se verificou qualquer irregularidade na representação para o ajuizamento da presente ação de homologação da sentença estrangeira. 3. Em conformidade com o princípio da efetividade, todo pedido de homologação de sentença alienígena, por apresentar elementos transfronteiriços, demanda a imprescindível existência de algum ponto de conexão entre o exercício da jurisdição pelo Estado brasileiro e o caso concreto a ele submetido. 4. Na hipótese em julgamento, é certa a ausência de jurisdição brasileira - questão que é pressuposto necessário de todo e qualquer processo -, haja vista que: a) a Chevron Corporation, empresa norte-americana contra a qual foi proferida a sentença estrangeira, não se encontra situada em território nacional; b) a Chevron do Brasil, pessoa jurídica distinta da requerida e com patrimônio próprio, não integrou o polo passivo da lide originária; e c) não há nenhuma conexão entre o processo equatoriano e o Estado brasileiro. 5. Sentença estrangeira não homologada. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. SEC: 8542 EX 2013/0081095-1, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 29/11/2017, CE - CORTE ESPECIAL, Data de Publicação: DJe 15/03/2018).

impunidade em graves violações de direitos humanos⁸¹³. Como já se explorou anteriormente⁸¹⁴, a jurisprudência brasileira já se utilizou do expediente da desconsideração da personalidade jurídica de empresas transnacionais em outros casos transfronteiriços, responsabilizando as subsidiárias locais pela atuação de outras empresas do mesmo grupo. Ocorre, porém, que nos casos em que isto aconteceu, interesses nacionais justificavam a adoção da medida de responsabilização.

O caso da *Chevron* era uma disputa complexa e a empresa alegou fraude do Judiciário equatoriano, a qual foi reconhecida em tribunais nos EUA e pela Corte Permanente de Arbitragem (CPA) internacional, instaurada com base em um tratado bilateral de investimento entre os EUA e o Equador⁸¹⁵. A não homologação da decisão equatoriana pelo STJ, contudo, foi embasada no princípio do interesse de agir, instituto que, no Direito Processual brasileiro, é considerado uma condição da ação e que pode ser definido, sinteticamente, como “a necessidade ou utilidade da prestação jurisdicional perseguida do ponto de vista do autor”⁸¹⁶.

Ora, do ponto de vista do autor, o interesse era claro: pretendia-se responsabilizar a subsidiária local da *Chevron* no processo de execução. O interesse de agir que inexistia, no caso, não era o do autor, mas o do Estado brasileiro, a quem não interessava nem a saída jurídica da reserva de ordem pública (que já havia sido invocada em casos de corrupção no precedente

⁸¹³ ROLAND, Manoela Carneiro et. al. **Uma análise da ação SEC nº 8542 e a importância de um Tratado Internacional sobre Empresas e Direitos Humanos**. Disponível em: <http://homacdhe.com/wp-content/uploads/2018/02/Chevron-Diagramado-BR.pdf>. Acesso em: 18 dez. 2021.

⁸¹⁴ Ver item 4.2.3.

⁸¹⁵ CPA. PCA CASE NO 2009-23. **Chevron Corporation et al. v. The Republic of Ecuador**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/sentenca-arbitragem-haia.pdf>. Acesso em 04 fev. 2023.

⁸¹⁶ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. O interesse de agir como pressuposto processual. **Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, v. v. 20, n. 1, p. 164 - 195, Janeiro/Abril 2018, p. 179.

*Abengoa v. Ometto*⁸¹⁷), pelos potenciais custos políticos de uma decisão que apontasse indícios de corrupção judicial no país vizinho, nem a sua homologação, que poderia sujeitar uma empresa com sede no país - a *Chevron Brasil Petróleo Ltda* - a uma execução graúda, com potencial para gerar uma evasão bilionária de capital estrangeiro do país.

Assim, o auto interesse pode ser a principal explicação para a decisão, muito mais do que a existência de um princípio jurídico intrínseco ao precedente. Isso permite concluir que um entrave para que o DIPRI possa garantir que o poder normativo das entidades privadas seja exercido dentro de balizas de interesse público global decorre do fato de ter sido relegado aos contextos domésticos e disciplinado de maneira distinta em cada sistema jurídico nacional, com uma pretensão de neutralidade e indiferença quanto ao resultado global dos conflitos de normas que seus instrumentos buscam solucionar, mas que do ponto de vista pragmático acaba permitindo uma manipulação dos critérios ao interesse egoísta e não cooperativo de cada Estado individualmente.

Dessa forma, nota-se que, além dos padrões mínimos regulatórios, a uniformização das normas que determinam o alcance da jurisdição prescritiva e adjudicativa dos Estados - as normas que solucionam o conflito de leis e jurisdições existentes na Internet - também pode ser benéfica e necessária, de modo a garantir a conexão do DIPRI com os valores de DIDH, o que perpassa também pela garantia do acesso à justiça, do direito a um julgamento justo, do devido processo legal e da segurança jurídica às partes em disputas transnacionais.

Torna-se, assim, necessário resgatar a conexão entre o DIP e o DIPRI.

⁸¹⁷HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇAS ARBITRAIS ESTRANGEIRAS. APRECIÇÃO DO MÉRITO. IMPOSSIBILIDADE, SALVO SE CONFIGURADA OFENSA À ORDEM PÚBLICA. ALEGAÇÃO DE PARCIALIDADE DO ÁRBITRO. PRESSUPOSTO DE VALIDADE DA DECISÃO. AÇÃO ANULATÓRIA PROPOSTA NO ESTADO AMERICANO ONDE INSTAURADO O TRIBUNAL ARBITRAL. VINCULAÇÃO DO STJ À DECISÃO DA JUSTIÇA AMERICANA. NÃO OCORRÊNCIA. EXISTÊNCIA DE RELAÇÃO CREDOR/DEVEDOR ENTRE ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA DO ÁRBITRO PRESIDENTE E O GRUPO ECONÔMICO INTEGRADO POR UMA DAS PARTES. HIPÓTESE OBJETIVA PASSÍVEL DE COMPROMETER A ISENÇÃO DO ÁRBITRO. RELAÇÃO DE NEGÓCIOS, SEJA ANTERIOR, FUTURA OU EM CURSO, DIRETA OU INDIRETA, ENTRE ÁRBITRO E UMA DAS PARTES. DEVER DE REVELAÇÃO. INOBSERVÂNCIA. QUEBRA DA CONFIANÇA FIDUCIAL. SUSPEIÇÃO. VALOR DA INDENIZAÇÃO. PREVISÃO DA APLICAÇÃO DO DIREITO BRASILEIRO. JULGAMENTO FORA DOS LIMITES DA CONVENÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. [...] A prerrogativa da imparcialidade do julgador é uma das garantias que resultam do postulado do devido processo legal, matéria que não preclui e é aplicável à arbitragem, mercê de sua natureza jurisdicional. A inobservância dessa prerrogativa ofende, diretamente, a ordem pública nacional, razão pela qual a decisão proferida pela Justiça alienígena, à luz de sua própria legislação, não obsta o exame da matéria pelo STJ. 3. Ofende a ordem pública nacional a sentença arbitral emanada de árbitro que tenha, com as partes ou com o litígio, algumas das relações que caracterizam os casos de impedimento ou suspeição de juízes (arts. 14 e 32, II, da Lei n. 9.307/1996). [...] (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. SEC: 9412 EX 2013/0278872-5, Relator: Ministro FELIX FISCHER, Data de Julgamento: 19/04/2017, CE - CORTE ESPECIAL, Data de Publicação: DJe 30/05/2017).

6.2 A CONFLUÊNCIA DO DIP E DO DIPRI

Conforme visto no terceiro capítulo desta tese⁸¹⁸, a separação ocorrida entre o DIP e o DIPRI foi um produto indesejado das teorias oitocentistas de DIPRI, que conduziram a uma visão nacionalizada e fechada desta disciplina. Em apertada síntese, pode-se dizer que esse resultado decorreu: (i) da ênfase na soberania Estatal e na discricionariedade do reconhecimento do Direito estrangeiro expressada pela doutrina do “*comity*”; (ii) da diversidade crescente entre os diferentes sistemas legais, cristalizada pelo movimento das codificações e pelo nacionalismo e (iii) das aspirações de privatização da regulação oriundas do crescimento do comércio global nascente⁸¹⁹. Tais fatores obscureceram o fato de que o DIPRI foi inicialmente concebido como parte do DIP e o relegaram a uma posição subalterna no Direito Privado dos diferentes sistemas domésticos por quase dois séculos.

As premissas nas quais se fundou o cisma do Direito Internacional, segregando o DIPRI do DIP, mostram-se ultrapassadas nos dias de hoje. A interdependência⁸²⁰ da sociedade internacional, sobretudo na ordem globalizada contemporânea⁸²¹ é demonstrada sob diversos aspectos - e, também, na ubiquidade da Internet. Apesar do renascer de sentimentos nacionalistas nos últimos anos, a integração global conclama por visões cosmopolitas⁸²² ao mundo interconectado. Do ponto de vista econômico, por sua vez, o liberalismo clássico e a crença no mercado autorregulado e autossuficiente cederam lugar a visões que reconhecem a

⁸¹⁸ Ver item 3.1.3.

⁸¹⁹ MILLS, Alex. **The Confluence of Public and Private International Law: Justice, Pluralism and Subsidiarity in The International Constitutional Ordering of Private Law.** United Kingdom: Cambridge University Press, 2009, p. 71.

⁸²⁰ Interdependência significa mútua dependência e, nas Relações Internacionais, é uma expressão utilizada para se referir a situação caracterizada pelos efeitos recíprocos das ações de diferentes países entre atores dos diferentes países e que se tornou crescente sobretudo após a II Guerra Mundial. (Sobre o tema, consultar: KEOHANE, Robert O.; NYE, Joseph S. **Power and Interdependence.** United States: Pearson, 2012, p. 7.

⁸²¹ Alex Mills afirma que a interdependência não é apenas um produto da globalização moderna, mas um aspecto essencial da própria identidade dos Estados, que requerem o reconhecimento mútuo para poderem exercer suas prerrogativas soberanas. (MILLS, Alex. **The Confluence of Public and Private International Law: Justice, Pluralism and Subsidiarity in The International Constitutional Ordering of Private Law.** United Kingdom: Cambridge University Press, 2009, p. 77).

⁸²² Relembre-se aqui a perspectiva Kantiana em *A Paz Perpétua*, que introduz a noção de um Direito Cosmopolita, o Direito dos cidadãos do mundo, como instrumento necessário para garantia da convivência pacífica das nações. (KANT, Immanuel. **A Paz Perpétua.** Tradução de Alberto Machado Cruz. Edição Kindle, 2019).

importância do Direito e da regulação mesmo nas economias de mercado, o que sugere um abandono das perspectivas estritamente privadas do DIPRI⁸²³.

O contexto sugere, portanto, a necessidade de reaproximar o DIP e o DIPRI. É nesse sentido que a tese defende a adoção da construção teórica de Alex Mills⁸²⁴, que se utiliza da supracitada analogia com o constitucionalismo de sistemas federativos para compreender o DIPRI como instrumento de ordenação do poder do Estado, dotado de um papel público de regulação da autoridade regulatória, ou seja, da definição sobre a “aplicação de uma determinada ordem legal a um evento ou conjunto de fatos”⁸²⁵, sendo, portanto, indissociável e complementar ao DIP.

Para Alex Mills⁸²⁶, o DIPRI deve se encarregar de três estratégias distintas para endereçar os problemas que advêm da existência de divergências entre os diferentes sistemas jurídicos nacionais: (i) buscar assegurar que uma disputa seja resolvida apenas por uma corte nacional, evitando a sobreposição de jurisdições domésticas; (ii) adotar critérios unificados para a definição do Direito aplicável às relações, assegurando que a mesma lei nacional seja selecionada independentemente do local em que a disputa é resolvida; e (iii) garantir que, uma vez que uma corte tenha dado uma solução para o caso, o julgamento seja reconhecido em outras jurisdições, que não devem julgar novamente a mesma questão. Esses aspectos deveriam ser concebidos de forma conjunta, operando dentro de um único sistema internacional de Direito no qual o DIPRI exerceria sua função constitucional.

Essa visão sistêmica demanda que sejam reconhecidas as mútuas influências e a complementariedade existentes entre o DIP e o DIPRI. Um exemplo dessa relação de complementariedade está no duplo movimento da autoridade do Estado-nação diante da

⁸²³ Dentro deste contexto, Horatia Muir Watt chama a atenção para o fato de que, nas disputas internacionais entre atores privados, se sobressaem não apenas as questões ligadas ao Direito Privado das partes, mas também potenciais conflitos quanto a regulação (pública) econômica subjacente. A natureza privada do DIPRI fica cada vez mais obscurecida na medida em que ele é chamado à baila para solucionar questões que envolvem a competição entre mercados, a promoção de objetivos econômicos determinados, e colisões entre direitos fundamentais. (MUIR WATT, Horatia. *Aspects économiques du droit international privé: réflexions sur l’impact de la globalisation économique sur les fondements des conflits de lois et de juridictions*. **Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye**. V. 307, 2004, p. 46.)

⁸²⁴ MILLS, Alex. **The identities of Private International Law: lessons from the U.S. and EU revolutions**. *Duke Journal of Comparative and International Law*. Vol 23:445, 2009. Disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1393&context=djcil> Acesso em: 03 ago. 2022, p. 448.

⁸²⁵ MILLS, Alex. **The Confluence of Public and Private International Law: Justice, Pluralism and Subsidiarity in The International Constitutional Ordering of Private Law**. United Kingdom: Cambridge University Press, 2009, p. 29.

⁸²⁶ MILLS, Alex. **The Confluence of Public and Private International Law: Justice, Pluralism and Subsidiarity in The International Constitutional Ordering of Private Law**. United Kingdom: Cambridge University Press, 2009, p. 20.

globalização, identificado por Hans Van Loon⁸²⁷. Para o autor, a existência de uma série de situações que o Estado não mais consegue solucionar sozinho faz com que ele aceite derrogar de parcelas de suas funções tradicionais e prerrogativas aos sistemas internacionais e a agentes privados – como foi o caso da gestão da infraestrutura técnica da Internet, por meio de instituições como a ICANN, como se viu no segundo capítulo⁸²⁸. Por outro lado, o autor aponta que o modelo do Estado-nação está longe de ter se tornado obsoleto e há diversas instâncias nas quais os agentes públicos – sobretudo os tribunais – dos diferentes Estados atuam como agentes de uma espécie de “ordem internacional descentralizada”⁸²⁹.

Conforme se explorou nas linhas anteriores, a subsidiariedade dos tribunais internacionais conclama por uma aplicação das disposições de DIP por meio de tribunais domésticos. A esse respeito, destaque-se que, enquanto o DIP teve o seu caráter jurídico questionado por Herbert L. A. Hart por ser composto apenas por regras primárias e não dispor de regras secundárias⁸³⁰, Alex Mills⁸³¹ sustenta que o DIPRI é composto majoritariamente por regras secundárias, encarregadas da alocação de autoridade regulatória e de distribuição do poder público. Assim, tendo como base o *design* constitucional proposto na seção anterior, enquanto o DIP pode servir para elencar princípios, padrões e direitos mínimos, o DIPRI responde qual o sistema jurídico nacional que se encarregará de sua aplicação.

Se ambos são partes de um mesmo sistema, ainda que o DIPRI seja criado e aplicado por instrumentos domésticos, é preciso assegurar-se da coerência sistêmica de suas disposições. Neste sentido, Alex Mills⁸³² não contesta o fato de que o DIPRI é atualmente desenvolvido e aplicado por instâncias legislativas e judiciais nacionais, mas rejeita a dicotomia entre o Direito interno e o Direito Internacional, propondo que os diferentes Direitos domésticos e suas disposições internas de DIPRI sejam compreendidos como uma “rede descentralizada de

⁸²⁷ VAN LOON, Hans. The Global Horizon of Private International Law. **Collected Courses of the Hague Academy of International Law**. Volume 380. Disponível em: https://referenceworks.brillonline.com/entries/the-hague-academy-collected-courses/*A9789004321311_01#notesup72. Acesso em: 13 jan. 2023.

⁸²⁸ Ver item 3.2.1 supra.

⁸²⁹ VAN LOON, Hans. The Global Horizon of Private International Law. **Collected Courses of the Hague Academy of International Law**. Volume 380. Disponível em: https://referenceworks.brillonline.com/entries/the-hague-academy-collected-courses/*A9789004321311_01#notesup72. Acesso em: 13 jan. 2023.

⁸³⁰ Ver item 4.3.4.

⁸³¹ MILLS, Alex. **The Confluence of Public and Private International Law: Justice, Pluralism and Subsidiarity in The International Constitutional Ordering of Private Law**. United Kingdom: Cambridge University Press, 2009, p. 20.

⁸³² MILLS, Alex. **The Confluence of Public and Private International Law: Justice, Pluralism and Subsidiarity in The International Constitutional Ordering of Private Law**. United Kingdom: Cambridge University Press, 2009, p. 23.

ordenação internacional”⁸³³. A uniformização do DIPRI pelo DIP pode ajudar a esse propósito, embora não seja o único caminho possível.

Como bem afirmou Toshiyuki Kono⁸³⁴, se só houvesse um DIPRI no mundo, que fosse utilizado por todos os países, muitos dos problemas ocasionados pela pluralidade normativa diante das situações transnacionais seriam reduzidos. O custo total para obtenção de informações para identificação da lei aplicável se reduziria tanto para os Estados e as instâncias aplicadoras do Direito quanto para as partes envolvidas na transação. A previsibilidade também seria alcançada, na medida em que seria possível, num estágio pré-disputa, aferir com clareza a regra vigente para cada situação mediante a observância da regra de conexão comum.

Por ser pautado basicamente em normas indiretas⁸³⁵, que indicam a lei aplicável e a jurisdição competente, ao invés de solucionar materialmente a questão, pode-se presumir que haja menores implicações valorativas nas normas de DIPRI, podendo ser mais fácil atingir consenso entre os Estados para a formação de um DIPRI uniforme do que para uniformizar substancialmente suas diferentes regras domésticas. Assim, na busca por solucionar a falta de coerência normativa que recai sobre o ciberespaço, é possível pressupor que alguns dos obstáculos identificados no capítulo anterior⁸³⁶ que impedem a concretização de um Direito uniforme global para a Internet possam ser mais facilmente superados se os esforços de uniformização enfocarem as disposições de DIPRI ao invés das regras substanciais de regulação da tecnologia.

De fato, a uniformização do DIPRI é um objetivo perseguido há mais de um século. A Conferência da Haia de Direito Internacional Privado é uma organização internacional de caráter permanente, fundada em 1893, com sede em Haia e cujo objetivo é trabalhar para a unificação progressiva das regras de DIPRI⁸³⁷. A organização já foi responsável por aprovar mais de quarenta instrumentos normativos internacionais que lidam com diferentes aspectos do DIPRI⁸³⁸. Um dos mais promissores projetos da organização foi aprovado recentemente: a

⁸³³ Na expressão original do autor “*distributed network of international ordering*”. (MILLS, Alex. **The Confluence of Public and Private International Law: Justice, Pluralism and Subsidiarity in The International Constitutional Ordering of Private Law**. United Kingdom: Cambridge University Press, 2009, p. 23).

⁸³⁴ KONO, Toshiyuki. Efficiency in Private International Law. In: **Collected Courses of the Hague Academy of International Law** (Volume 369). Disponível em: https://referenceworks.brillonline.com/entries/the-hague-academy-collected-courses/*A9789004267978_04. Acesso em: 15 jan. 2022, p. 445.

⁸³⁵ Dolinger chama de normas indiretas aquelas que não solucionam a questão jurídica propriamente dita, mas apenas escolhem, dentre os sistemas jurídicos de alguma forma ligados à hipótese, qual deve ser aplicado. (DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado – Parte Geral**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 206).

⁸³⁶ Item 4.3.

⁸³⁷ DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado – Parte Geral**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 236.

⁸³⁸ HCCH. **Conventions and other Instruments**. Disponível em: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions>. Acesso em: 13 jan. 2023.

Convenção de 2 de julho de 2019 para o reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras em matéria civil e comercial⁸³⁹, conhecida como Convenção de Sentenças. Referida Convenção deverá entrar em vigor em setembro de 2023, e representa um enorme passo na unificação do DIPRI. Contudo, no momento presente, a Convenção conta com apenas 28 Estados-Contratantes, em sua maioria países europeus.

Esse tem sido, em verdade, um dos grandes desafios dos objetivos de uniformização do DIPRI por meio de tratados internacionais. De acordo com Toshiyuki Kono⁸⁴⁰, as iniciativas de sua uniformização, tanto no âmbito da Conferência da Haia quanto fora dela, só se disseminaram efetivamente entre os países da Europa, nos quais a existência de relacionamentos de longo prazo, além das instituições de suporte que permitem sancionar comportamentos oportunistas, garantem que a vantagem dos comportamentos cooperativos seja suficiente para impulsionar o comportamento dos agentes em prol de uma postura que gera ganhos coletivos. Contudo, a baixa adesão de Estados não europeus pode ser um indicativo de que os incentivos existentes em torno da cooperação ainda não são suficientes para alcançar um engajamento global às suas disposições.

Ademais, a Conferência da Haia tem funções apenas legislativas e carece de instituições de suporte para supervisionar a aplicação das normas uniformes pelos Estados, inexistindo um sistema pré-estabelecido de sanções para quem descumprir suas previsões. Um caminho óbvio para superar tal dificuldade seria equipar a Conferência da Haia com tais instituições de supervisão, mas não há perspectivas de que ela venha a receber tais poderes no curto ou médio prazo⁸⁴¹.

Outra possibilidade seria delegar o papel de monitoramento do DIPRI uniformizado à Corte Internacional de Justiça (CIJ). Embora a CIJ tenha competência para solucionar qualquer controvérsia de Direito Internacional⁸⁴² e, recentemente, ela já tenha sido chamada para resolver

⁸³⁹ HCCH. **Convention of 2 July 2019 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters**. Disponível em: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=137>. Acesso em: 13 jan. 2023.

⁸⁴⁰ KONO, Toshiyuki. Efficiency in Private International Law. In: **Collected Courses of the Hague Academy of International Law** (Volume 369). Disponível em: https://referenceworks.brillonline.com/entries/the-hague-academy-collected-courses/*A9789004267978_04. Acesso em: 15 jan. 2022, p. 461-463.

⁸⁴¹ MILLS, Alex. Variable Geometry, Peer Governance and the Public International Perspective on Private International Law. In: MUIR WATT, Horatia. ARROYO, Diego. **Private International Law and Global Governance**. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 258.

⁸⁴² Conforme previsto no Artigo 36 do Estatuto da CIJ: “A competência da Corte abrange todas as questões que as partes lhe submetam, bem como todos os assuntos especialmente previstos na Carta das Nações Unidas ou em tratados e convenções em vigor.” BRASIL. **DECRETO Nº 19.841, DE 22 DE OUTUBRO DE 1945**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D19841.htm. Acesso em: 16 fev. 2021.

uma questão de aplicação das normas de DIPRI⁸⁴³, ela tampouco dispõe da autoridade de um tribunal constitucional global – já que o reconhecimento de sua jurisdição depende do consentimento dos Estados, como já se mencionou⁸⁴⁴. Contudo, apesar da inexistência de instrumentos coercitivos e da pequena disseminação dos tratados internacionais que tratam dos temas de DIPRI, não se pode dizer que a re-internacionalização do DIPRI seja um objetivo impossível.

A busca por uma uniformização do DIPRI por meio da Conferência da Haia, e a preocupação em construir mecanismos para dotar suas disposições de efetividade refletem, em verdade, uma preocupação em hierarquizar a governança do sistema normativo internacional e levar o DIPRI para o sistema internacional. Essa perspectiva, contudo, pauta-se em uma abordagem que não é compactuada por essa tese, pois concebe o Direito Internacional e o Direito doméstico como sistemas distintos. É a visão dualista subjacente que implica o entendimento de que o caminho para internacionalizar o DIPRI precisaria passar pela criação, assinatura, ratificação e incorporação de um tratado internacional pelos diferentes Estados e por sua aplicação por um órgão internacional judicial.

Ocorre, porém, que uma visão sistêmica ao DIPRI pode ser alcançada por outros meios, sobretudo porque (i) o Direito interno e o Direito Internacional fazem parte de um mesmo e único sistema jurídico; e (ii) a adoção da perspectiva sistêmica do DIPRI, em especial para a regulação das situações transfronteiriças que ocorrem em meios digitais, traz vantagens para todos os Estados soberanos.

A proposta ora defendida alinha-se com a visão monista internacionalista acerca da relação entre Direito interno e Direito Internacional, exarada – dentre outros autores – por Hans Kelsen que, sobre o tema, afirmou que a ideia de coordenação entre os diferentes Estados pressupõe uma sujeição a um sistema superior ao qual estejam todos ligados⁸⁴⁵. Assim, é no DIP que devem ser encontradas as balizas gerais pelas quais o DIPRI deve exercer sua função de coordenação dos diferentes sistemas jurídicos domésticos – o que pode ser alcançado por meio de instrumentos descentralizados adotados pelos sistemas domésticos, desde que tais

⁸⁴³ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. **Belgium v. Switzerland**. Jurisdiction and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters. Disponível em <https://www.icj-cij.org/en/case/145>. Acesso em: 16 fev. 2021.

⁸⁴⁴ Ver item 4.3.4.

⁸⁴⁵ KELSEN, Hans. Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public. In: **Collected Courses of the Hague Academy of International Law** (Volume 14). Disponível em: https://referenceworks.brillonline.com/entries/the-hague-academy-collected-courses/*A9789028605121_03. Acesso em 15 jan. 2022, p. 262.

instrumentos sejam preocupados com a coerência e interoperabilidade sistêmica. A este respeito, tem-se que o funcionamento técnico da Internet⁸⁴⁶ pode servir de inspiração.

Alex Mills⁸⁴⁷ pontua que as redes de computadores tradicionais funcionavam de maneira análoga aos governos – a partir de um servidor central com função hierárquica para coordenar a rede. Nos últimos anos, porém, o mundo dos computadores foi revolucionado pelas redes *peer to peer* – como a própria Internet, que não dispõe de um servidor único. O funcionamento descentralizado da arquitetura técnica da Internet mostra como uma cooperação espontânea pode criar mecanismos extremamente eficazes de governança ainda que ausente uma autoridade central. A despeito de ser constituída de maneira horizontal, a rede funciona de forma coordenada, no que o autor chamou de *peer governance*. Tal arranjo demonstra como estruturas horizontais podem funcionar de modo coordenado, sem suporte institucional, promovendo, ainda assim, uma organização necessária para o estabelecimento de regras comuns.

Mais recentemente, a tecnologia *blockchain* também chamou a atenção para a forma como mecanismos descentralizados de governança podem funcionar de forma coordenada, o que fez com que Davidson Sinclair, Primavera De Filippii e Jason Potts⁸⁴⁸ sustentassem que a tecnologia introduz uma nova forma de governança ao funcionar garantindo segurança para os consensos com seus livros-razão criptografados e distribuídos ao redor do globo. Para os autores, a *blockchain* não é uma tecnologia voltada a redução dos custos de produção, como é o caso de grande parte das inovações tecnológicas, mas sim de redução de custos de transação, o que permite considerá-la como uma alternativa institucional aos modelos de governança hierárquicos e aos contratos relacionais.

Assim, com inspiração no funcionamento da própria rede mundial de computadores, a proposta de fazer o DIPRI ocupar um papel estrutural na governança da Internet pode estar muito mais próxima e independe da adesão a um instrumento formal de DIP. Uma vez identificados critérios a serem elencados pelo DIPRI na definição da lei aplicável, da jurisdição competente e na exequibilidade das sentenças estrangeiras relacionadas a eventos ocorridos na Internet que contribuem ao bem-estar global, a sua disseminação pode ocorrer – ainda que de forma por vezes falha e imperfeita, já que os Estados não atuam em um sistema informatizado

⁸⁴⁶ Ver Capítulo 3, item 3.2.

⁸⁴⁷ MILLS, Alex. Variable Geometry, Peer Governance and the Public International Perspective on Private International Law. In: MUIR WATT, Horatia. ARROYO, Diego. **Private International Law and Global Governance**. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 259.

⁸⁴⁸ SINCLAIR, Davidson; DE FILIPPII, Primavera; POTTS, Jason. **Disrupting governance: The new institutional economics of distributed ledger technology**. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2811995. Acesso em: 07 out. 2019, p. 16.

protegido por criptografia, como é o caso da *blockchain* – por uma convergência espontânea em torno do padrão baseada nas vantagens mútuas da cooperação.

Vale ressaltar que, apesar da baixa ratificação aos tratados da Conferência da Haia e da existência de diferenças importantes entre os diferentes sistemas de DIPRI domésticos, a influência recíproca entre os diferentes sistemas de DIPRI já é uma realidade. Ademais, há um aspecto por vezes ignorado quando se aponta a baixa adesão aos instrumentos normativos da Conferência da Haia: o fato de as normas elaboradas pela organização servirem de inspiração para a criação de normas de DIPRI por outros organismos internacionais e, também, pelos sistemas jurídicos domésticos.

A esse respeito Hans Van Loon⁸⁴⁹ aponta que a Organização dos Estados Americanos (OEA) já realizou diversas conferências em DIPRI – as Conferências especializadas interamericanas sobre Direito Internacional Privado (CIDIP) - e produziu convenções e instrumentos de DIPRI inspirados nas normas produzidas em Haia. O autor também cita os instrumentos de DIPRI do Mercado Comum do Sul (MERCOSUL) e as leis nacionais chinesa e da República Dominicana de DIPRI como alguns exemplos de instrumentos que recorreram aos trabalhos da Conferência da Haia como fontes de inspiração.

Isso mostra que a uniformização do DIPRI pode, sim, assumir a forma de um Tratado Internacional, aprovado pelos Estados e que contenha obrigações que sejam a eles vinculantes – mas esse não é o único formato possível. Instrumentos de *soft law*, leis-modelo propostas por organismos internacionais e até mesmo modelos acadêmicos podem tornar-se fontes de inspiração comum e serem replicados pelo reconhecimento de seus efeitos positivos e pelas vantagens mútuas da cooperação. A atenção mútua às diferentes leis e decisões judiciais em casos semelhantes adotadas por diferentes países também pode apontar caminhos na construção de sistemas cooperativos. Se os Estados, concebidos como atores auto interessados, perceberem que um modelo cooperativo é benéfico, terão incentivos para segui-lo independentemente do instrumento formal pelo qual sejam propostos.

A esse respeito, Ejan Mackaay e Stéphane Rousseau⁸⁵⁰ explicam que muitas situações de coordenação podem resultar numa convergência espontânea a partir do momento em que se defina uma solução dominante. Uma vez que um determinado critério para solucionar os conflitos for definido como adequado e aceito por diferentes Estados, tal critério pode se tornar

⁸⁴⁹ VAN LOON, Hans. The Global Horizon of Private International Law. **Collected Courses of the Hague Academy of International Law**. Volume 380. Disponível em: https://referenceworks.brillonline.com/entries/the-hague-academy-collected-courses/*A9789004321311_01#notesup72. Acesso em: 13 jan. 2023.

⁸⁵⁰ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. Tradução Rachel Sztajn. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 51.

estável e se disseminar – ainda que sem grandes esforços institucionais formais – simplesmente porque é mais vantajoso seguir a norma padrão do que resistir a ela. A premissa das externalidades de rede também permite sustentar que quanto mais Estados aderirem às mesmas regras de DIPRI, maior a probabilidade do padrão normativo se disseminar, podendo até mesmo levar a uma convergência espontânea.

A percepção de que Estados que cooperam obtêm resultados melhores também pode tornar-se um incentivo à cooperação. Robert Axelrod⁸⁵¹ abordou o tema ao focar um duelo de teoria dos jogos baseado no Dilema do Prisioneiro e identificar os efeitos da invasão de uma postura cooperativa em um grupo não cooperativo. O autor afirma que não há benefícios na adoção de posturas cooperativas quando se tem certeza de que o oponente não irá cooperar. Por isto, a cooperação não surge quando um grupo de oponentes é composto apenas por participantes que não cooperam. Contudo, quando um grupo formado apenas por agentes que não cooperam é invadido por um grupo de agentes que cooperam entre si, os agentes que cooperam no longo prazo se saem melhor, e a estratégia cooperativa passa a ser percebida como mais vantajosa. Isso permite concluir que a uniformização regional de DIPRI, como a que acontece em âmbito europeu, pode acelerar a uniformização do DIPRI como um todo.

A adesão a um padrão global que defina critérios para identificar a lei aplicável e a jurisdição competente para as situações digitais, permite que a regulação da Internet – tecnologia internacional por natureza – ganhe em efetividade e segurança jurídica, mas sem sacrificar a pluralidade de culturas e valores existentes ao redor do globo com a imposição de uma única resposta correta às questões que emergem da rede, independentemente de seu contexto. A implementação do sistema depende, contudo, da identificação de normas de sobredireito que possam refletir tais preocupações de coerência sistêmica internacional e serem replicadas enquanto um padrão normativo global. Depende, também, do reconhecimento da importância de pensar o DIPRI como parte deste sistema, rechaçando perspectivas teóricas claramente incompatíveis com este objetivo.

⁸⁵¹ AXELROD, Robert. **A evolução da cooperação**. São Paulo: Leopardo Editora, 2010, p. 63.

6.3 COOPERAR OU NÃO COOPERAR, EIS A QUESTÃO: O MÉTODO DO DIPRI

Ao longo do desenvolvimento teórico do DIPRI consagraram-se dois métodos de abordagem na disciplina: o unilateralismo e o multilateralismo⁸⁵². Como sintetizou William S. Dodge⁸⁵³, as teorias que adotam o método unilateral buscam identificar o alcance da aplicação do Direito do foro (sem se preocupar com o fato de outra lei também poder ser aplicável aos mesmos fatos). Por outro lado, o método multilateral (também denominado de conflitual) parte de uma relação jurídica que pode ser simultaneamente regulada por dois ou mais sistemas jurídicos para, então, verificar qual deles deve ser aplicado, identificando um Direito “certo” para a relação jurídica em particular.

De maneira geral, o unilateralismo tem sido considerado um método não cooperativo e paroquial, por preocupar-se primordialmente com o alcance da norma doméstica, enquanto o método multilateral seria visto como cooperativo e cosmopolita, por pautar-se em uma presunção de neutralidade dos elementos de conexão. Neste sentido, afirmou Jacob Dolinger que:

A pergunta do legislador unilateralista – ‘quando se aplica minha lei’ - corresponde a uma ótica de concentração nas leis de diversos Estados e nos seus conflitos, que é seguida por uma preocupação em aplicar a *lex fori*. Quem olha para as leis em conflito e procura extrair uma solução da diversidade estará sempre inclinado a aplicar sua própria lei. Já a pergunta do legislador multilateralista – ‘que lei se aplica’ – está mais voltada para o fato jurídico e o exame de suas particularidades e nuances, observação esta que induz a procurar a lei mais apropriada para a solução, conduzindo a um critério de maior objetividade e maior capacidade de universalizar⁸⁵⁴.

A perspectiva sistêmica do DIPRI sugere, assim, uma preferência pelo método multilateral. Como já se mencionou⁸⁵⁵, o multilateralismo tem sua origem na proposta teórica de Savigny que determinava a existência de um direito certo para cada relação jurídica com base em categorias pré-determinadas. Ao localizar o que denominou de “sede” da relação jurídica, seria possível garantir que o resultado das disputas fosse o mesmo independentemente

⁸⁵² Sobre o tema, também se discorreu no Capítulo 3, item 3.1.

⁸⁵³ DODGE, William S. **Extraterritoriality and Conflict of Laws Theory**: An argument for Judicial Unilateralism. Volume 39, Number 1, Winter 1998. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2712013. Acesso em: 19 mar. 2022, p. 107.

⁸⁵⁴ DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado** – Parte Geral. 10ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011, p. 211.

⁸⁵⁵ Ver capítulo 3, item 3.1.3.

do local em que elas fossem julgadas. A seguinte passagem evidencia as preocupações sistêmicas da teoria defendida pelo autor:

Em virtude do direito rigoroso da soberania, poder-se-ia, sem dúvida, impor aos juízes de um país que apliquem exclusivamente o direito pátrio, sem levar em consideração as disposições contrárias de um direito estrangeiro. [...] **Quanto mais as relações entre os diferentes povos forem numerosas e ativas, tanto mais se deve estar convencido de que é necessário [...] adotar o princípio contrário.** Isso é requerido pela almejada reciprocidade no tratamento das relações jurídicas para estabelecer, diante da Justiça, entre os estrangeiros e os autóctones, **uma igualdade vantajosa** no interesse dos povos e dos indivíduos. Se essa igualdade estivesse completamente realizada, não somente em cada Estado os tribunais seriam acessíveis aos estrangeiros como aos autóctones (o que constitui a igualdade de tratamento para as pessoas), mas no caso de colisão das leis, **a decisão tomada sobre a relação jurídica seria sempre a mesma, qualquer que fosse o país em que a sentença tivesse sido pronunciada.** O princípio a que nos conduzem essas considerações e aquele de uma **comunidade de direito entre os diferentes povos que têm relações entre si.** Com o decorrer do tempo, **esse princípio foi reconhecido sempre mais universalmente sob a influência em parte das ideias cristãs e em parte por causa das reais vantagens que oferecem para todos**⁸⁵⁶ (grifo nosso).

Muitas das perspectivas defendidas nesta tese refletem as proposições de Savigny acima destacadas: (i) o reconhecimento de que a abertura ao Direito estrangeiro se torna mais provável com o aumento da frequência de interações transnacionais; (ii) a noção de igualdade no reconhecimento jurídico do Direito local e do estrangeiro, como corolário da igualdade entre os Estados; (iii) a importância da uniformidade na solução dos problemas de DIPRI; (iv) a ideia de que as vantagens mútuas conduzirão à universalização dos padrões; e (v) o reconhecimento de que o DIPRI integra uma “comunidade de direito entre os diferentes povos”.

Vale recordar, porém, que o multilateralismo falhou em sua proposição de universalidade e neutralidade⁸⁵⁷, já que cada Estado passou a adotar suas próprias regras de DIPRI, sem preocupar-se com a uniformidade internacional. De fato, na definição de regras internas de conexão, não é incomum que os Estados – ainda que disfarçadamente – façam escolhas voltadas à promoção de seus interesses domésticos, em detrimento da comunidade internacional⁸⁵⁸. Por isso, independentemente do método de DIPRI empregado, o que se estabelece é que os comportamentos dos Estados serão não cooperativos quando considerarem o seu interesse acima dos interesses da comunidade internacional como um todo, seja rejeitando a essência do DIPRI pelo recurso insistente à *lex fori*, seja por adotarem posturas não cooperativas a partir do método unilateral ou multilateral.

⁸⁵⁶ SAVIGNY, Friedrich Carl Von. **Sistema do Direito Romano Atual** – Volume VIII – Introdução de Erik Jayme. Coleção clássicos do Direito Internacional. Tradução de Ciro Mioranza. Ijuí: Ed. Unijuí, 2004, p. 49.

⁸⁵⁷ Sobre o tema, ver o item 2.1.3 supra.

⁸⁵⁸ SYMEONIDES, Symeon C. **The American Choice of Law Revolution: Past, present and future.** The Netherlands, 2006, p. 369.

O exemplo mais explícito de tratamento não cooperativo das questões de DIPRI, neste contexto, é a abordagem dos interesses de Brainerd Currie, autor estadunidense que expressamente defendeu o interesse do foro como critério na solução dos problemas de DIPRI. Para Currie⁸⁵⁹, toda norma – seja ela oriunda de uma lei ou de um conjunto de decisões judiciais – carrega consigo uma política determinada (o que o autor chamou de interesses dos Estados). Assim, o primeiro passo em um caso com potencial conflito de leis seria decidir quais Estados têm um interesse em terem suas leis aplicadas. Isso evitaria o que ele chamou de “falso conflito” – situações em que apenas um Estado tem um interesse legítimo, quando então a lei do Estado genuinamente interessado é a que deveria prevalecer. Para o autor, nos casos de conflitos verdadeiros, seria papel do juiz promover os interesses de seu Estado e o Direito do foro deveria ser aplicado⁸⁶⁰. A teoria do autor foi substancialmente incorporada no *Restatement (Second) of Conflicts* e é, ainda hoje, extremamente relevante ao DIPRI estadunidense⁸⁶¹.

A abordagem proposta por Brainerd Currie é, de fato, incompatível com a visão sistêmica do DIPRI. Currie foi criticado por ser *lex forista*⁸⁶² ao privilegiar de maneira explícita o interesse do Estado do foro, em detrimento do bem-estar global. Neste sentido, Kazuaki Kagami critica a abordagem dos interesses de Currie, ao afirmar que “a abordagem dos interesses permite que cortes e Estados adotem uma postura discricionária, míope e egoísta”⁸⁶³. A postura é chamada de egoísta porque os Estados que a adotam estariam respondendo a incentivos para maximizar o seu bem-estar às custas do bem-estar de outros Estados, o que leva a uma redução do bem-estar global. A visão é, também, considerada míope porque a diminuição do bem-estar global pode, por sua vez, reduzir as interações globais, resultando em prejuízos de longo prazo até mesmo para o próprio Estado que adotou a regra da *lex fori* considerando apenas os ganhos imediatos.

⁸⁵⁹ CURRIE, Brainerd. The constitution and the choice of law: governmental interests and the judicial function. *The University of Chicago Law Review*. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/1598212>. Acesso em 07 ago. 2020.

⁸⁶⁰ BRILMAYER, Lea; SEIDELL, Charles. Jurisdictional Realism: Where Modern Theories of Choice of Law Went Wrong and What Can be Done to Fix Them. *The University of Chicago Law Review*. Volume 86. N. 8. December 2019. Disponível em: <https://lawreview.uchicago.edu/publication/jurisdictional-realism-where-modern-theories-choice-law-went-wrong-and-what-can-be-done>. Acesso em 19 jul. 2020, p. 2020.

⁸⁶¹ GUZMAN, Andrew. *Choice of Law: New Foundations*. (August 2000). Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=237802. Acesso em 05 jan. 2021, p. 893.

⁸⁶² RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito Internacional Privado – Teoria e Prática*. 17^a ed., rev. atul. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 237.

⁸⁶³ “The interest approach permits courts and states to take discretionary, myopic, and selfish actions” KAGAMI, Kazuaki. The systematic choice of legal rules for Private International Law: an Economic Approach. In: BASEDOW, Jürgen; KONO, Toshiyuki. *An Economic Analysis of Private International Law*. Tubingen: Mohr Siebeck, 2006, p. 25-26.

A perspectiva de Currie, bem como outras perspectivas estadunidenses que emergiram da Revolução Americana de DIPRI⁸⁶⁴, são apontados por Horatia Muir Watt⁸⁶⁵ como exemplos de um unilateralismo agressivo que resulta na preferência sistemática pela lei e jurisdição local e em restrições ao reconhecimento de decisões estrangeiras. Em parte, a postura estadunidense buscou legitimação em proposições teóricas calcadas no realismo jurídico, que rechaçavam o reconhecimento jurídico do Direito estrangeiro, ao centrar na atividade jurisdicional o momento de efetiva criação do Direito, que se exprimiria pela atividade decisória dos juízes a partir dos estímulos dos fatos⁸⁶⁶. O Direito estrangeiro seria, assim, um fato a ser considerado pelo intérprete na decisão dos casos concretos, ao lado de outros fatos que, juntos, formariam seu convencimento.

É dentro desse contexto de afirmação realista que Walter Cook⁸⁶⁷ sustentava que não existiam direitos criados no exterior. Segundo o autor, direitos só seriam de fato criados quando alocados por uma Corte. Assim, se uma Corte nacional alocou um direito a uma determinada pessoa – ainda que o tenha feito motivada por uma argumentação construída sob uma regra de Direito estrangeiro – o direito criado seria um direito nacional, visto que reconhecido por uma Corte local⁸⁶⁸.

As assunções realistas, contudo, não impedem os juízes de considerar razões sistêmicas para nortear suas decisões de DIPRI. Ao contrário, o *Restatement Second on*

⁸⁶⁴ Sobre o tema, ver item 3.1.3 supra.

⁸⁶⁵ WATT, Horatia Muir. Hospitality, Tolerance and Exclusion in Legal Form: Private International Law and the Politics of Difference. **Current Legal Problems**. Vol. 70. N. 1 (2017). Disponível em: <https://doi.org/10.1093/CLP%2FCUX004?sid=semanticscholar>. Acesso em 11 dez. 2022, p. 126.

⁸⁶⁶ LEITER, Brian. Realismo Jurídico Estadounidense. In: FABRA ZAMORA, Jorge Luis; NUNEZ VAQUERO, Alvaro (Coord). **Enciclopedia de Filosofía y teoría del derecho**, volumen uno. Disponível em: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3875-enciclopedia-de-filosofia-y-teoria-del-derecho-volumen-uno>. Acesso em 15 mai. 2020, p. 246.

⁸⁶⁷ COOK, Walter W. **The Logical and Legal Bases of the Conflicts of Law**. Yale Law Journal. v. XXXIII. March, 1924. N. 5. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/193286358.pdf>. Acesso em 05 ago. 2020.

⁸⁶⁸ No mesmo sentido, interessante passagem de Harold Meier merece ser destacada: “Não há Direito em caso algum, em um sentido realista, até que um juiz dê uma decisão. Cada decisão é uma escolha entre ao menos duas regras de Direito competindo entre si, e o Direito para uma situação particular não existe até que a escolha seja feita por um decisor que tem autoridade para escolher. Isto não é menos verdade quando uma ou mais regras disponíveis são de direito estrangeiro. As regras de Direito Internacional Privado são meros guias para que se faça tal escolha” “*There is no law on any given issue in any realistic sense until the judge renders a decision. Every legal decision is a choice between at least two competing rules of law, and the law for that issue in that case does not exist until that choice is made by a decisionmaker with the authority to make it. This is no less true when one or more of the available rules is from foreign law. Conflict of laws rules are merely policy guides to making that choice.*” (Tradução livre) MAIER, Harold G. **Baseball and Chicken Salad: a realistic look at Choice of Law**. Vanderbilt Law Review. V. 44, Issue 4, May 1991. Disponível em: <https://scholarship.law.vanderbilt.edu/vlr/vol44/iss4/3>. Acesso em 03 set. 2020.

*Conflicts of Laws*⁸⁶⁹, embora altamente influenciado pelo pensamento de Currie, elencava, dentre os critérios a serem considerados pelos juízes para identificar o Direito aplicável ao caso, a atenção às necessidades sistêmicas interestaduais e internacionais⁸⁷⁰. Isso leva Horatia Mui Watt⁸⁷¹ a sustentar que são razões políticas e de protecionismo que conduzem o sistema estadunidense ao *lex forismo*, muito mais do que efetivamente as construções teóricas em torno de seu sistema interno de DIPRI. A autora exemplifica a questão referindo-se aos entendimentos da Suprema Corte dos Estados Unidos quanto a inaplicabilidade extraterritorial do *Alien Tort Statute*, no já citado caso *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co*⁸⁷², bem como no uso instrumental da doutrina do *fórum non conveniens* para afastar a jurisdição estadunidense dos casos relacionados ao desastre em Bhopal⁸⁷³.

A ressalva feita por Horatia Mui Watt⁸⁷⁴ quanto ao unilateralismo não ser, por si mesmo, o causador de perspectivas não cooperativas e *lex foristas* no DIPRI advém da propositura da autora de um novo modelo de unilateralismo, denominado de estatutismo de reconhecimento. A autora sugere que as noções de extraterritorialidade e territorialidade dos modelos estatutários que marcaram os primórdios da concepção do DIPRI enquanto disciplina⁸⁷⁵ podem ajudar a viabilizar uma aceitação do Direito estrangeiro em seus próprios termos, em uma postura que transcenda a mera tolerância e ascenda à hospitalidade no

⁸⁶⁹ O documento foi redigido por Willis Reese e publicado em 1969, representando uma primeira tentativa de síntese dos debates da Revolução Americana. Não obstante, diversos Estados simplesmente não aderiram ao segundo Restatement, fazendo com que a prática das cortes americanas seja sensivelmente diferente em cada Estado. SYMEONIDES, Symeon C. **The American Choice of Law Revolution: Past, present and future**. The Netherlands, 2006, p. 31-48.

⁸⁷⁰ Além deste critério, também deveriam ser consideradas: (a) as políticas relevantes do foro; (b) as políticas relevantes de outros Estados interessados e os interesses relativos desses Estados na determinação da questão específica; (c) a proteção de expectativas legítimas das partes; (d) as políticas básicas subjacentes ao campo particular do Direito; (e) as necessidades de certeza, previsibilidade e uniformidade do resultado; e (f) a facilidade na determinação e aplicação da lei a ser aplicada. (SYMEONIDES, Symeon C. **The American Choice of Law Revolution: Past, present and future**. The Netherlands, 2006, p. 31)

⁸⁷¹ WATT, Horatia Mui. Hospitality, Tolerance and Exclusion in Legal Form: Private International Law and the Politics of Difference. **Current Legal Problems**. Vol. 70. N. 1 (2017). Disponível em: <https://doi.org/10.1093/CLP%2FCUX004?sid=semanticscholar>. Acesso em 11 dez. 2022, p. 129.

⁸⁷² Ver item 5.1.3

⁸⁷³ No dia 3 de dezembro de 1984, mais de 40 toneladas de gases tóxicos vazaram de uma fábrica de pesticidas em Bhopal, Índia, matando imediatamente pelo menos 3.800 pessoas e causando uma problemas de saúde que levaram à morte prematura para muitos milhares mais. Um resumo das ações discutidas nos Estados Unidos pode ser encontrado em: BUSINESS & HUMAN RIGHTS RESOURCE CENTRE. **Union Carbide/Dow lawsuit (re Bhopal, filed in the US)**. Disponível em: <https://www.business-humanrights.org/en/latest-news/union-carbidedow-lawsuit-re-bhopal-filed-in-the-us/>. Acesso em 14 jan. 2023.

⁸⁷⁴ WATT, Horatia Mui. Hospitality, Tolerance and Exclusion in Legal Form: Private International Law and the Politics of Difference. **Current Legal Problems**. Vol. 70. N. 1 (2017). Disponível em: <https://doi.org/10.1093/CLP%2FCUX004?sid=semanticscholar>. Acesso em 11 dez. 2022, p. 129.

⁸⁷⁵ Ver item 2.1 supra.

DIPRI⁸⁷⁶. Symeon Symeonides⁸⁷⁷, sob o prisma da *common law* estadunidense, também sugere uma perspectiva unilateralista revisada, a qual denominou de “unilateralismo acomodativo”⁸⁷⁸ e pelo qual sustenta que os diferentes interesses dos Estados devem ser acomodados na solução dos casos concretos.

O que se nota, portanto, é que tendo como base preocupações de coerência sistêmica do DIPRI com o DIP, tanto os sistemas domésticos pautados no unilateralismo quanto os sistemas pautados no multilateralismo podem levar aos mesmos resultados, de modo que não se exige a adoção rígida de um mesmo método por todos os Estados. Ademais, na atualidade, o que prevalece na prática dos sistemas jurídicos é uma coexistência e fusão dos métodos, sendo que um mesmo sistema pode conter normas prescritas à luz do método multilateral lado a lado de normas unilaterais de DIPRI⁸⁷⁹.

Por outro lado, a construção de uma racionalidade sistêmica para o DIPRI demanda a superação de leituras fechadas e que fazem uso instrumental e oportunista dos conceitos da disciplina – o que é um processo ainda inacabado. Exemplos da existência desta racionalidade, porém, já podem ser encontrados, especialmente quando diante das questões regulatórias que permeiam a Internet.

A decisão do TJUE no caso da *CNIL v. Google*, abordado no terceiro capítulo desta tese⁸⁸⁰, é um exemplo, ao apontar a necessidade de contenção do escopo geográfico de decisões de remoção de conteúdo. Com a mesma ótica, a *Internet & Jurisdiction Policy Network*⁸⁸¹, em suas recomendações quanto à moderação de conteúdo *online*, sustenta que decisões de

⁸⁷⁶ Para Horatia Muir Watt, a expressão intolerância remete a rejeição, como na rejeição a um transplante de um órgão pelo sistema imunológico de um paciente. A tolerância, por sua vez, é um valor intrinsecamente liberal e democrático, que protege a possibilidade de pensamentos e ações que podem desagradar uma maioria. Trata-se da não rejeição. O antônimo da intolerância, porém, é a hospitalidade, que designa a abertura ao outro e, no DIPRI, pode designar a abertura ao Direito do outro. (WATT, Horatia Muir. Hospitality, Tolerance and Exclusion in Legal Form: Private International Law and the Politics of Difference. **Current Legal Problems**. Vol. 70. N. 1 (2017). Disponível em: <https://doi.org/10.1093/CLP%2FCUX004?sid=semanticscholar>. Acesso em 11 dez. 2022, p. 116-121)

⁸⁷⁷ SYMEONIDES, Symeon C. **The American Choice of Law Revolution: Past, present and future**. The Netherlands, 2006, p. 405

⁸⁷⁸ No original “*accommodative unilateralismo*”.

⁸⁷⁹ Neste sentido, no Direito Brasileiro, embora grande parte dos elementos de conexão previstos na LINDB tenham sido desenhados a partir de perspectivas multilaterais, há regras na própria LINDB que foram redigidas usando do sistema unilateral. Enquanto o artigo 7º, caput, da LINDB pauta-se no método multilateral ao prever que “A lei do país em que domiciliada a pessoa determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família”, o parágrafo 1º do mesmo artigo é claramente unilateral ao prever que: “Realizando-se o casamento no Brasil, será aplicada a lei brasileira quanto aos impedimentos dirimentes e às formalidades da celebração” (BRASIL. **DECRETO-LEI Nº 4.657, DE 4 DE SETEMBRO DE 1942**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em 30 dez. 2022)

⁸⁸⁰ Ver item 3.4 supra.

⁸⁸¹ INTERNET & JURISDICTION POLICY NETWORK. **Toolkit Cross-border Content Moderation** (2021). Disponível em: <https://www.Internetjurisdiction.net/uploads/pdfs/Internet-Jurisdiction-Policy-Network-21-104-Toolkit-Cross-border-Content-Moderation-2021.pdf>. Acesso em 20 nov. 2022, p. 25.

moderação de conteúdo devem ser realizadas de forma limitada do ponto de vista geográfico, exceto quando houver elevada coerência valorativa internacional de que um determinado conteúdo deve ser restringido globalmente. O *Digital Service Act*, aprovado pela União Europeia em outubro de 2022 com o objetivo de harmonizar a disciplina da Internet no bloco europeu também estabeleceu que decisões de remoção de conteúdo pelas autoridades nacionais devem ser limitadas ao “estritamente necessário para alcançar o seu objetivo”⁸⁸².

No Brasil, na discussão do caso envolvendo o *Yahoo!* e a *CEDIP* perante o judiciário brasileiro, a Ministra Relatora Nancy Andrichi mencionou o caso *Yahoo!* discutido perante as cortes francesas e narrado no início do terceiro capítulo, o que condiz com a propositura de que o DIPRI dos diferentes países é parte de um mesmo sistema integrado de coordenação da autoridade regulatória. Embasando-se na decisão ocorrida na França e citando Lucas Borges de Carvalho⁸⁸³, a Ministra sustenta a jurisdição brasileira para apreciar a controvérsia, mas ressalva que o alcance extraterritorial da jurisdição deve ser realizado sempre “de forma prudente, cautelosa e autorrestritiva” pela autoridade responsável, em trecho que foi destacado inclusive na ementa da decisão⁸⁸⁴.

A construção de uma visão sistêmica em torno do DIPRI requer, assim, que os Estados abduquem do impulso de fazer valer a sua lei a qualquer custo e busquem uma coerência do

⁸⁸² UNIÃO EUROPEIA. **REGULAMENTO (UE) 2022/2065 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO de 19 de outubro de 2022**. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32022R2065&from=EN>. Acesso em: 22 nov. 2022.

⁸⁸³ CARVALHO, Lucas Borges. Soberania digital: legitimidade e eficácia da aplicação da lei na Internet. **Revista Brasileira de Direito**. Passo Fundo, vol. 14, n. 2, p. 213-235, Maio-Agosto, 2018. Disponível em: <https://seer.atitus.edu.br/index.php/revistadireito/article/view/2183/1838>. Acesso em 01 fev. 2023, p. 229.

⁸⁸⁴ RECURSO ESPECIAL. INTERNET. JURISDIÇÃO. SOBERANIA DIGITAL. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. AUSÊNCIA. MARCO CIVIL DA INTERNET. ALCANCE. APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA. PERTINÊNCIA DA JURISDIÇÃO NACIONAL. 1. Agravo de instrumento interposto em 06/06/2014, recurso especial interposto em 19/04/2017 e atribuído a este gabinete em 28/09/2018. 2. O propósito recursal consiste em determinar a possibilidade jurídica de obrigar empresa sediada no Brasil, cuja matriz detém informações necessárias para a identificação de autores de ato ilícito. 3. Em conflitos transfronteiriços na internet, a autoridade responsável deve atuar de forma prudente, cautelosa e autorrestritiva, reconhecendo que a territorialidade da jurisdição permanece sendo a regra, cuja exceção somente pode ser admitida quando atendidos, cumulativamente, os seguintes critérios: (i) fortes razões jurídicas de mérito, baseadas no direito local e internacional; (ii) proporcionalidade entre a medida e o fim almejado; e (iii) observância dos procedimentos previstos nas leis locais e internacionais. 4. Quando a alegada atividade ilícita tiver sido praticada pela internet, independentemente de foro previsto no contrato de prestação de serviço, ainda que no exterior, é competente a autoridade judiciária brasileira caso acionada para dirimir o conflito, pois aqui tem domicílio a autora e é o local onde houve acesso ao sítio eletrônico onde a informação foi veiculada, interpretando-se como ato praticado no Brasil. Precedente. 5. É um equívoco imaginar que qualquer aplicação hospedada fora do Brasil não possa ser alcançada pela jurisdição nacional ou que as leis brasileiras não sejam aplicáveis às suas atividades. 6. Tem-se a aplicação da lei brasileira sempre que qualquer operação de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, de dados pessoais ou de comunicações por provedores de conexão e de aplicações de internet ocorra em território nacional, mesmo que apenas um dos dispositivos da comunicação esteja no Brasil e mesmo que as atividades sejam feitas por empresa com sede no estrangeiro. 7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido. (BRASIL. STJ - REsp: 1776418 SP 2018/0126897-2, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 03/11/2020, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJE 19/11/2020)

sistema jurídico internacional como um todo. Requer, também, uma abertura ao pluralismo de culturas e valores, renunciando a posturas provincianas⁸⁸⁵ que visam impor visões pré-determinadas sobre o que é justiça mesmo diante de contextos culturais diversos. A este respeito, convém examinar como o DIPRI se entrelaça com a ideia de justiça na visão adotada nessa tese.

6.4 JUSTIÇA SISTÊMICA E AS NORMAS DE DIPRI PARA A INTERNET

Para a construção de uma visão sistêmica sobre o DIPRI, é preciso enfrentar outra questão teórica de grande relevância à disciplina, e que diz respeito ao seu norte valorativo: ao DIPRI compete buscar promover um determinado resultado material aos casos concretos ou aspirar apenas pela identificação do sistema jurídico que decidirá o caso, de maneira indiferente à decisão que será proveniente deste sistema? Em outras palavras: o DIPRI deve buscar o Direito certo (aquele que tem maiores conexões com o caso, independentemente do resultado que ele produz) ou o resultado certo (aquele que promove a mesma noção de justiça que é esperada em casos domésticos)⁸⁸⁶?

A oposição entre estas duas visões ao DIPRI costuma ser rotulada como um debate entre a busca pela justiça material ou pela justiça de conflito. A perspectiva que ora se defende almeja transcender a dicotomia, tendo a noção de justiça sistêmica como objetivo.

6.4.1 Justiça de conflito e justiça material: o debate da Revolução Americana

No pensamento clássico do DIPRI, firmou-se o entendimento da disciplina como um “sobredireito”, que não regula a situação jurídica em si, mas apenas indica o Direito aplicável para a disciplinar, sem grandes preocupações com o resultado material da disputa, salvo se houver algum tipo de violação de ordem pública⁸⁸⁷. Nesse sentido, a preocupação central da disciplina seria a de indicar o Estado certo para regular a questão, mais do que buscar o resultado certo para a disputa a ser julgada⁸⁸⁸, promovendo, portanto, a chamada justiça de conflito.

⁸⁸⁵ Neste sentido, destaca-se passagem da opinião do Juiz Cardozo em caso clássico de conflito de leis na *common law* estadunidense: “Nós não somos tão provincianos a ponto de dizer que toda e qualquer solução está errada só porque nós lidamos de forma diversa com a questão em casa”. “*We are not so provincial as to say that every solution of a problem is wrong because we deal with it otherwise at home*” (tradução livre). (Loucks v. Standard Oil Co. Argued May 3, 1918. Decided July 12, 1918. Opinion J. Cardozo. Disponível em: <https://casetext.com/case/loucks-v-standard-oil-co>. Acesso em 15 fev. 2021)

⁸⁸⁶ SYMEONIDES, Symeon C. **The American Choice of Law Revolution: Past, present and future**. The Netherlands, 2006, p. 404.

⁸⁸⁷ Ver item 5.5. infra.

⁸⁸⁸ SYMEONIDES, Symeon C. **The American Choice of Law Revolution: Past, present and future**. The Netherlands, 2006, p. 405.

Foi com base nessa premissa que se estabeleceu o método multilateral e a ideia de que as relações jurídicas poderiam ser enquadradas em categorias, para as quais seriam estabelecidos critérios fixos de identificação do Direito correspondente. Deveras, o método foi desenvolvido no Século XIX, contexto no qual a previsibilidade e a segurança jurídica eram os valores fundamentais de um sistema jurídico pensado para atender às necessidades de um capitalismo nascente. Foram esses valores, portanto, que embasaram as perspectivas dos pensadores clássicos do DIPRI, como Friedrich Carl von Savigny e Joseph Story⁸⁸⁹.

No sistema estadunidense, influenciado por tais pensadores, Joseph Beale publicou, em 1934, sob os auspícios do *American Law Institute*, o *Restatement First on Conflicts of Laws*, no qual documentou sua célebre teoria dos *vested rights*. Dita teoria tinha dois elementos centrais: i) o Estado tem o monopólio de criação das normas jurídicas que governam as ações em seu território; ii) quando um Estado exerce este poder, violações das normas jurídicas criam *vested rights* (direitos adquiridos⁸⁹⁰), que todos os demais Estados que venham apreciar a questão precisam garantir⁸⁹¹.

No *First Restatement*, o autor basicamente estipulou uma larga quantidade de regras a serem aplicadas nos diferentes tipos de disputa, com o objetivo de identificar o local do último ato para a aquisição de um direito, o qual seria encarregado de disciplinar a questão⁸⁹². Contudo, a desejada previsibilidade não prosperou nem mesmo dentro dos Estados Unidos⁸⁹³, já que muitas vezes os juízes americanos não decidiam conforme os critérios elencados, até mesmo

⁸⁸⁹ Joseph Story e Friedrich Carl Von Savigny foram contemporâneos e suas obras dialogavam diretamente. Story, inclusive, enviou sua obra à Savigny e o autor alemão referiu-se a ela no prefácio de sua obra, afirmando tratar-se de obra excelente, “tão rica em material e tão útil para as pesquisas” (SAVIGNY, Friedrich Carl Von. Sistema do Direito Romano Atual – Volume VIII – Introdução de Erik Jayme. **Coleção clássicos do Direito Internacional**. Tradução de Ciro Mioranza. Ijuí: Ed. Unijuí, 2004, p. 33).

⁸⁹⁰ Para Valério Mazzuoli, a teoria de Beale contribuiu para o desenvolvimento da teoria dos direitos adquiridos no DIPRI, a qual se distinguiria das discussões sobre conflito de leis propriamente ditas, posto que não se busca identificar a lei aplicável, mas meramente garantir o reconhecimento dos direitos em países distintos dos locais onde foram criados. (Sobre o tema, ver em: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Privado**. 2ª ed. São Paulo: Forense, 2017, p. 162).

⁸⁹¹ GREEN, Michael S. Legal Realism, Lex Fori and the Choice of Law Revolution. **Faculty Publications**. 367. Disponível em: <https://scholarship.law.wm.edu/facpubs/367>. Acesso em 25 jul. 2020, p. 968

⁸⁹² REESE, Willis. The Ever Changing Rules of Choice of Law. **Netherlands International Law Review**. Volume 9. Issue 4. October 1962, Disponível em: http://journals.cambridge.org/abstract_S0165070X00035130. Acesso em 04 jun. 2022.

⁸⁹³ BRILMAYER, Lea; SEIDELL, Charles. Jurisdictional Realism: Where Modern Theories of Choice of Law Went Wrong and What Can be Done to Fix Them. **The University of Chicago Law Review**. Volume 86. N. 8. December 2019. Disponível em: <https://lawreview.uchicago.edu/publication/jurisdictional-realism-where-modern-theories-choice-law-went-wrong-and-what-can-be-done>. Acesso em 19 jul. 2020, p. 2038

por dificuldades práticas em aplicá-los, pois as situações concretas não se ajustavam com facilidade aos modelos legais⁸⁹⁴.

A indiferença das normas de DIPRI quanto ao resultado material era também um ponto crítico a esse sistema, já que as normas pareciam arbitrárias aos casos concretos. Assim, a rejeição ao *First Restatement* chegou antes mesmo de sua publicação. Em 1933, David Cavers refutou a ideia de que os teóricos de DIPRI conseguiriam – nas palavras do autor “como num passe de mágica de uma varinha de condão”⁸⁹⁵ – indicar a ordem jurídica correta que deveria dar as respostas para às controvérsias que não respeitavam as fronteiras de um Estado. Ao longo das décadas seguintes, vários foram os teóricos que se manifestaram de forma contrária à adoção de critérios que permitissem a definição da lei aplicável *a priori*, de forma desconectada das situações concretas. Um deles foi Brainard Currie, autor da abordagem dos interesses sobre a qual tratou-se na seção anterior⁸⁹⁶. Ao lado de Currie, Robert Lefflar⁸⁹⁷ também se destacou ao inaugurar o paradigma denominado de *better law approach*⁸⁹⁸. A teoria defendia, em síntese, que a norma escolhida para reger uma relação jurídica transnacional deveria ser aquela que promovesse, da melhor forma, o interesse implícito existente em um determinado caso concreto⁸⁹⁹.

⁸⁹⁴ De fato, um sistema que não abre margem alguma para discricionariedade pode acabar sendo bastante complexo. Neste sentido, Brilmayer e Seidell citam como exemplo a lei aplicável para apurar a responsabilidade em caso de morte por lento envenenamento, que deveria ser a do local onde a última substância fez efeito – o que, na prática, pode ser impossível de se identificar. (BRILMAYER, Lea; SEIDELL, Charles. Jurisdictional Realism: Where Modern Theories of Choice of Law Went Wrong and What Can be Done to Fix Them. **The University of Chicago Law Review**. Volume 86. N. 8. December 2019. Disponível em: <https://lawreview.uchicago.edu/publication/jurisdictional-realism-where-modern-theories-choice-law-went-wrong-and-what-can-be-done>. Acesso em 19 jul. 2020, p. 2040).

⁸⁹⁵ “Para os autores de Direito Internacional Privado, trata-se de um ato de fé, ainda que não declarado, que é o seu próprio estudo que revelará regras ou princípios que, como uma varinha mágica de um adivinho, indicará as jurisdições apropriadas, cujas leis devem determinar as controvérsias que, de uma forma ou de outra, não respeitaram as fronteiras estatais”. Tradução livre de “*For the commentator on the conflict of laws, it is an article of faith, attested by works if not avowed in words, that its proper study will disclose rules or principles which, like the hazel wand of the diviner, will indicate the "appropriate" jurisdictions whose laws are to determine those controversies that, in one way or another, have failed to respect state lines*”(CAVERS, David. A critique of the choice of law problem. **Harvard Law Review**. v. XLVII, December 1933, n.2 Disponível em: https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5467&context=faculty_scholarship. Acesso em 05 ago. 2020).

⁸⁹⁶ Ver item 5.2.2.

⁸⁹⁷ LEFLAR, Robert A. The Nature of Conflicts Law. **Columbia Law Review**. Vol. 81. N. 5 (Jun, 1951) Disponível em: https://www.jstor.org/stable/1122229?read-now=1&refreqid=excelsior%3A2fd939fc7995b947551ed4e53b3cd9ce&seq=1#page_scan_tab_contents. Acesso em 08 ago. 2020.

⁸⁹⁸ Sobre o tema, ver em: REIMANN, Mathias. Better Law Approach. In: BASEDOW, Jurgen; RÜHL, Giesela; FERRARI, Franco; ASENSIO, Pedro de Miguel. **Encyclopedia of Private International Law**. Elgaronline, 2017.

⁸⁹⁹ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direito Internacional Privado**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 44

O ponto de inflexão no sistema americano ocorreu em 1963, com a decisão proferida no caso *Babcock vs. Jackson*⁹⁰⁰, uma disputa envolvendo nova iorquinos envolvidos em um acidente de trânsito ocorrido no Canadá. O *leading case* da Revolução Americana de DIPRI resultou no abandono do critério *lex loci delicti* pelos julgadores, em decorrência da insatisfação com o resultado material trazido pela lei canadense.

A discussão ocorrida nos Estados Unidos permitiu ao resto do mundo refletir sobre seus sistemas de DIPRI. Até mesmo os sistemas de *civil law* que se mantiveram fiéis ao método multilateral pautado em critérios de conexão pré-definidos, passaram a admitir certa flexibilização aos critérios clássicos em razão da necessidade de atenção ao resultado concreto das disputas. A esse respeito, Hans Van Loon⁹⁰¹ afirma que o método multilateral, baseado no respeito à diversidade, não exclui a busca por determinados resultados substanciais. O autor cita como exemplo as normas da Conferência da Haia voltadas à proteção de crianças, que sustentam o elemento de conexão da residência habitual como critério, em detrimento ao da nacionalidade, precisamente com o intuito de servir ao propósito substantivo de proteger os direitos das crianças. De fato, a noção de que preocupações substantivas devem tomar parte do DIPRI tem se tornado a visão dominante sobre a disciplina na atualidade. Para Nádia de Araújo, “continuar com o sistema do DIPRI do século XIX, que não se preocupa com os resultados obtidos quando é preciso usar a regra de conexão, é correr o risco de ignorar os anseios da sociedade, dando-lhe as costas”⁹⁰².

Há que se ressaltar, porém, que a preocupação com a promoção de resultados pré-determinados deve ser cuidadosamente sopesada, no DIPRI, com a necessidade de respeito ao pluralismo jurídico e a diversidade cultural, especialmente se o que se pretende é a construção de uma visão do DIPRI como parte de um sistema internacional de Direito, aberto ao diálogo intercultural. A ressalva se mostra importante em razão das evidências de que o sistema

⁹⁰⁰ Em síntese, em 16 de setembro de 1960, um casal (Mr. e Mrs. William Jackson), moradores da cidade de Rochester, no estado de Nova Iorque, alugaram um carro para viajar ao Canadá, juntamente com uma amiga – domiciliada na mesma cidade que o casal. Durante a viagem e já no Canadá, o grupo sofreu um acidente que deixou a carona - Miss Georgia Babcock - gravemente ferida. Após recuperar-se, ela ingressou com uma ação pedindo uma reparação pelos danos sofridos e alegando negligência do motorista. Seguindo o método conflitual clássico, o local do dano (*lex loci delicti*) seria o que deveria reger o direito de indenização e as leis canadenses vedavam a possibilidade do carona pleitear indenização ao motorista do carro. A corte americana, contudo, entendeu pela aplicação das leis de Nova Iorque ao caso, as quais previam o direito de reparação da convidada. (UNITED STATES OF AMERICA. **Court of Appeals of New York. Babcock v. Jackson.** Disponível em: http://www.courts.state.ny.us/reporter/archives/babcock_jackson.htm. Acesso em 05 ago. 2020.)

⁹⁰¹ VAN LOON, Hans. The Global Horizon of Private International Law. **Collected Courses of the Hague Academy of International Law.** Volume 380. Disponível em: https://referenceworks.brillonline.com/entries/the-hague-academy-collected-courses/*A9789004321311_01#notesup72. Acesso em 13 jan. 2023.

⁹⁰² ARAÚJO, Nádia de. **Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira.** 5ª ed. atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 15.

estadunidense tornou-se enviesado em prol do Direito do foro, justamente em razão de sua excessiva flexibilidade.

6.4.2 O viés do foro

A insatisfação com as regras do método conflitual clássico de DIPRI, indiferentes ao resultado material das disputas, levou o sistema americano a adotar abordagens mais flexíveis à disciplina, pautadas em *approaches* - fórmulas que não prescrevem soluções com antecedência, mas simplesmente enumeram os fatores que devem ser levados em conta na formação judicial de uma solução *ad hoc*⁹⁰³.

É digno de nota, porém, que, desde os seus primórdios, a Revolução Americana despertou preocupações com um aumento do decisionismo judicial que seus postulados centrais poderiam promover⁹⁰⁴. De fato, o excesso de flexibilidade também pode gerar decisões arbitrárias, pois não há qualquer garantia de que os juízes decidirão melhor do que o legislador o caso concreto⁹⁰⁵.

Isto mostra-se especialmente verdadeiro quando se parte da perspectiva confluyente entre o DIP e o DIPRI defendida nesta tese, que requer atenção à coerência internacional sistêmica na distribuição de jurisdição entre os Estados. A esse respeito, Giesela Ruhl⁹⁰⁶, destaca que, em geral, os juízes – tanto em sistemas de *civil law* como em sistemas de *common law* – não estão preparados para tomar decisões como as que emergiram do debate da Revolução Americana de DIPRI.

Tomando por base o paradigma da *better law approach* como exemplo, tem-se que os juízes, geralmente, só tem conhecimento concreto do seu próprio Direito, não tendo meios para aferir se a lei emanada por outro sistema jurídico soluciona melhor o caso em análise. Tampouco terá o juiz meios para determinar as políticas subjacentes à legislação doméstica e a estrangeira a fim de sopesar os interesses governamentais em jogo, como sugere a abordagem

⁹⁰³ SYMEONIDES, Symeon C. The American Choice of Law Revolution: Past, present and future. The Netherlands, 2006, p. 411; REESE, Willis. Choice of Law Rules or Approach. **Cornell Law Review**. Volume 57. Issue 3. February 1992. Article 1. Disponível em: <https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3984&context=clr>. Acesso em 12 jun. 2022.

⁹⁰⁴ O voto dissidente do Juiz Van Voorhis no caso Babcock já trazia tal preocupação. (Sobre o tema, ver em: RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direito Internacional Privado**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 45)

⁹⁰⁵ ROOSEVELT III, Kermit. Certainty versus flexibility in the conflict of laws. In: FERRARI, Franco; ARROYO, Diego. (Ed.) **Private International Law: Contemporary Challenges and Continuing Relevance**. Northampton, USA: Edward Elgar Publishing, 2019, p. 7

⁹⁰⁶ RUHL, Giesela. Methods and Approaches in Choice of Law: an economic perspective. **Berkeley Journal of International Law**, vol. 24, 2006, p. 836. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=920999. Acesso em 22 ago. 2021.

dos interesses de Brainerd Currie. E ainda que tais meios pudessem ser acessíveis⁹⁰⁷, o custo para obtenção de tais informações em todos os casos com elementos transfronteiriços, somado à atividade intelectual de analisar e comparar os diferentes Direitos e os potenciais diferentes resultados de sua aplicação, certamente seriam esforços incompatíveis com o volume de casos que os juízes têm de julgar diariamente.

Pesquisas empíricas realizadas nos Estados Unidos⁹⁰⁸ comprovaram que as abordagens americanas pós-revolução do DIPRI levaram, em verdade, não a um cauteloso sopesamento pelo juiz das diferentes alternativas normativas existentes para cada caso particular, mas sim a uma aplicação da *lex fori*, pura e simplesmente, na maior parte dos casos analisados. Como ressaltou Giesela Ruhl⁹⁰⁹, ao invés das cortes de fato buscarem a aplicação da lei mais adequada para os casos transfronteiriços, em um cuidadoso balanceamento das vantagens e desvantagens de cada legislação, as abordagens principiológicas dos Estados Unidos geraram, em verdade, incentivos para aplicação simples e fácil do Direito que o juiz conhece melhor: no caso, o próprio Direito estadunidense.

O favorecimento, pelos juízes, da *lex fori* também se explica pela AED: o juiz é um ator que opera com racionalidade limitada e que dispõe de recursos escassos em seu trabalho de analisar os casos concretos. O simples fato de que haveria, indubitavelmente, maiores custos para tomar uma decisão baseada em lei estrangeira⁹¹⁰, por si só, geraria incentivos para que, em

⁹⁰⁷ Através da cooperação jurídica internacional para obtenção de informações sobre o direito estrangeiro ou requerendo às partes que façam prova do teor e da vigência da norma estrangeira, como é o caso quando regras de DIPRI apontam na direção de outro sistema jurídico. Sobre o tema ver em OEA. **Convenção Interamericana sobre Prova e Informação acerca do Direito Estrangeiro**. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/B-43.htm#:~:text=CONVEN%C3%87%C3%83O%20INTERAMERICANA%20SOBRE%20PROVA%20E%20INFORMA%C3%87%C3%83O%20ACERCA%20DO%20DIREITO%20ESTRANGEIRO&text=Esta%20Conv%C3%A7%C3%A3o%20tem%20por%20objeto,direito%20de%20cada%20um%20deles>. Acesso em 25 jun. 2022.

⁹⁰⁸ BORCHERS, Patrick J. The Choice of Law Revolution: an empirical study. **Washington and Lee Law Review**. Volume 49. Issue 2. Disponível em: <https://scholarlycommons.law.wlu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1868&context=wlulr>. Acesso em 18 jun. 2022; SOLIMINE, Michael E. An Economic and Empirical Analysis of Choice of Law. **Georgia Law Review**. 49 (1989-1990). Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/geolr24&div=10&id=&page=>. Acesso em 18 jun. 2022; O-HARA, Erin; RIBSTEIN, Larry. Conflict of Laws and Choice of Law. U **Illinois Law & Economics Research Paper No. LE09-030**. Vanderbilt Law and Economics Research Paper No. 09-34. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1499311. Acesso em 18 jun. 2022.

⁹⁰⁹ RUHL, Giesela. Methods and Approaches in Choice of Law: an economic perspective. **Berkeley Journal of International Law**, vol. 24, 2006, p. 839. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=920999. Acesso em 22 ago. 2021.

⁹¹⁰ Tome-se como exemplo a necessidade de fazer prova do teor e vigência do Direito estrangeiro para sua aplicação (na LINDB, expresso no artigo 14). (BRASIL, **Decreto-Lei N° 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em 19 jun. 2022).

situações em que possuem discricionariedade, os juízes tendessem a preferir a alternativa que lhe demandará menos esforços: a aplicação da lei nacional, que já lhe é conhecida.

Por ser o juiz um ator alheio às preocupações do Estado em suas relações internacionais, bem como, em geral, pouco afeto às macro-questões que permitem que se vislumbrem vantagens em uma postura cooperativa entre os Estados ao se debruçarem sobre questões transfronteiriças, falta-lhe incentivos para os esforços adicionais que o exame dos diferentes sistemas legais com contato ao caso demandaria. Em verdade, os incentivos existem na direção contrária. Em muitos casos, os juízes são avaliados com base em dados quantitativos de performance, o que gera incentivos para buscarem aumentar a quantidade de casos julgados, reduzindo o tempo gasto no exame de cada disputa⁹¹¹. Isso também resulta em uma preferência pela aplicação do Direito doméstico aos casos transnacionais.

Mesmo que houvesse incentivos para os juízes buscarem de fato encontrar a melhor lei (como sugere a lógica do *better law approach*), os avanços trazidos pela economia comportamental, podem ajudar a compreender o porquê de as decisões dos juízes americanos terem se tornado enviesadas em prol da lei doméstica estadunidense. Utilizando de conceitos da psicologia e da neurociência, a economia comportamental identificou fatores que influenciam a tomada de decisão afastando-a da tomada de decisão ótima que seria adotada em um contexto de racionalidade perfeita⁹¹². Neste sentido, é possível observar que os seres humanos, na tomada de decisão, utilizam-se de atalhos mentais – as denominadas heurísticas – os quais, embora úteis para a tomada de decisão rápida, podem conduzir a erros de julgamento. Quando as heurísticas levam a erros sistemáticos, tem-se os denominados vieses⁹¹³.

Idealmente, a decisão judicial seria racional, levando em consideração todos os elementos trazidos ao caso concreto – inclusive, as possíveis leis nacionais aplicáveis à disputa com elementos transfronteiriços. No entanto, o recurso inconsciente às heurísticas pode ocorrer⁹¹⁴. Dentro deste contexto, é possível que os juízes americanos que se debruçaram sobre casos de DIPRI após a Revolução Americana tenham incorrido em um viés muito conhecido

⁹¹¹ CNJ. **Avaliação do desempenho judicial**: desafios, experiências internacionais e perspectivas. Brasília, CNJ: 2011, *passim*.

⁹¹² SILVA JR, Alonso B.; LAGES, André M. G.; SILVA, Vanderlúcia F. A.; Razão e emoção: o comportamento humano na tomada de decisão em um ambiente econômico incerto. **Nexos Econômicos – PPGE/UFBA**, v. 13, n. 1, jan-jun. 2019, p. 17.

⁹¹³ MORAES, José Diniz; TABAK, Benjamin Miranda. As heurísticas e vieses da decisão judicial: análise econômico-comportamental do Direito. **Revista Direito GV**. V. 14, n. 2. Maio-Agosto de 2018. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201824>. Acesso em 19 jun. 2022.

⁹¹⁴ OLABOREDE, Adebola. Cognitive Bias Affecting Decision-Making in the Legal Process. **Obiter** 2020. March 2021. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/350414080_Cognitive_Bias_Affecting_Decision-Making_in_the_Legal_Process. Acesso em 19 jun. 2022.

na área das finanças comportamentais: o viés da familiaridade. Trata-se de um viés identificado, pela primeira vez, em 1991, por Kenneth R. French e James Poterba⁹¹⁵, ao analisarem o portfólio de investimentos realizados por investidores de diferentes Estados. Os autores notaram uma preferência por ações domésticas em detrimento de opções (mais vantajosas) disponíveis no mercado internacional de ações. Desde então, o viés de familiaridade tem sido reconhecido como uma tendência de privilegiar aquilo que é mais conhecido, em detrimento do que é estranho ou distante⁹¹⁶.

A tendência dos juízes americanos, demonstrada nos estudos empíricos acima mencionados, aplicarem a lei estadunidense aos casos julgados a partir da aplicação do princípio da *better law approach* parece fortemente sugerir uma contaminação da decisão judicial pelo viés da familiaridade, já que é bastante improvável que a lei estadunidense fosse tão frequentemente superior às alternativas. Assim, por mais bem intencionados que sejam as abordagens como a do *better law approach*, confiar que o julgador irá, no caso concreto, proceder a uma complexa avaliação de qual Estado deve ter a autoridade normativa para decidir as questões transfronteiriças emergentes do universo digital pode ser uma pressuposição ingênua, que desconsidera os elevados custos adjudicativos e os incentivos e vieses comportamentais que podem minar o propósito cooperativo do DIPRI.

Ademais, abordagens como a do *better law approach* são incompatíveis com uma visão sistêmica pautada no respeito à diversidade e a pluralidade normativa. Isto porque é inerente à diversidade jurídica e cultural existente entre os sistemas que existam visões diferentes sobre o que é o melhor resultado substancial para as disputas. Como bem afirmou Symeon Symeonides⁹¹⁷, “o fato de uma solução ser ‘boa’ ou ‘má’ depende das noções inerentes de bem e mal da lei aplicável”.

No mesmo sentido são as lições de Jürgen Habermas⁹¹⁸, para quem todos os processos democráticos que culminam na alocação de direitos são permeados pela ética, e, por isto, os sistemas jurídicos refletem a forma de vida e a vontade política da comunidade específica que o validou. Dentro deste contexto, se, em uma disputa transnacional em que a lei estrangeira foi

⁹¹⁵ FRENCH, Kenneth R.; POTERBA, James M. Investor Diversification and International Equity Markets. **NBER Working Paper Series**. January 1991. Disponível em: https://www.nber.org/system/files/working_papers/w3609/w3609.pdf. Acesso em 19 jun. 2022.

⁹¹⁶ FERMAN, Bruno *et al.* Viés de familiaridade na Alocação de Ativos de Investidores Brasileiros. **Revista Brasileira de Finanças**, 2017. N. 15 (1). Disponível em: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=305851924002>. Acesso em 19 jun. 2022.

⁹¹⁷ “Whether the solution is “good” or “bad” depends on the inherent goodness or badness of the applicable law” SYMEONIDES, Symeon C. **The American Choice of Law Revolution: Past, present and future**. The Netherlands, 2006, p. 405.

⁹¹⁸ HABERMAS, Jürgen. Struggles for Recognition in the Democratic Constitutional State. In: TAYLOR, Charles. **Multiculturalism**. New Jersey: Princeton University Press, 1994, p. 136.

considerada aplicável, exigir-se que o resultado alcançado seja compatível com os critérios de justiça do foro, o que se está fazendo, na prática, é negar validade às visões e valores distintos que permearam a criação da norma jurídica que se aplicou e favorecendo o sistema normativo e valorativo do foro em detrimento dos demais. Não é isso que se almeja em um DIPRI pautado na cooperação.

6.4.3 Justiça sistêmica

A visão sistêmica do DIPRI exige, conforme proposto por Alex Mills⁹¹⁹ a aceitação do pluralismo nas noções de justiça. Dentro desta visão, o DIPRI, ao admitir a solução de outros sistemas jurídicos como válidas para um determinado caso, demanda a aceitação subjacente de que o resultado determinado pelo Direito de outro país é mais justo para aquela situação em particular, ainda que seja o contrário do que seria o resultado proposto pelo Direito do foro. Neste particular, Alex Mills sugere a superação do embate entre justiça material e justiça de conflito e introduz a noção de justiça sistêmica. A este respeito, afirma:

Ver o DIPRI de uma perspectiva sistêmica não significa negar que ele tem efeitos reais em casos individuais, mas sim rejeitar a ideia de que o DIPRI deve ser avaliado com base nesses efeitos. Se o resultado for censurável, ele não será por causa do DIPRI, mas por causa das regras processuais do fórum selecionado, ou das regras aplicáveis do direito substantivo. O resultado de uma decisão de DIPRI é a alocação da autoridade reguladora, não o julgamento final. A regra de DIPRI não deve ser objeto de críticas devido a seus efeitos (o tribunal e a lei escolhidos concederam uma decisão "errada"), exceto quando esses efeitos são o resultado de uma alocação inadequada ou injusta da autoridade reguladora (o regulador não deveria ter sido o responsável pela decisão)⁹²⁰.

As normas de DIPRI devem ser avaliadas, assim, não como um instrumento a viabilizar o alcance de um resultado material pré-definido aos casos concretos, mas na medida em que alocam adequadamente o poder regulatório para solucioná-lo. Dentro deste contexto, quando se fala sobre a distribuição de autoridade entre os Estados-soberanos para a regulação da Internet, a métrica do DIPRI deve ser a justa distribuição dessa autoridade. Dentro da perspectiva sistêmica, isto não significa que a autoridade escolhida deve ser aquela que regulará a Internet de modo a promover o melhor resultado determinado – haja vista que os países irão

⁹¹⁹ MILLS, Alex. **The Confluence of Public and Private International Law: Justice, Pluralism and Subsidiarity in The International Constitutional Ordering of Private Law.** United Kingdom: Cambridge University Press, p. 4.

⁹²⁰ “*Viewing private international law from a systemic perspective is not about denying that it has real effects in individual cases. But it does imply rejecting the idea that private international law should be evaluated based on those effects. If the outcome is objectionable, it will not be because of private international law but because of the procedural rules of the selected forum, or the applicable rules of substantive law*” (Tradução livre) MILLS, Alex. **The Confluence of Public and Private International Law: Justice, Pluralism and Subsidiarity in The International Constitutional Ordering of Private Law.** United Kingdom: Cambridge University Press, p. 23.

diferir sobre qual o resultado que se deve promover (uns irão afirmar que deve ser a preservação da liberdade de expressão, outros que deve ser conter discursos de ódio, por exemplo). Ao contrário da perspectiva da justiça substancial, a ideia de justiça sistêmica é, nesse ponto, flexível e aberta à pluralidade de concepções culturais sobre o que é justiça.

Por outro lado, isto tampouco significa dizer que o DIPRI deveria buscar apenas a previsibilidade e evitar tratamentos inconsistentes alocando uma única fonte de autoridade regulatória. Se assim fosse, uma saída simples seria dizer que um único país – os Estados Unidos, quem sabe – tem o poder de regular a Internet e que todos os usuários, não importa onde estejam, devem adequar-se a tal padrão. Essa proposta seria altamente previsível e garantiria a segurança jurídica, mas muito provavelmente ninguém (ou, talvez, apenas os Estados Unidos) poderia dizer que ela reflete uma distribuição justa de autoridade internacionalmente. O padrão de justiça sistêmica é, neste caso, mais exigente.

Diante do exposto, o DIPRI não deve ser concebido como um instrumento de justiça aos casos privados, mas como um instrumento para uma ordenação internacional justa. Daí deriva-se a noção de que os objetivos substanciais a serem perseguidos pelo DIPRI devam ser encontrados dentro do próprio sistema internacional, justificando-se não a partir do Direito do foro, mas do DIP.

A perspectiva consequencialista da AED pode ajudar, assim, a verificar a adequação das normas de DIPRI voltadas à distribuição de competências regulatórias sobre a Internet sob esta perspectiva de justiça sistêmica. A análise é semelhante a perspectiva também adotada por Giesela Ruhl⁹²¹, que conduziu a AED do DIPRI sob o prisma de um DIPRI unificado por “um único legislador benevolente e bem-informado que objetiva o bem-estar global”. A análise proposta pode servir, assim, tanto para traçar diretrizes para a propositura de um instrumento de DIPRI uniforme quanto para a avaliação dos diferentes sistemas nacionais de DIPRI em suas capacidades de uma justa distribuição de competências na ordem internacional descentralizada contemporânea.

⁹²¹ “*a single benevolent and well-informed global legislator that aims global welfare*” (Tradução livre). RUHL, Giesela. *Methods and Approaches in Choice of Law: an economic perspective*. **Berkeley Journal of International Law**, vol. 24, 2006, p. 803. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=920999. Acesso em 22 ago. 2021.

6.5 AS NORMAS DE DIPRI PARA A INTERNET

Grande parte das críticas feitas ao método clássico do DIPRI, pautado na definição apriorística dos elementos de conexão, advém do fato de que os critérios escolhidos para a identificar a lei aplicável por vezes parecem arbitrários aos casos concretos. Foi, de fato, a arbitrariedade dos critérios elaborados por Joseph Beale que levou Brainard Currie a fazer sua célebre afirmação: “Nós estaríamos melhor sem regras de conflitos de leis”⁹²².

A frase de Currie tonou-se símbolo da Revolução Americana de DIPRI, impulsionando o sistema estadunidense de DIPRI a mudar de um sistema pautado em regras ruins para um sistema em que simplesmente não havia regras, conforme sustentou Symeon Symeonides⁹²³. O autor afirma que as regras do *First Restatement* eram, de fato, inadequadas, mas que o sistema de DIPRI estadunidense pareceu pressupor que tais regras eram as únicas possíveis e que, por isto, as abandonou por completo – o que lhe pareceu, também, um equívoco.

Conforme já se mencionou nesta tese⁹²⁴, a distinção entre regras e princípios, para a AED, recai sobre o momento em que geram maiores custos de transação: as regras são mais custosas no momento de sua elaboração, enquanto os princípios serão mais custosos no momento de sua aplicação. Um comparativo entre regras e princípios deve levar em conta a opção que resultará em menores custos totais⁹²⁵.

A definição de regras de DIPRI pode trazer algumas vantagens, na medida em que, ainda que seja mais difícil definir uma regra adequada *a priori*, os custos de elaboração da regra são incorridos uma única vez e pulverizados nas diversas circunstâncias que suscitarão sua aplicação. Como a Internet fez com que as relações transfronteiriças se tornassem cada vez mais frequentes, a noção de economia de escala sugere que seus custos de elaboração podem ser compensados ao longo do tempo, pela economia obtida na adjudicação.

É fato, porém, que as regras do DIPRI clássico, pautadas excessivamente no territorialismo, se tornaram obsoletas diante da Internet. O fato das regras do DIPRI – estáveis por séculos a fio – não serem mais adequadas à contemporaneidade não permite, contudo, concluir pela impossibilidade de pensar em novas regras, mais adequadas ao universo digital.

⁹²² “*We would be better off without choice-of-law rules*”. Tradução livre de: CURRIE, Brainard. Notes on methods and objectives in the conflict of laws. **Duke Law Journal**, v. 1959, n. 2, p. 171-181, 1959 Disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1665&context=dlj>. Acesso em: 07 ago. 2020.

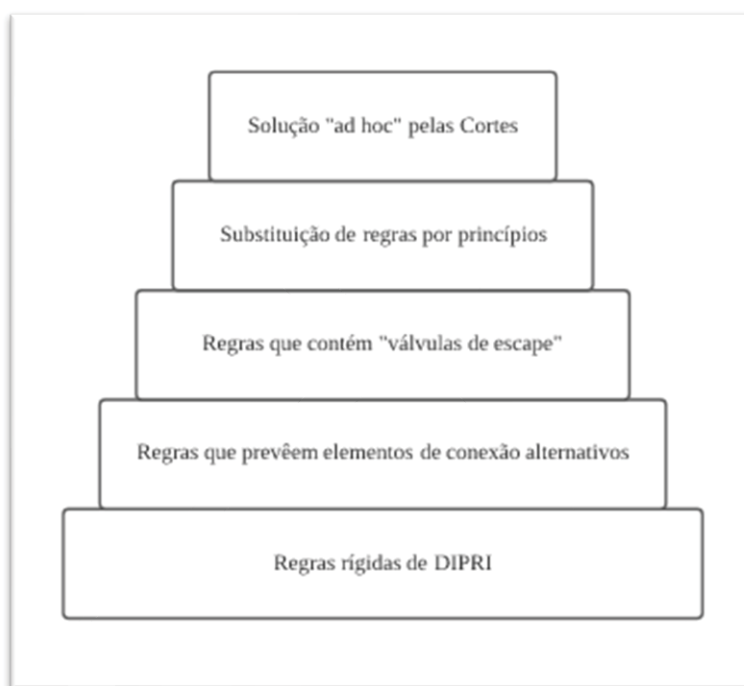
⁹²³ “*Bad rules versus no rules*” (SYMEONIDES, Symeon C. **The American Choice of Law Revolution: Past, present and future**. The Netherlands, 2006, p. 411).

⁹²⁴ Ver item 6.1.1 *supra*

⁹²⁵ RUHL, Giesela. Methods and Approaches in Choice of Law: an economic perspective. **Berkeley Journal of International Law**, vol. 24, 2006, p. 833. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=920999. Acesso em 22 ago. 2021.

Nesse contexto, interessa observar a ideia de “escada de flexibilidade”, desenvolvida por Symeon Symeonides⁹²⁶. O autor listou os vários degraus existentes entre o sistema tradicional baseado em regras rígidas e o sistema resultante da Revolução Americana, calcado em abordagens *ad hoc* que davam excessiva liberdade ao julgador na tarefa de estabelecer *ex post* o Direito aplicável. A Figura 10, traduzida e adaptada da obra do autor, permite visualizar as alternativas existentes.

FIGURA 10 – Escada de flexibilidade



Fonte: Adaptação da autora da “*flexibility ladder*” elaborada por Symeon Symeonides⁹²⁷.

A utilização de regras traz algumas vantagens para um DIPRI preocupado com o bem-estar global, ao permitir uma maior previsibilidade às partes, garantir economias de escala e reduzir a discricionariedade dos decisores dos casos concretos que, muitas vezes, não possuem os incentivos adequados às considerações sistêmicas que ora se defende como necessárias, como já se mencionou⁹²⁸. Isso não significa, porém, que as regras devam ser rígidas a ponto de se tornarem arbitrárias – uma vez que isso também contraria a perspectiva da justiça sistêmica que não se contenta apenas em solucionar uma situação de conflito de leis no espaço, mas requer

⁹²⁶ “*Bad rules versus no rules*” (SYMEONIDES, Symeon C. **The American Choice of Law Revolution: Past, present and future.** The Netherlands, 2006, p. 411).

⁹²⁷ SYMEONIDES, Symeon C. **The American Choice of Law Revolution: Past, present and future.** The Netherlands, 2006, p. 41.

⁹²⁸ Ver item 6.4.2 *supra*.

também que a solução reflita uma alocação justa das competências jurisdicionais na ordem jurídica internacional.

Alex Mills⁹²⁹ sustenta, então, que a perspectiva confluyente do DIP e do DIPRI requer que as regras de DIPRI sejam pautadas na razoabilidade. A perspectiva defendida pelo autor encontra lastro no *Restatement (Third) of Foreign Relations of the United States*⁹³⁰, que afirma que um Estado não pode prescrever normas sobre pessoas ou atividades em conexão com outros Estados quando o exercício da jurisdição prescritiva for irrazoável. Para determinar a razoabilidade do exercício jurisdicional, o documento estadunidense apresenta alguns fatores a serem considerados, como as conexões existentes com o Estado regulador (nacionalidade, residência, atividade econômica, por exemplo), a extensão pela qual a atividade acontece no Estado determinado, a compatibilidade entre a regulação e as tradições do sistema internacional e a existência de expectativas legítimas às partes e que podem ser afetadas pela regulação. Essas diretrizes podem servir como base para a análise de alguns critérios de solução de conflitos de leis no espaço elencados para as circunstâncias ocorridas em meios digitais, como se verá a seguir.

6.5.1 A proteção às legítimas expectativas das partes e a previsibilidade

A proteção às legítimas expectativas das partes é, segundo Dan Jerker Svantesson⁹³¹, uma qualidade fundamental às normas de DIPRI que se proponham aplicáveis para os dilemas transfronteiriços do ambiente digital. De fato, segundo P. J. Kozyris, “se há uma única proposição que transcende a disputa entre os tradicionalistas e os modernistas no DIPRI, é a de que as expectativas justificadas ou razoáveis das partes devem ter um peso no processo de escolha da lei aplicável”⁹³².

Na perspectiva sistêmica do DIPRI que se sustenta nesta tese, porém, a proteção das legítimas expectativas das partes não deve ser compreendida da mesma forma que em modelos privatistas de DIPRI, que podem indicar a proteção da expectativa das partes (ou de uma das

⁹²⁹ MILLS, Alex. *The Confluence of Public and Private International Law: Justice, Pluralism and Subsidiarity in The International Constitutional Ordering of Private Law*. United Kingdom: Cambridge University Press, p. 248.

⁹³⁰ AMERICAN LAW INSTITUTE. *Restatement (Third) of Foreign Relations of the United States*. Disponível em: <https://iow.eui.eu/wp-content/uploads/sites/28/2016/04/EU-15-Scott-Third-Restatement.pdf>. Acesso em 01 fev. 2023.

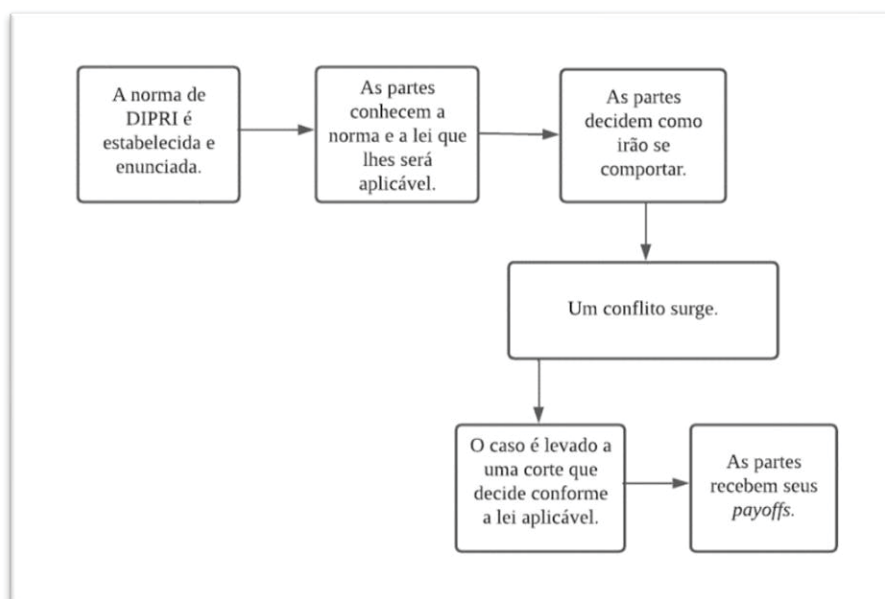
⁹³¹ SVANTESSON, Dan Jerker. *Private International Law and the Internet*. The Netherlands, Kluwer Law International BV, 2016, p. 139.

⁹³² “If there is one proposition that transcends the disputations between traditionalists and modernists in conflicts, it is that the justified or reasonable expectations of the parties do carry some weight in the choice of law process.”. (Tradução livre de: KOZYRIS, P. J. *Justified Party Expectations in Choice of Law and Jurisdiction: Constitutional Significance or Bootstrapping?* March 1982. Vol. 19. No. 2. Disponível em: <https://digital.sandiego.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1780&context=sdlr>. Acesso em 20 jun. 2022, p. 2).

partes) quanto a um resultado material determinado. Para Alex Mills⁹³³, as expectativas das partes que merecem proteção são, assim, vistas a partir do prisma da razoabilidade, do modelo do “homem médio” muitas vezes empregado na seara do Direito civil para designar a exigibilidade de certos comportamentos. Isto significa, em linhas gerais, que a alocação adequada da autoridade regulatória sobre a Internet requer que as partes possam, de alguma forma, antecipar a lei que será aplicada ao caso e não devem ser surpreendidas pela incidência de um Direito que não teriam qualquer razão para supor aplicável aos seus contextos particulares.

Dentro da lógica econômica aplicada ao DIPRI, a expectativa das partes é, também, questão da maior importância. Para Kazuaki Kagami⁹³⁴, a lei aplicável aos fatos precisa ser conhecida de antemão pelas partes, para que possa influenciar seus comportamentos. Pensando em um cenário hipotético de elaboração de um instrumento de DIPRI uniforme, o autor defendeu que o processo de elaboração e aplicação das normas de DIPRI deveria ocorrer em seis etapas sequenciais, conforme descrito na Figura 12, abaixo.

FIGURA 11 – Lógica sequencial do DIPRI



Fonte: Elaboração própria com base na análise de Kazuaki Kagami⁹³⁵.

⁹³³ MILLS, Alex. **The Confluence of Public and Private International Law: Justice, Pluralism and Subsidiarity in The International Constitutional Ordering of Private Law.** United Kingdom: Cambridge University Press, p. 10.

⁹³⁴ KAGAMI, Kazuaki. The systematic choice of legal rules for Private International Law: an Economic Approach. In: BASEDOW, Jürgen; KONO, Toshiyuki. **An Economic Analysis of Private International Law.** Tubingen: Mohr Siebeck, 2006, p. 19.

⁹³⁵ KAGAMI, Kazuaki. The systematic choice of legal rules for Private International Law: an Economic Approach. In: BASEDOW, Jürgen; KONO, Toshiyuki. **An Economic Analysis of Private International Law.** Tubingen: Mohr Siebeck, 2006, p. 20.

Em linhas gerais, a proposição de Kagami é a de que as partes devem poder decidir como irão se comportar levando em consideração o conhecimento obtido acerca das normas que lhe são aplicáveis. A lógica defendida pelo autor é a de que uma norma só poderá ser considerada eficiente se for capaz de induzir o comportamento das partes na direção desejada, o que evidentemente só acontecerá se a lei aplicável puder ser conhecida pelas partes antes delas decidirem sobre seus comportamentos.

A esse respeito, há que se destacar que, a despeito da inescusabilidade do desconhecimento da lei ser um princípio geral do Direito, no mundo real é possível que as partes escolham simplesmente agir sem estarem informadas sobre o Direito aplicável⁹³⁶. De fato, a lógica econômica estabelece que os indivíduos só obterão conhecimento sobre o Direito antes de decidirem como se comportar se os custos de agir sem conhecer a lei aplicável forem percebidos como maiores do que os custos para obtenção da informação sobre o Direito aplicável. Assim, se os custos para obtenção de informações sobre o Direito não forem altos demais (seja porque há meios para obter assessoria jurídica a baixo custo, seja porque é possível descobrir por conta própria o teor do comando legal), é provável que as partes busquem se informar antes de agir. Por outro lado, se os custos para obter informação do Direito forem elevados, as partes podem assumir o risco de escolherem suas ações sem estarem devidamente informadas.

Dentro deste contexto, uma primeira observação a se fazer é a de que o custo para se informar sobre uma regra será menor do que o custo de informar-se sobre a interpretação dominante de um determinado princípio⁹³⁷. Trata-se de um truísmo inerente à própria associação natural das regras com uma maior previsibilidade. Não obstante, uma das críticas formuladas ao *First Restatement* era a de que a complexidade do sistema de regras criado por Joseph Beale havia comprometido a previsibilidade de suas disposições.

De fato, a complexidade é inimiga da previsibilidade, pois os juízes podem não decidir de forma uniforme quando não compreendem os critérios. Ainda, a complexibilidade das regras eleva os custos para que as partes consigam interpretar adequadamente os critérios elencados para entender a norma que lhes é aplicável antes de praticarem qualquer ação⁹³⁸. A esse respeito,

⁹³⁶ KAPLOW, Louis. Rules versus standards: an economic analysis. *Duke Law Journal*. Vol. 42. Disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3207&context=dlj>. Acesso em 12 jun. 2022, p. 568

⁹³⁷ KAPLOW, Louis. Rules versus standards: an economic analysis. *Duke Law Journal*. Vol. 42. Disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3207&context=dlj>. Acesso em 12 jun. 2022, p. 564

⁹³⁸ ROOSEVELT III, Kermit. Certainty versus flexibility in the conflict of laws. In: FERRARI, Franco; ARROYO, Diego. (Ed.) *Private International Law: Contemporary Challenges and Continuing Relevance*. Northampton, USA: Edward Elgar Publishing, 2019, p. 7.

Dan Jerker Svantesson⁹³⁹ destaca que a excessiva complexidade do DIPRI pode gerar uma incerteza capaz de desestimular a ocorrência de transações econômicas. Assim, as regras de DIPRI devem buscar serem redigidas da forma mais simples possível. Não obstante, a aparente maior simplicidade dos princípios não se sustenta quando se analisa a dificuldade para se estabelecer seu efetivo conteúdo ao caso concreto.

A este respeito, Giesela Ruhl⁹⁴⁰ sugere que sejam comparadas as regras previstas no Regulamento de Roma I, que determinam a lei aplicável às obrigações contratuais no âmbito da União Europeia, com o princípio da *better law approach* do Direito estadunidense. O Artigo 4º, parágrafo 2º, do Regulamento de Roma I contém uma prescrição consideravelmente complexa, conforme segue:

Caso os contratos não sejam abrangidos pelo n.º 1, ou se partes dos contratos forem abrangidas por mais do que uma das alíneas a) a h) do n.º 1, esses contratos são regulados pela lei do país em que o contraente que deve efetuar a prestação característica do contrato tem a sua residência habitual⁹⁴¹.

Em síntese, a lei aplicável a um contrato em que as partes não tenham manifestado sua escolha sobre a lei aplicável deverá ser a do Estado em que a parte que deve efetuar a prestação característica do contrato tem sua residência habitual. Sob o ponto de vista gramatical, não há dúvidas de que uma norma que obrigue ao juiz aplicar, simplesmente, a melhor lei será mais facilmente compreendida. Para Ruhl⁹⁴², contudo, ainda que a norma do Regulamento de Roma I possa ser percebida como complexa, identificar previamente a lei aplicável é possível, pois bastará localizar quem irá exercer a obrigação característica do tipo contratual em comento (e a quem incumbirá apenas a contraprestação pecuniária, por exemplo). Assim, a despeito de uma complexidade inicial, é factível que as partes possam conhecer a lei aplicável e ajustar seus comportamentos a tal norma previamente. O mesmo não poderá ser dito, porém, sobre a lei que será considerada melhor por uma determinada Corte.

⁹³⁹ SVANTESSON, Dan Jerker B. **Private International Law and the Internet**. 3rd ed. The Netherlands: Kluwer Law International BV, 2016, p. 172.

⁹⁴⁰ RUHL, Giesela. Methods and Approaches in Choice of Law: an economic perspective. **Berkeley Journal of International Law**, vol. 24, 2006, p. 837. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=920999. Acesso em 22 ago. 2021.

⁹⁴¹ UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (CE) N.º 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho de 17 de Junho de 2009 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I). **Jornal Oficial da União Europeia**. 04 jul. 2008. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32008R0593&from=PT>. Acesso em 20 jun. 2022.

⁹⁴² RUHL, Giesela. Methods and Approaches in Choice of Law: an economic perspective. **Berkeley Journal of International Law**, vol. 24, 2006, p. 837. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=920999. Acesso em 22 ago. 2021.

Para antever a lei que seria aplicada sob a lógica do *better law approach* seria necessário comparar as leis potencialmente aplicáveis ao caso, buscar analisar os precedentes existentes e verificar como decidem as cortes em casos semelhantes, análise que pode ser inacessível a grande parte das pessoas. Há, ainda, a possibilidade de sequer existir harmonia entre os decisores que permita extrair um padrão consistente de decisões que aumente o grau de previsibilidade sobre o Direito aplicável. Isto pode ser especialmente provável quando se considera a perspectiva de um DIPRI internacionalizado, a ser aplicado por diferentes intérpretes, em Estados diversos e com culturas jurídicas distintas.

Partindo da premissa de que os custos para obtenção de informações sobre o conteúdo de regras são menores do que os custos para obtenção de informações sobre os princípios, Louis Kaplow⁹⁴³ elenca a possibilidade de três comportamentos diversos pelas partes:

- (i) as partes podem escolher agir sem a informação sobre o Direito aplicável, seja o comando legal exarado sob a forma de uma regra, seja sob a forma de um princípio;
- (ii) as partes podem escolher obter informação sobre o Direito aplicável tanto quando diante de normas legais expressas em regras, quanto diante de normas expressas em princípios; e
- (iii) as partes podem escolher obter informações quando estão diante de regras, mas não quando estão diante de princípios, pois os custos para obtenção de informações neste último caso se tornaram proibitivos.

Se as partes não se informam sobre o Direito aplicável previamente em nenhuma das hipóteses – alternativa (i) - o custo para obtenção da informação sobre o Direito aplicável torna-se questão irrelevante na análise da preferência por regras ou princípios. Se, por outro lado, as partes irão buscar obter as informações sobre o Direito aplicável em qualquer caso – alternativa (ii) - o fato de poderem fazê-lo com menores custos quando tal Direito é formado por regras é mais um argumento em prol da utilização deste modelo normativo. Ainda, se os custos para obter informação sobre a norma principiológica for proibitivo à parte, mas ela puder informar-se sobre o conteúdo do Direito quando o comando legal estiver expresso sob a forma de uma regra (conforme prevê a alternativa (iii)), isto significa que o comando legal de natureza principiológica não exercerá qualquer papel na escolha do comportamento das partes, ao contrário das regras, que serão consideradas pelos agentes ao definirem seus comportamentos.

⁹⁴³ KAPLOW, Louis. Rules versus standards: an economic analysis. **Duke Law Journal**. Vol. 42. Disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3207&context=dlj>. Acesso em 12 jun. 2022, p. 568.

Assim, as regras seriam mais eficazes em estimular o comportamento das partes na direção desejada, havendo uma possível maior conformidade ao comportamento legal esperando quando a norma é definida a partir de regras ao invés de princípios⁹⁴⁴.

Diante do exposto, pode-se concluir que um DIPRI baseado em regras traria uma maior previsibilidade *ex ante* (isto é, antes da ocorrência dos fatos) e assim permitiria às partes planejarem suas ações cientes da lei a que se submeteriam, podendo ajustar seus comportamentos aos incentivos criados pela legislação materialmente aplicável. Com isso, o DIPRI serviria de incentivo para o cumprimento espontâneo da legislação aplicável. Ademais, um DIPRI baseado em regras faria com que as partes incorressem em menores custos de conformidade, pois gastariam menos recursos buscando informações sobre qual o Direito lhes seria aplicável⁹⁴⁵.

A determinação apriorística da lei aplicável é a característica central do método conflitual, pautado na definição dos elementos de conexão que indicam a lei correta para cada tipo de relação jurídica. No entanto, para garantir previsibilidade, não basta que o elemento de conexão que indica a lei aplicável tenha sido determinado previamente. Faz-se necessário, também, que o elemento de conexão permita localizar o direito aplicável antes da ocorrência dos fatos – o que só ocorrerá se o critério escolhido se basear em informações que as partes já dispõem quando ainda estão decidindo sobre seus comportamentos. É por isto que Kazuaki Kagami⁹⁴⁶ afirma que o *timing* é um dos mais importantes fatores a serem considerados na elaboração de normas de DIPRI, tendo em vista que as partes que se envolvem em disputas transfronteiriças possuem diferentes informações e ocupam diferentes posições ao longo de suas relações.

O autor exemplifica a questão imaginando um acidente de carro ocorrido entre nacionais do Estado A e nacionais do Estado B, no território do Estado C. As partes sabem, antes do acidente ocorrer, que ambas estão no Estado C, mas desconhecem mutuamente suas respectivas nacionalidades. Assim, tem-se que a informação do local do hipotético acidente é conhecida *ex ante*, enquanto a informação da nacionalidade da potencial vítima só será conhecida *ex post*. As partes têm condições, portanto, de ajustar os seus comportamentos, suas medidas de precaução e seus planos de viagem, para que sejam compatíveis com as leis do

⁹⁴⁴ KAPLOW, Louis. Rules versus standards: an economic analysis. *Duke Law Journal*. Vol. 42. Disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3207&context=dlj>. Acesso em 12 jun. 2022, p. 564.

⁹⁴⁵ TRACHTMAN, Joel P. *Economic Analysis of Prescriptive Jurisdiction and Choice of Law*. (March 2001) Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=258183. Acesso em 22 jan. 2022.

⁹⁴⁶ KAGAMI, Kazuaki. The systematic choice of legal rules for Private International Law: an Economic Approach. In: BASEDOW, Jürgen; KONO, Toshiyuki. *An Economic Analysis of Private International Law*. Tubingen: Mohr Siebeck, 2006, p. 19.

Estado C. No entanto, não terão seus comportamentos influenciados por qualquer norma emanada pelo Estado A ou B, já que as informações pessoais dos outros motoristas não lhe são conhecidas. A aplicação das leis do Estado A ou B colocaria as partes em uma situação de incontrolável e imprevisível risco *ex ante*.

O cenário acima narrado é utilizado por Kagami⁹⁴⁷ para demonstrar que a possibilidade de uma corte julgar uma disputa e aplicar uma lei de um Estado que só se tornou conhecido às partes após a ocorrência dos fatos gera imprevisibilidade e compromete as expectativas legítimas das partes. Além disto, também será um fator que compromete a eficiência das leis domésticas, na medida em que reduz a possibilidade de a legislação induzir os comportamentos à direção desejada. Isso porque as leis que disciplinam a responsabilidade civil das partes em acidentes de trânsito frequentemente ambicionam reduzir a incidência dos acidentes de trânsito, estimulando as partes a adotarem medidas de precaução. As partes, porém, só adotarão as medidas de precaução desejadas pela lei se o seu respectivo conteúdo puder ser conhecido pelas partes antes da ocorrência do acidente⁹⁴⁸. No exemplo trazido pelo autor, a parte culpada pelo acidente não teria qualquer razão para seguir a lei de trânsito do Estado de origem da vítima antes da ocorrência do acidente, já que não teria motivos para supor que se envolveria em um acidente justamente com uma vítima originária daquele Estado determinado antes da ocorrência dos fatos em questão.

A situação demonstra que não são todos os elementos de conexão que, se disponibilizados *a priori*, permitem a identificação da lei aplicável *a priori*. A possibilidade de regulação da conduta por uma lei que não poderia ser antecipada às partes antes da ocorrência dos fatos é um sinal significativo da irrazoabilidade do critério empregado. O reconhecimento de que as partes possuem conhecimentos diferentes sobre os fatos ao longo dos tempos é crucial, portanto, para a observância da lógica sequencial definida por Kazuaki Kagami como ideal ao DIPRI.

Para permitir, assim, que o DIPRI satisfaça às expectativas razoáveis das partes diante da regulação da Internet, é preciso garantir que as partes poderiam antecipar que o Estado apontado como regulador poderia ser o Estado a regular suas condutas. Para isto, é preciso identificar quais as informações que estão disponíveis antes da ocorrência da transação.

⁹⁴⁷ KAGAMI, Kazuaki. The systematic choice of legal rules for Private International Law: an Economic Approach. In: BASEDOW, Jürgen; KONO, Toshiyuki. **An Economic Analysis of Private International Law**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, p. 20.

⁹⁴⁸ RUHL, Giesela. Methods and Approaches in Choice of Law: an economic perspective. **Berkeley Journal of International Law**, vol. 24, 2006, p. 809 Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=920999. Acesso em: 22 ago. 2021, p. 13.

6.5.2 “Eu (não) li e aceito os termos de serviço”: limites à autonomia privada

A circunstância na qual a expectativa das partes sobre a lei aplicável é a mais explícita se dá quando as partes se manifestaram previamente sobre qual lei desejavam que fosse aplicada para disciplinar suas condutas. A possibilidade de as partes escolherem a lei aplicável e a jurisdição competente aos casos transfronteiriços privados é um corolário da noção de autonomia privada, a “viga mestra do sistema contratual”⁹⁴⁹.

Alex Mills⁹⁵⁰ afirma que a coerência sistêmica exigida da perspectiva confluyente do DIPRI ao DIP pode reforçar o argumento em torno da autonomia privada enquanto critério para a alocação da autoridade regulatória em contratos internacionais, haja vista sua presença pervasiva nos diferentes sistemas jurídicos nacionais de DIPRI, assim o crescente reconhecimento do indivíduo como sujeito de DIP. No mesmo sentido, Erik Jayme⁹⁵¹ sustenta a ideia de autonomia privada para escolha da lei aplicável (inclusive em questões de Direito de Família) com base na noção de liberdade individual prevista em diversos instrumentos de Direitos Humanos.

Não se trata, contudo, de um critério que deve ser observado em todos os casos, já que podem existir diversas justificativas econômicas para limitar a liberdade contratual. Quanto às limitações a autonomia privada como critério no DIPRI, porém, há sensíveis diferenças entre os sistemas domésticos de DIPRI. Para o tema em debate nesta tese, interessa examinar as diferentes visões sobre a possibilidade dos termos de serviço das diversas plataformas digitais determinarem o foro competente e a lei que rege o seu funcionamento e sua relação com os usuários.

Na jurisprudência estadunidense, o caso *Huffington v. T.C. Group, LLC*⁹⁵² é considerado relevante por esmiuçar as condições de validade de cláusulas de eleição de foro. No contexto daquela disputa, estabeleceu-se que uma cláusula de eleição de foro só não deve ser observada se for resultado de fraude, ou, ainda, se o julgamento no local escolhido pelas partes for excessivamente inconveniente para propósitos práticos, injusto ou contrariar uma forte razão de ordem pública do foro no qual a disputa foi apresentada.

⁹⁴⁹ FORGIONI, Paula. **Contratos empresariais: Teoria Geral e Aplicação**. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 112.

⁹⁵⁰ MILLS, Alex. *The Confluence of Public and Private International Law: Justice, Pluralism and Subsidiarity in The International Constitutional Ordering of Private Law*. United Kingdom: Cambridge University Press, p. 293.

⁹⁵¹ JAYME, Erik. *Identité culturelle et intégration: le droit international Privé Postmoderne*. In: **Collected Courses of the Hague Academy of International Law** (Volume 251). Disponível em: http://dx.doi.org/10.1163/1875-8096_pplrdc_A9789041102614_01. Acesso em 28 mai. 2022, p. 128.

⁹⁵² UNITED STATES COURT OF APPEALS, First Circuit. *HUFFINGTON v. GROUP LLC LLC*. Disponível em: <https://caselaw.findlaw.com/us-1st-circuit/1557384.html>. Acesso em 10 jul. 2022.

Com base neste precedente, a jurisprudência americana tem reconhecido a aplicabilidade de cláusulas de eleição de foro mesmo em contratos eletrônicos e de consumo, desde que “não haja a exploração injusta de flagrante diferença no poder de barganha existente entre as partes”⁹⁵³. A premissa permanece válida, inclusive, para contratos de adesão em que o consentimento das partes é expresso por meio de um clique no botão “*I agree*”. Assim, decidiram as cortes de Nova Jersey no caso *Caspi v. The Microsoft Network*⁹⁵⁴, em que o autor buscava reparação por mudanças nas taxas de utilização do serviço de mensagens instantâneas “MSN”, oferecido pela Microsoft. As Cortes de Nova Jersey se declararam incompetentes para apreciar a disputa com base na Cláusula de Eleição de Foro presente nos Termos de Serviço da plataforma, que indicavam que as controvérsias emergentes da relação contratual só poderiam ser discutidas em Washington.

Assim como a escolha do foro competente, a escolha da lei aplicável em contratos internacionais também é reconhecida pela *common law* estadunidense contemporânea⁹⁵⁵, que leva em consideração os mesmos fatores ponderados quanto a cláusula de eleição de foro para atestar a validade da disposição que determina a lei aplicável em contratos internacionais⁹⁵⁶. Neste ponto particular, porém, o *Uniform Commercial Code* (UCC) estadunidense restringe o alcance de cláusulas de escolha da lei aplicável em contratos de consumo, ressaltando a invalidade de disposições que desprivam o consumidor de proteção.

No sistema jurídico europeu, o Regulamento de Bruxelas I *bis*⁹⁵⁷ é o documento que, atualmente, disciplina de maneira uniforme os conflitos de jurisdições intrabloco. Referido documento, em seu Artigo 25 (1) assegura a escolha das partes quanto a corte competente para apreciar as controvérsias emergentes da relação contratual entre elas existente. Não obstante, a validade das cláusulas de eleição de foro em contratos de consumo não é questão uniforme entre

⁹⁵³ SVANTESSON, Dan Jerker. *Private International Law and the Internet*. The Netherlands, Kluwer Law International BV, 2016, p. 397.

⁹⁵⁴ NEW JERSEY SUPERIOR COURT. *Caspi v. Microsoft Network LLC*. Disponível em: <https://www.quimbee.com/cases/caspi-v-microsoft-network-llc>. Acesso em 10 jul. 2022.

⁹⁵⁵ No *First Restatement*, no entanto, Joseph Beale rejeitava a ideia de autonomia privada das partes por considerar que os indivíduos não poderiam exercer uma prerrogativa que deveria ser dos legisladores. Este foi um dos pontos pelo qual o documento foi desde logo criticado. (MILLS, Alex. **The Confluence of Public and Private International Law: Justice, Pluralism and Subsidiarity in The International Constitutional Ordering of Private Law**. United Kingdom: Cambridge University Press, p. 317)

⁹⁵⁶ Svantesson destaca que não há uniformidade entre os diferentes estados nos Estados Unidos quanto às regras de conexão e métodos do DIPRI, mas a afirmação é em geral presente nos diferentes Estados, seja sob a forma da doutrinas modernas, seja pela aplicação do Restatement (Second) of Conflicts of Law. (SVANTESSON, Dan Jerker. **Private International Law and the Internet**. The Netherlands, Kluwer Law International BV, 2016, p. 416).

⁹⁵⁷ UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento EU nº 1215/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho de 12 de dezembro de 2012 relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial**. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32012R1215&from=EN>. Acesso em 12 jul. 2022.

os Estados do bloco europeu, sendo que a resposta para tal questionamento dependerá do Direito aplicável para reger a relação contratual⁹⁵⁸. Este, por sua vez, poderá ser escolhido pelas partes nos termos do Artigo 3 do Regulamento de Roma I, que estabelece a solução para conflitos de leis intrabloco.

De maneira geral, porém, consolidou-se, no sistema jurídico europeu, o entendimento de que de os consumidores devem ser protegidos da derrogação de seus direitos por meio de cláusulas de escolha da lei aplicável e do foro do contrato. Neste sentido, Tobias Lutz⁹⁵⁹ ressalta que as cláusulas de jurisdição só são válidas para ampliar os foros à disposição do consumidor, assim como a cláusula da lei aplicável não deve servir para afastar direitos que lhe seriam reconhecidos de forma mandatória pela legislação que seria aplicável na ausência de uma cláusula específica.

No Brasil, há intenso debate quanto ao papel da autonomia privada no DIPRI, especialmente no que diz respeito a sua utilização para definição da lei aplicável. No que diz respeito à eleição do foro, o Código de Processo Civil (CPC) de 2015 estabeleceu, ao contrário de seu antecessor, a possibilidade de as partes limitarem o alcance da jurisdição nacional por meio de uma Cláusula de Eleição de foro presente no contrato⁹⁶⁰. Não obstante, o próprio CPC estabelece que a cláusula deverá ser reputada como ineficaz se for considerada abusiva⁹⁶¹. Ainda, especificamente sobre o tema discutido nesta tese, o Marco Civil da Internet pontua que são nulas as cláusulas que determinam a submissão a foro exclusivo estrangeiro em contrato de adesão celebrados online e que envolvem serviços prestados no Brasil⁹⁶².

Assim, os termos de serviço e demais disposições contratuais com a qual as partes anuem por um simples clique não serão meios capazes de afastar a jurisdição brasileira (que se faz presente no caso de relações de consumo quando o consumidor é residente e domiciliado

⁹⁵⁸ LUTZI, Tobias. **Private International Law Online** (Oxford Private International Law Series) (p. 37). OUP Oxford. Edição do Kindle, 2020, p. 98.

⁹⁵⁹ LUTZI, Tobias. **Private International Law Online** (Oxford Private International Law Series) (p. 37). OUP Oxford. Edição do Kindle, 2020, p. 101.

⁹⁶⁰ “Art. 25 Não compete à autoridade judiciária brasileira o processamento e o julgamento da ação quando houver cláusula de eleição de foro exclusivo estrangeiro em contrato internacional, arguida pelo réu na contestação.” BRASIL. **Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em 12 jul. 2022.

⁹⁶¹ Nos termos do Artigo 63, parágrafo 3º do CPC. (BRASIL. **Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em 12 jul. 2022.)

⁹⁶² Assim preceitua o artigo 8º, parágrafo único do Marco Civil da Internet: “São nulas de pleno direito as cláusulas contratuais que violem o disposto no *caput*, tais como aquelas que: (...) II – em contrato de adesão, não ofereçam como alternativa ao contratante a adoção do foro brasileiro para solução de controvérsias decorrentes de serviços prestados no Brasil. (BRASIL. **Lei nº 12.965 de 23 de abril de 2014**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2014/lei/112965.htm. Acesso em: 12 jul. 2022).

no Brasil por força do Artigo 22 do CPC⁹⁶³). Quanto à liberdade das partes para definição da lei aplicável, o debate é extenso e escapa dos propósitos desta pesquisa⁹⁶⁴. Convém apenas destacar que a doutrina dominante no Brasil tem entendido que o artigo 9º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro é uma norma cogente, de aplicação obrigatória e impossível de ser derogada por meio da vontade das partes⁹⁶⁵. Assim, entende-se que a autonomia privada não é um critério amparado pelo ordenamento jurídico brasileiro contemporâneo para a definição do direito aplicável.

O que se nota, portanto, é que, embora algum grau de autonomia privada no DIPRI seja, em geral, admitido, não há uniformidade internacional quanto aos limites em sua utilização. A busca por uma compreensão sistêmica acerca das circunstâncias em que a autonomia privada pode ser aceita como critério e sobre as circunstâncias em que deve ser substituída por uma escolha pública da autoridade regulatória competente, assim, deve considerar uma visão equilibrada que contemple o reconhecimento internacional da autonomia privada e, também, o respeito pela autonomia regulatória dos Estados, baseados em suas visões culturais distintas⁹⁶⁶. Deve sopesar, também, os interesses da comunidade internacional como um todo, muitos dos quais expressos em instrumentos de DIDH.

Partindo da leitura do DIPRI a partir do método econômico e focado na promoção do bem-estar global, pode-se buscar algumas respostas. A economia não concebe os contratos como um jogo de soma zero, mas um jogo do tipo *win-win*: isto é, as partes decidem contratar porque ao fazê-lo estarão, ambas, em uma situação melhor do que estariam se não tivessem contratado⁹⁶⁷. Essa é a razão pela qual, em cenários em que não são considerados os custos de transação, o resultado da barganha será sempre Pareto-eficiente. Não obstante, como bem destacam Ejan Mackaay e Stéphane Rousseau⁹⁶⁸, no mundo real, o cenário em que as partes

⁹⁶³ “Art. 22. Compete, ainda, à autoridade judiciária brasileira processar e julgar as ações: II - decorrentes de relações de consumo, quando o consumidor tiver domicílio ou residência no Brasil;” (BRASIL. **Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em 12 jul. 2022.)

⁹⁶⁴ Sobre o tema ver em: BASSO, Maristela. A autonomia da vontade nos contratos Internacionais do Comércio. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, v. 12, 1996. Disponível em: <https://www.seer.ufrgs.br/revfacdir/article/download/69182/39071>. Acesso em 12 jul. 2022.

⁹⁶⁵ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direito Internacional Privado**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 413.

⁹⁶⁶ MILLS, Alex. **The Confluence of Public and Private International Law: Justice, Pluralism and Subsidiarity in The International Constitutional Ordering of Private Law**. United Kingdom: Cambridge University Press, p. 294.

⁹⁶⁷ KIRCHNER, Christian. An Economic Analysis of Choice of Law and Choice of Forum Clauses. In: BASEDOW, Jürgen; KONO, Toshiyuki. **An Economic Analysis of Private International Law**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, p. 44.

⁹⁶⁸ MACKAAY, Ejan. ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. Tradução de Rachel Sztajn. 2ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Atlas, 2020, p. 408.

contratam é marcado por informações incompletas e, muitas vezes, assimétricas, e por falhas de racionalidade que por vezes impedem às partes alcançarem o melhor resultado da barganha na tutela de seus interesses individuais. Além disto, há situações nas quais a barganha das partes gera efeitos sobre terceiros que não participam da transação. Todas estas situações podem ser justificativas econômicas à limitação da liberdade contratual e que justificam tanto uma redução à liberdade de contratar como uma redução da liberdade para escolher o Direito e o foro aplicável para apreciar uma eventual disputa que advenha deste contrato.

Conforme abordado no primeiro capítulo desta tese⁹⁶⁹, a assimetria informacional é uma das características que marcam as relações de consumo e que é acentuada pela Internet⁹⁷⁰, o que, sob um ponto de vista econômico, gera desconfiças que podem reduzir desestimular transações úteis ao bem-estar global. A este respeito, Dan Jerker Svantesson⁹⁷¹ pontua que a desconfiça entre os consumidores pode aumentar se as empresas puderem forçar a escolha da lei aplicável e da jurisdição competente por meio de termos de serviço aos quais o consumidor tenha manifestado sua adesão simplesmente clicando no botão escrito “Eu aceito”.

Convém destacar também, como o fez Christian Kirchner⁹⁷², que as partes em contratos internacionais, têm uma liberdade contratual maior do que as partes em contratos domésticos. Isto porque as partes em um contrato doméstico devem contratar observando os limites das normas cogentes existentes no Direito de seu Estado, enquanto as partes em um contrato internacional, ao exercerem a possibilidade de escolha do Direito aplicável por meio de uma cláusula contratual, podem afastar-se de normas imperativas indesejadas, reduzindo os limites existentes à autonomia privada.

Horatia Muir Watt⁹⁷³ sustenta, assim, que a elevada mobilidade internacional contemporânea já é, por si só, circunstância que permite às Partes escaparem das imposições de

⁹⁶⁹ Ver item 1.4.3.

⁹⁷⁰ Cláudia Lima Marques explica que a vulnerabilidade do consumidor se manifesta de diferentes formas, existindo quatro tipos de vulnerabilidades fundamentais: a técnica, a jurídica, a fática e a vulnerabilidade básica dos consumidores, chamada de “vulnerabilidade informacional”. A vulnerabilidade técnica advém do presumido desconhecimento específico quanto ao objeto ou serviço adquirido, sendo o consumidor, por isto, facilmente enganado quanto às características e utilidades de sua aquisição. A vulnerabilidade jurídica, por sua vez, decorre da falta de conhecimentos jurídicos específicos, que pode ser presumida do consumidor não profissional. Já a vulnerabilidade fática – também presumida – decorre das diferenças de poder econômico entre as partes. (MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 8ª ed. rev. atual., ampl, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 326 e ss.)

⁹⁷¹ SVANTESSON, Dan Jerker. **Private International Law and the Internet**. The Netherlands, Kluwer Law International BV, 2016, p. 154.

⁹⁷² KIRCHNER, Christian. An Economic Analysis of Choice of Law and Choice of Forum Clauses. In: BASEDOW, Jürgen; KONO, Toshiyuki. **An Economic Analysis of Private International Law**. Tubingen: Mohr Siebeck, 2006, p. 42.

⁹⁷³ MUIR WATT, Horatia. Aspects économiques du droit international privé: réflexions sur l’impact de la globalisation économique sur les fondements des conflits de lois et de juridictions. **Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye**. V.307, 2004, p. 54.

um determinado Direito nacional: uma empresa pode mudar de sede, por exemplo, e se instalar em outro Estado com vistas a se sujeitar a um ambiente regulatório mais favorável⁹⁷⁴. Isto pode ser ainda mais fácil quando se está diante de negócios digitais, cuja conexão física a um local determinado tende a ser da menor importância. Assim, a autora chama a atenção para o fato de que a autonomia privada tem ganhado mais adeptos do que nunca no DIPRI, já que as limitações a escolha da lei e da jurisdição pelas partes tende a ser questão superável pela elevada mobilidade dos agentes econômicos na contemporaneidade. Ora, se as partes conseguem escapar de normas imperativas indesejadas ao se instalarem ou incorporarem-se em outros Estados, ou ao localizarem seus servidores em um determinado local, pode não fazer sentido restringir sua habilidade de fazê-lo por meio de cláusulas contratuais.

Contudo, observando a questão a partir da perspectiva do bem-estar global, a possibilidade de as partes escaparem das normas imperativas do Direito de um Estado determinado por meio de uma cláusula de escolha da lei aplicável poderá desencadear estímulos a uma redução das normas imperativas locais, como decorrência da competição regulatória⁹⁷⁵. Isto porque a cláusula de escolha da lei aplicável e a cláusula de eleição de foro, combinadas com o amplo reconhecimento de sentenças e arbitragens estrangeiras, permite concretamente que as partes busquem o Direito de qualquer lugar, cujas disposições podem ser aplicadas no foro de qualquer Estado e, posteriormente, apenas executadas no local onde fisicamente há uma conexão com os fatos (o local onde a parte derrotada tem bens)⁹⁷⁶. Esse local (o local de execução), no entanto, é o que concretamente sentirá os efeitos da decisão emanada. Para evitar que as partes escapem da legislação nacional como um todo, elegendo um outro conjunto de normas nacionais (mais liberal) como aplicável às suas relações, os Estados podem ver-se inclinados a reduzir ao mínimo suas normas imperativas, dando ensejo ao fenômeno denominado de *race to the bottom*⁹⁷⁷.

É dentro deste contexto que Horatia Muir Watt⁹⁷⁸ sustenta que é necessário ao DIPRI criar salvaguardas que garantam a correção de distorções provocadas pelas situações em que a barganha das partes não contribui positivamente ao bem-estar da sociedade como um todo.

⁹⁷⁴ Sobre a questão da competição regulatória, ver o item 2.4.1.3 *supra*.

⁹⁷⁵ KIRCHNER, Christian. An Economic Analysis of Choice of Law and Choice of Forum Clauses. In: BASEDOW, Jürgen; KONO, Toshiyuki. **An Economic Analysis of Private International Law**. Tubingen: Mohr Siebeck, 2006, p. 42.

⁹⁷⁶ MUIR WATT, Horatia. Aspéctes économiques du droit international privé: réflexions sur l'impact de la globalisation économique sur les fondements des conflits de lois et de juridictions. **Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye**. V.307, 2004, p. 65.

⁹⁷⁷ Sobre o conceito e a explicação do fenômeno e suas implicações ao bem-estar global, consultar o item 4.3.1.

⁹⁷⁸ MUIR WATT, Horatia. Aspéctes économiques du droit international privé: réflexions sur l'impact de la globalisation économique sur les fondements des conflits de lois et de juridictions. **Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye**. V. 307, 2004, p. 54.

Cabe rememorar que existem circunstâncias que podem justificar, sob uma perspectiva econômica, a existência de normas imperativas no Direito Contratual⁹⁷⁹. Tais circunstâncias podem, portanto, justificar igualmente a limitação da liberdade de escolha do Direito aplicável e do foro competente.

Em especial no cenário em análise, tem-se que a escolha contratual do Direito aplicável por meio dos termos de serviço das plataformas digitais não deve repercutir sobre a regulação pública a qual devem estar submetidas. Do contrário, o DIPRI e as cláusulas contratuais de eleição da lei aplicável e da jurisdição se tornariam ferramentas capazes de tornar sem efeito as disposições voltadas a proteção de interesses que a comunidade internacional como um todo tem boas razões para querer proteger⁹⁸⁰.

6.5.3 Teste dos efeitos e o domicílio dos usuários

Como visto, há situações em que a autonomia privada não soluciona suficientemente os problemas de DIPRI que emergem sobre a Internet, seja porque se está diante de uma situação de responsabilidade extracontratual, ou porque as partes envolvidas na disputa não escolheram nenhuma lei, seja porque a escolha das partes gera distorções que o DIPRI pode ter razões sistêmicas para querer corrigir. Assim, faz-se necessário determinar outros fatores a serem considerados para definir se um determinado Estado pode exercer sua jurisdição e aplicar sua lei sobre uma atividade ocorrida *online*.

A este respeito, sob variadas denominações, tem sido comum que a justificativa para uma reivindicação jurisdicional por parte dos Estados - usualmente acompanhada também de uma determinação de aplicação extraterritorial da lei local - se baseie no fato da atividade desempenhada pela Internet produzir efeitos locais. Joanna Kulesza⁹⁸¹ e Alex Mills⁹⁸² destacam que o DIP há muito tempo reconhece a legitimidade de regulações estatais endereçadas a eventos ocorridos fora de seu território, mas que geram efeitos locais.

No âmbito do DIPRI, a doutrina dos efeitos desenvolveu-se nos Estados Unidos, para sustentar a aplicação extraterritorial das leis antitruste americanas, mas desde 1984 tem sido também empregada para questões ligadas à expressão, quando o julgamento do caso *Calder v.*

⁹⁷⁹ KIRCHNER, Christian. An Economic Analysis of Choice of Law and Choice of Forum Clauses. In: BASEDOW, Jürgen; KONO, Toshiyuki. **An Economic Analysis of Private International Law**. Tubingen: Mohr Siebeck, 2006, p. 47.

⁹⁸⁰ Tais razões foram discutidas no Capítulo 2 desta tese.

⁹⁸¹ KULESZA, Joanna. **International Internet Law**. Translated by Magdalena Arent and Wojciech Wotoszyk. New York: Routledge, 2012, p. 4-5.

⁹⁸² MILLS, Alex. **The Confluence of Public and Private International Law: Justice, Pluralism and Subsidiarity in The International Constitutional Ordering of Private Law**. United Kingdom: Cambridge University Press, p. 234.

Jones chegou à Suprema Corte dos Estados Unidos e tornou-se um *leading case* para questões de responsabilidade civil em casos de difamação.

A disputa ocorreu ainda no mundo pré-Internet: uma atriz californiana processou, na Califórnia, uma revista com sede na Flórida por difamação, mencionando injuriosas situações que teriam ocorrido na Califórnia, onde a revista teria grande circulação. A Suprema Corte dos Estados Unidos entendeu que a Califórnia seria competente para apreciar a questão com base nos efeitos da conduta danosa, que teriam ocorrido naquele estado, ainda que o local da publicação fosse outro. Neste sentido, afirmou: “a Califórnia é o ponto focal tanto do artigo supostamente calunioso quanto dos danos sofridos. A jurisdição sobre os petionários é, portanto, adequada na Califórnia, com base nos “efeitos” de sua conduta da Flórida na Califórnia”⁹⁸³. Embora a discussão fosse sobre um conflito de jurisdições doméstico nos Estados Unidos, o precedente também passou a ser utilizado em casos marcados pela transnacionalidade, inclusive para situações ocorridas em meios digitais e inspirou decisões em todo o mundo.

Na jurisprudência brasileira, a doutrina dos efeitos foi utilizada como fundamento para decisão do STJ no julgamento do Recurso Especial nº 1.168.547 – RJ, de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão⁹⁸⁴. O caso objeto do recurso envolvia uma bailarina brasileira, que havia trabalhado na Espanha para uma empresa que organizava shows de danças no continente europeu e africano. Após o término do contrato de prestação de serviço, a brasileira verificou que a empresa estava utilizando sua imagem, por meio de fotos e montagens, para divulgação dos shows, o que ocorria sem a sua autorização. Ela, então, ingressou em juízo, no Brasil, solicitando uma indenização por danos morais. A questão examinada pelo STJ foi, justamente, se o Brasil teria jurisdição adjudicativa para apreciar o caso em questão perante os tribunais domésticos.

O tribunal entendeu afirmativamente, sustentando que o fato de a autora ter domicílio no Brasil e de o *site* ser acessível aos usuários brasileiros seria base suficiente para que a questão fosse discutida no país, entendendo que o fato danoso (o dano à imagem) teria ocorrido em território nacional pois “é na localidade em que reside e trabalha a pessoa prejudicada que o

⁹⁸³ “California is the focal point both of the allegedly libelous article and of the harm suffered. Jurisdiction over petitioners is therefore proper in California based on the “effects” of their Florida conduct in California”. US SUPREME COURT. **Calder v. Jones**, 465 U.S. 783 (1984). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/465/783/>. Acesso em: 22 maio 2022.

⁹⁸⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp: 1168547 RJ 2007/0252908-3**. Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 11/05/2010, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 07/02/2011. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/19128034>. Acesso em: 24 nov. 2022.

evento negativo terá maior repercussão”. Ainda, há trecho do acórdão que merece destaque, por endereçar justamente a tensão entre o meio de comunicação global e o Direito nacional:

A comunicação global via computadores pulverizou as fronteiras territoriais e criou um novo mecanismo de comunicação humana, porém não subverteu a possibilidade e a credibilidade da aplicação da lei baseada nas fronteiras geográficas, motivo pelo qual a inexistência de legislação internacional que regulamente a jurisdição no ciberespaço abre a possibilidade de admissão da jurisdição do domicílio dos usuários da Internet para a análise e processamento de demandas envolvendo eventuais condutas indevidas realizadas no espaço virtual⁹⁸⁵.

A possibilidade de o domicílio dos usuários ser utilizada como justificativa para o exercício da regulação de um Estado sobre a Internet já foi amplamente discutida nesta tese⁹⁸⁶. Tendo em vista que um mesmo *site* terá diversos usuários, a sobreposição de exigências normativas conflitantes torna-se provável. Conforme bem sustentou Joel Trachtman⁹⁸⁷, se muitos Estados adotam essa mesma perspectiva, o resultado será uma tragédia dos comuns, semelhante à abordagem unilateral que invoca a aplicação extraterritorial da lei doméstica, examinada no quarto capítulo⁹⁸⁸. A tendência das empresas de pautarem-se pela norma mais rigorosa, então, pode gerar prejuízos às transações digitais.

Para tentar mitigar estes efeitos, os diversos sistemas de DIPRI nacionais adotaram variadas soluções, com abordagens mais flexíveis dos critérios solucionadores de conflitos. No DIPRI europeu, Tobias Lutzi⁹⁸⁹ destaca a denominada “abordagem mosaico”, consagrada por meio do caso *Fiona Shevill et all v. Presse Alliance*⁹⁹⁰, que versava sobre uma publicação difamatória em um veículo impresso distribuído em diversos Estados da União Europeia. Nesta decisão, ficou definida a fórmula de determinação dos limites jurisdicionais dos Estados europeus para apreciar os danos em litígios transfronteiriços de difamação: em síntese, o Estado de domicílio do autor da publicação difamatória seria competente para apuração dos danos globais causados pela publicação, mas cada Estado em que os efeitos foram sentidos seria

⁹⁸⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp: 1168547 RJ 2007/0252908-3**. Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 11/05/2010, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 07/02/2011. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/19128034>. Acesso em: 24 nov. 2022..

⁹⁸⁶ Ver item 3.1 e 3.2.3.

⁹⁸⁷ TRACHTMAN, Joel P. **Economic Analysis of Prescriptive Jurisdiction and Choice of Law**. (March 2001) Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=258183. Acesso em 22 jan. 2022, p. 60.

⁹⁸⁸ Ver item 3.2.3.

⁹⁸⁹ LUTZI, Tobias. **Private International Law Online – Internet Regulation and Civil Liability in the UE**. United Kingdom: Cambridge University Press, 2020, p. 79.

⁹⁹⁰ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. **Acórdão do Tribunal de Justiça**. 07 de março de 1995. Disponível em: <https://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=3F770F886425FC743A7AB4F8FC22FA97?text=&docid=98911&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=69591>. Acesso em 07 jun. 2022.

competente para apreciar os danos sofridos naquele Estado em particular⁹⁹¹. A abordagem recebe o nome de mosaico uma vez que gera um mosaico de cortes competentes, cada qual para apreciar uma parcela dos danos totais⁹⁹².

Tobias Lutzi destaca que a “abordagem mosaico” tem sido empregada para a solução de disputas *online* na Europa, tanto para conflitos de jurisdições como também para o conflito de leis, o que pode fazer com que uma Corte tenha de aplicar múltiplas leis diferentes para verificar a ocorrência dos danos e a incidência do dever de reparação. A estratégia não é usada apenas em casos de difamação, mas também em outras disputas de reparação de danos online, como as questões relacionadas à propriedade intelectual, por exemplo⁹⁹³. Para Ugo Draetta⁹⁹⁴, o grande número de tribunais competentes e a vastidão das leis aplicáveis a situações de responsabilidade extracontratual *online* seria uma justificativa para buscar um elemento de conexão diferente, do qual resultasse apenas uma lei aplicável para cada evento ocorrido no ambiente digital.

Um possível caminho para isto, então, pode estar em uma abordagem mais flexível do método conflitual, seara em que o princípio da proximidade pode despontar como alternativa.

6.5.4 Um teste de proximidade para a Internet

André de Carvalho Ramos define o princípio da proximidade como “a determinação da norma material mais adequada para a regência do fato transnacional ou ainda da jurisdição para solucionar o litígio a partir da detecção de vínculos mais próximos ou estreitos com a

⁹⁹¹ Neste sentido, justificou o tribunal: “o tribunal de cada Estado contratante em que a publicação difamatória foi divulgada e onde a vítima invoca ter sofrido um atentado à sua reputação é territorialmente o mais qualificado para apreciar a difamação cometida nesse Estado e determinar o alcance do prejuízo correspondente. Embora seja um facto que o julgamento dos diversos aspectos de um mesmo litígio por tribunais diferentes tem inconvenientes, o demandante tem sempre, no entanto, a faculdade de fazer o seu pedido global ou no tribunal do domicílio do demandado, ou no do lugar de estabelecimento do editor da publicação difamatória”. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. **Acórdão do Tribunal de Justiça**. 07 de março de 1995. Disponível em: <https://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=3F770F886425FC743A7AB4F8FC22FA97?text=&docid=98911&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=69591>. Acesso em: 07 jun. 2022.

⁹⁹² LUTZI, Tobias. **Internet Cases in EU Private International Law Developing a Coherent Approach**. Volume 66, Issue 3. July 2017, p. 687-721 Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/journals/international-and-comparative-law-quarterly/article/Internet-cases-in-eu-private-international-law-developing-a-coherent-approach/D0A2620AFC178147DCBFB7CCA394FC2D>. Acesso em: 18 jun. 2019.

⁹⁹³ HASTREITER, Michele A; WACHOWICZ, Marcos. Derechos de autor y Derecho Internacional Privado: la necesaria superación del paradigma de la territorialidade em la sociedade informacional. In: TERLIZZI, María Sol; WACHOWICZ, Marcos. **Propriedad Intelectual, sociedad y desarrollo**. Reflexiones desde Latinoamérica. Buenos Aires: Flacso Argentina; Curitiba: GEDAI-UFPR, 2020.

⁹⁹⁴ DRAETTA, Ugo. Internet et commerce électronique en droit international des affaires. **Collected Courses of the Hague Academy of International Law** (Volume 314). Disponível em: https://referenceworks.brillonline.com/entries/the-hague-academy-collected-courses/Internet-et-commerce-electronique-en-droit-international-des-affaires-volume-314-A9789004145573_01?s.num=2&s.f.s2_parent=s.f.book.the-hague-academy-collected-courses&s.q=INTERNET. Acesso em: 29 maio 2022.

situação analisada”⁹⁹⁵. Para Paul Lagarde, o princípio pode ser expresso pela seguinte norma de DIPRI: “A relação jurídica rege-se pela lei do país com o qual ela está mais estreitamente ligada”⁹⁹⁶.

O princípio da proximidade tornou-se um dos mais difundidos produtos da Revolução Americana do DIPRI, sendo que o conceito tem sido empregado tanto em sistemas nacionais de *civil law* como de *common law*. Para Mariana Sebalhos Jorge⁹⁹⁷, embora seja uma previsão ampla e flexível, o princípio da proximidade é compatível com as perspectivas clássicas de DIPRI, por demandar que sejam recrutadas as conexões mais próximas existentes entre o fato e os diferentes ordenamentos jurídicos. Em verdade, como bem afirmou André de Carvalho Ramos⁹⁹⁸, o embrião do princípio da proximidade pode estar na busca da sede da relação jurídica, introduzida por Savigny.

O reconhecimento do princípio da proximidade em diferentes sistemas jurídicos nacionais, tanto quanto em instrumentos convencionais de DIPRI permite, também, que o princípio seja visto como coerente ao propósito de ordenação das competências Estatais no plano internacional, no esforço confluyente entre DIP e DIPRI que se sustenta nesta tese. A este respeito, Alex Mills⁹⁹⁹ sustentou que o princípio da proximidade pode ser extraído também da noção de subsidiariedade do DIP, da qual pode-se inferir que a regulação deve ser buscada pelo sistema mais próximo àqueles que serão por ela afetados.

Diante das dificuldades para acomodar as relações jurídicas digitais nos elementos de conexão clássicos do método multilateral, ao mesmo tempo em que se reconhece que o excesso de discricionariedade judicial pode prejudicar uma adequada distribuição de competências regulatórias entre os Estados, o princípio da proximidade pode tornar-se útil para identificar o Direito aplicável às relações transfronteiriças digitais de forma coerente com as necessidades do sistema internacional. Resta, então, pontuar que tipos de fatores devem ser considerados na

⁹⁹⁵ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direito Internacional Privado**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p.161.

⁹⁹⁶ “*Un rapport de droit est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits*”. (Tradução livre de: LAGARDE, Paul. *Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain - Cours général de droit international privé* (Volume 196). **Collected Courses of the Hague Academy of International Law**. Disponível em: https://referenceworks.brillonline.com/entries/the-hague-academy-collected-courses/le-principe-de-proximite-dans-le-droit-international-prive-contemporain-cours-general-de-droit-international-prive-volume-196-A9789024734993_01?s.num=4&s.f.s2_parent=s.f.book.the-hague-academy-collected-courses&s.q=paul+lagarde. Acesso em 15 jan. 2023.

⁹⁹⁷ JORGE, Mariana Sebalhos. **O Princípio da Proximidade no Direito Internacional Privado à Luz dos Direitos Humanos**. Arraes Editores, 2022, p. 117.

⁹⁹⁸ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direito Internacional Privado**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p.161.

⁹⁹⁹ MILLS, Alex. **The Confluence of Public and Private International Law: Justice, Pluralism and Subsidiarity in The International Constitutional Ordering of Private Law**. United Kingdom: Cambridge University Press, p. 106.

construção de um teste de proximidade que permita identificar o Direito aplicável às relações jurídicas digitais.

Uma relação entre um usuário e uma plataforma de serviços digitais possui, ao menos, duas conexões possíveis: (i) o local de sede da plataforma; e (ii) o local de domicílio do usuário. Podem existir outras, já que os dados podem trafegar ou ser armazenados em outros países, que não o de qualquer das partes. Há, ainda, a possibilidade de os termos de serviço da plataforma indicarem a incidência do Direito de um país distinto ao da sua sede e ou do domicílio do usuário em questão. O princípio da proximidade permitiria, assim, inquirir qual dos sistemas jurídicos teria a conexão mais próxima ao caso em particular, ponderando acerca das questões concretas do caso e o interesse relevante em disputa.

Tome-se como exemplo o seguinte caso hipotético: uma empresa indiana desenvolveu uma plataforma que realiza traduções de documentos *online*. Os donos da empresa investiram em conhecimento jurídico, buscando obter informações sobre a legislação de privacidade e proteção de dados de seu país de origem e de alguns Estados nos quais pretendiam direcionar seus esforços de comercialização dos serviços ofertados pela plataforma. Assim, a plataforma foi desenvolvida de modo a assegurar conformidade com a legislação indiana e, também, com a legislação dos Estados do mercado-alvo. No entanto, ao disponibilizar a plataforma através da Internet, pessoas do mundo todo poderão utilizá-la. Se o domicílio do usuário ou o local do *download* da plataforma for utilizado como elemento de conexão para determinar a lei aplicável a proteção de dados pessoais, é possível que referida empresa veja-se vinculada a um Direito que não avaliou previamente.

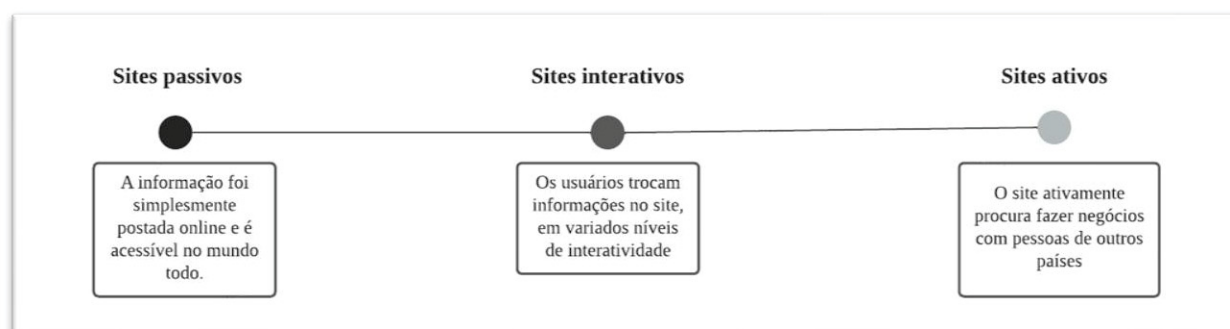
A questão subjacente é se a mera disponibilidade de um aplicativo em um dado país é um vínculo suficientemente estreito para o exercício de jurisdição prescritiva e adjudicativa. A este respeito, o caso *Club Resorts Ltd vs Van Breda*, julgado pela Suprema Corte do Canadá ofereceu uma interessante resposta. A disputa envolveu o caso de um canadense que se feriu em um hotel em Cuba e, posteriormente, buscou uma reparação civil perante os tribunais de Ontario. O argumento central foi o de que a existência de um site do hotel, acessível ao público canadense, poderia se qualificar como “fazer negócios no país”, sendo este um dos fatores que justificariam a apreciação do caso pelas cortes canadenses. A Suprema Corte do Canadá, contudo, sustentou que “o fato de um site poder ser acessado no país não é suficiente para

estabelecer que o réu está realizando negócios lá. A noção de realização de negócios requer alguma forma de presença real, e não apenas virtual, no país”¹⁰⁰⁰.

Diferenciar o que é uma presença real do que é uma presença meramente virtual, contudo, pode não ser tarefa simples. Em 1997, o caso *Zippo Manufacturing Company vs. Zippo Dot Com, Inc*¹⁰⁰¹ julgado pela Corte Distrital da Pensilvânia tornou-se um marco na busca por esta resposta. A *Zippo Manufacturing Company*, famosa fabricante de isqueiros estadunidense, acionou, perante a Corte Distrital da Pensilvânia, a *Zippo Dot Com*, uma empresa californiana que operava um site de notícias online, por infração aos direitos de marca no registro de nomes de domínio. O caso tornou-se notório porque a corte estabeleceu uma escala de interatividade com o público local para definir se a acessibilidade do *site* poderia ser entendida como uma efetiva presença local, capaz de justificar o exercício de jurisdição pelas cortes locais.

A Figura 12 abaixo representa graficamente a escala.

FIGURA 12 – Escala Móvel (Caso Zippo)



Fonte: Elaboração própria com base em Catherine Ross Dunham¹⁰⁰²

A Corte distrital da Pensilvânia estabeleceu, assim, uma distinção entre tipos de *sites*. Em uma ponta, estariam os *sites* ativos, que claramente fariam negócios com o público local pela Internet - oferecendo serviços *online*, celebrando contratos ou transmitindo arquivos - situação na qual o exercício jurisdicional do país dos usuários que acessaram o *site* se justificaria. Do outro lado do espectro estariam os sites meramente passivos, em que a

¹⁰⁰⁰ “The fact that a Web site can be accessed from the jurisdiction would not suffice to establish that the defendant is carrying on business there. The notion of carrying on business requires some form of actual, not only virtual, presence in the jurisdiction” (Tradução livre de: SUPREME COURT OF CANADA. **Club Resorts Ltd. v. Van Breda**, 2012 SCC 17, [2012]. Disponível em: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/8004/index.do>. Acesso em 15 jan. 2023).

¹⁰⁰¹ US District Court for the Western District of Pennsylvania. **Zippo Mfr. Co. v. Zippo Dot Com, Inc.**, 952 F. Supp. 1119 (W.D. Pa. 1997). Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/952/1119/1432344/>. Acesso em 04 jul. 2022.

¹⁰⁰² DUNHAM, Catherine Ross. Zippo-ing the Wrong Way: how the Internet has misdirected the Federal Courts in their Personal Jurisdiction Analysis. **University of San Francisco Law Review**. Vol. 43. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1273709. Acesso em 04 jul. 2022.

informação é apenas acessível a interessados. Neste caso, o exercício jurisdicional com base no domicílio do usuário não teria justificativa. Entre os dois extremos, porém, estariam os sites interativos, pelos quais há algum tipo de troca de informação. Neste caso, o grau de interatividade e a natureza comercial da troca de informação devem ser sopesados antes de afirmar a possibilidade do exercício jurisdicional local.

O caso é um dos precedentes mais citados quando o assunto é DIPRI e Internet, mas a perspectiva de sites estáticos que contemplou já soa obsoleta diante do atual emprego da tecnologia. Em verdade, desde os seus primórdios o teste estabelecido pelo caso *Zippo* foi criticado na medida em que a maior parte dos *sites* caíam no limbo da interatividade, para o qual não havia uma resposta pronta. Seria o caso da empresa de tradução, já que haveria *inputs* dos usuários, para além da mera acessibilidade da ferramenta. Contudo, é, também, a situação da maior parte dos sites na atualidade – mesmo aqueles que são aparentemente apenas repositórios de informações – na medida em que utilizam *cookies*¹⁰⁰³ para a captação de dados. Em 2015, o caso *Sioux Transportation v. XPO Logistics*¹⁰⁰⁴, julgado pela Corte Distrital do Arkansas, analisou criticamente o teste proposto no caso *Zippo*, e concluiu que as mudanças significativas ocorridas na Internet desde sua decisão justificam o abandono dos critérios de interatividade adotados na época.

Assim, outra tendência observada na jurisprudência de diferentes países tem sido denominada de *targeting*. A lógica é a de que uma determinada localidade terá jurisdição para apreciar uma disputa se a atividade *online* realizada foi, de alguma forma, a ela direcionada. Sob este argumento, por exemplo, o Tribunal de Justiça da União Europeia declinou a jurisdição nos casos *Pammer v Reederei Karl Schlüter GmbH & KG11 and Hotel Alpenhof GesmbH v Oliver Heller*¹⁰⁰⁵, enfatizando que apesar da existência e acessibilidade dos sites, não havia atividade comercial direcionada ao público europeu.

Essa abordagem também é adotada por normativas europeias, como é o caso do RGPD¹⁰⁰⁶, que estabelece o direcionamento de bens ou serviços ao mercado consumidor local

¹⁰⁰³ Os cookies são arquivos criados automaticamente por sites visitados e que permitem armazenar informações sobre os visitantes. TECHTUDO. **O que são cookies? Entenda os dados que os sites guardam sobre você.** Disponível em: <https://www.techtudo.com.br/noticias/2018/10/o-que-sao-cookies-entenda-os-dados-que-os-sites-guardam-sobre-voce.ghhtml>. Acesso em 01 fev. 2023.

¹⁰⁰⁴ UNITED STATES DISTRICT COURT WESTERN DISTRICT OF ARKANSAS FAYETTEVILLE DIVISION. **Sioux Transp., Inc. v. XPO Logistics, Inc.** Disponível em: <https://casetext.com/case/sioux-transp-inc-v-xpo-logistics-inc>. Acesso em 15 jan. 2023.

¹⁰⁰⁵ CJUE. **Joined cases C-585/08 Peter Pammer v Reederei Karl Schlüter GmbH & Co. KG and C-144/09 Hotel Alpenhof GesmbH v Oliver Heller (Grand Chamber)** [2010] ECR I-12527. Disponível em: <https://w3.abdn.ac.uk/clsm/eupillar/public/case/498>. Acesso em 15 jan. 2023.

¹⁰⁰⁶ Ver item 5.1.

como condição para sua aplicação. O Regulamento explicitou as condições para determinar se há ou não uma oferta de bens ou serviços ao mercado da União Europeia, conforme segue:

A fim de determinar se o responsável pelo tratamento ou subcontratante oferece ou não bens ou serviços aos titulares dos dados que se encontrem na União, há que determinar em que **medida é evidente a sua intenção de oferecer serviços a titulares de dados num ou mais Estados-Membros da União. O mero facto de estar disponível na União um sítio web do responsável pelo tratamento ou subcontratante ou de um intermediário, um endereço eletrónico ou outro tipo de contatos, ou de ser utilizada uma língua de uso corrente no país terceiro em que o referido responsável está estabelecido, não é suficiente para determinar a intenção** acima referida, mas há fatores, como a utilização de uma língua ou de uma moeda de uso corrente num ou mais Estados-Membros, com a possibilidade de encomendar bens ou serviços nessa outra língua, ou a referência a clientes ou utilizadores que se encontrem na União, que podem ser reveladores de que o responsável pelo tratamento tem a intenção de oferecer bens ou serviços a titulares de dados na União¹⁰⁰⁷ (grifo nosso).

No caso hipotético da empresa indiana que oferece os serviços de tradução, portanto, a incidência do RGPD se justificaria na medida em que pudesse se inferir a existência de uma intenção de atender ao mercado da Europa, a partir de circunstâncias do caso concreto. Dan Jerker Svantesson¹⁰⁰⁸, contudo, critica a abordagem defendida pela RGPD, uma vez que baseada na intenção subjetiva das partes, o que a torna bastante abstrata e potencialmente muito abrangente.

Embora, de fato, a norma que define a aplicabilidade espacial da RGPD seja ainda bastante abrangente, a perspectiva é mais restrita do que a proposta pela LGPD, no Brasil, que reclama sua aplicação sempre que for coletado um dado de pessoa que esteja no Brasil no momento da coleta, independentemente do direcionamento da atividade¹⁰⁰⁹. No caso hipotético da empresa indiana acima mencionado, a lei brasileira reclamaria sua aplicação, o que poderia ser uma verdadeira surpresa à empresa que não direcionou suas atividades ao mercado brasileiro.

Conforme se abordou no item 6.5.1 acima, a proteção às expectativas legítimas das partes deve ser um objetivo perseguido pelo DIPRI, tanto por razões sistêmicas que o

¹⁰⁰⁷ UNIÃO EUROPEIA. REGULAMENTO (UE) 2016/679 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO de 27 de abril de 2016 relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados). Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0679#d1e1554-1-1>. Acesso em 03 dez. 2022.

¹⁰⁰⁸ SVANTESSON, Dan Jerker. Extraterritoriality and targeting in EU data privacy law: the weak spot undermining the regulation. *International Data Privacy Law*, 2015, vol. 5., n. 4. Disponível em: [Extraterritoriality and targeting in EU data privacy law: the weak spot undermining the regulation, International Data Privacy Law | 10.1093/idpl/ipv024 | DeepDyve](#). Acesso em 15 de Janeiro de 2023.

¹⁰⁰⁹ Vide item 3.3.2.

consideram conectado ao DIP quanto por razões de eficiência econômica. Neste sentido, convém atentar à possível necessidade de flexibilizar o que Svantesson chamou de “santíssima Trindade das ficções legais”: (i) a noção de que o desconhecimento da lei é indefensável; (ii) a crença de que os cidadãos agem de forma informada sobre as leis que lhes são aplicáveis e (iii) a ideia de que o conhecimento da lei permite às partes calcularem seus comportamentos de forma previsível¹⁰¹⁰.

A busca pela construção de uma interoperabilidade jurisdicional para as situações digitais requer o reconhecimento de que algumas dessas premissas podem não ser reais quando se está diante de disputas oriundas do ambiente virtual e que pode ser necessário um exame mais detalhado do caso concreto antes de decidir pela aplicabilidade de uma lei nacional determinada. Isto porque exigir que alguém que disponibiliza um conteúdo *online* conheça o Direito de todos os Estados em que tal conteúdo pode ser acessado é impraticável, até mesmo porque nem todos os Estados mantêm suas leis acessíveis com facilidade em bancos de dados *online* e traduzidas para um idioma que possa ser compreendido por estrangeiros¹⁰¹¹. Assim, seria conveniente examinar se havia possibilidade concreta de a pessoa em questão conhecer a norma legal potencialmente aplicável antes do cometimento do ato que ensejou sua aplicação.

Nesse contexto, abordagens que consideram os esforços para atingir determinados mercados-alvo podem ser, de fato, mais razoáveis. Para Svantesson¹⁰¹², além de atentar para o direcionamento a um dado mercado, pode ser útil também observar se a empresa fez esforços para evitar mercados determinados. Para isso, inclusive ferramentas simples de geolocalização – como solicitar que o usuário informe seu local de origem e negar acesso a partir da resposta recebida - poderiam ser meios capazes de afastar uma determinada jurisdição, por demonstrar que a empresa não o tinha como alvo.

A esse respeito, frise-se que o Svantesson mudou sua opinião, pois anteriormente havia demonstrado preocupação com o uso das tecnologias que permitem a personalização da Internet conforme o local de acesso. Sobre isso, o autor sintetiza sua conclusão, ao afirmar que “se nossa escolha é entre uma Internet geolocalizada e uma Internet aberta, a maior parte das pessoas preferirá a Internet aberta; mas se a escolha é entre uma Internet geolocalizada e uma Internet

¹⁰¹⁰ SVANTESSON, Dan Jerker. The holy trinity of legal fictions undermining the application of law to the global Internet. **International Journal of Law and Information Technology**, June 2015. Disponível em: <http://ijlit.oxfordjournals.org/>. Acesso em 10 jul. 2022.

¹⁰¹¹ SVANTESSON, Dan Jerker. The holy trinity of legal fictions undermining the application of law to the global Internet. **International Journal of Law and Information Technology**, June 2015. Disponível em: <http://ijlit.oxfordjournals.org/>. Acesso em 10 jul. 2022, p. 222.

¹⁰¹² SVANTESSON, Dan Jerker. Time for the Law to Take Internet Geolocation Technologies Seriously. **Journal of Private International Law**, 8:3, 473-487, DOI: 10.5235/JPRIVINTL.8.3.473. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.5235/JPRIVINTL.8.3.473>. Acesso em 15 jan. 2023.

que só exiba conteúdo que não ofenda a lei de lugar algum do mundo, a opção pela geolocalização é certamente a melhor”¹⁰¹³.

Saliente-se que os mecanismos de geolocalização implementados para evitar determinados mercados não precisam ser infalíveis. A mera possibilidade teórica da norma vir a ser desrespeitada não pode servir como base para uma imposição extraterritorial de jurisdição¹⁰¹⁴. A esse respeito, Jack Goldsmith e Tim Wu¹⁰¹⁵ sustentaram que mesmo em situações alheias ao universo digital, as leis admitem certas possibilidades de burla, já que os custos para um controle perfeito são muito altos. Para os autores “o Direito não precisa ser completamente efetivo para que seja adequadamente efetivo. Tudo o que o Direito deve fazer é aumentar o custo de atividades para limitá-las à níveis aceitáveis”¹⁰¹⁶.

Portanto, o exercício jurisdicional dos Estados sobre a Internet deve buscar soluções adequadamente eficazes, ainda que não completamente eficazes, tendo em vista as necessidades de mitigar as externalidades geradas aos outros Estados – até mesmo em respeito ao princípio da não intervenção. Dentro desse contexto, um teste de proximidade pode considerar alguns fatores antes de decidir pela aplicação de uma lei determinada. Ao buscar identificar a norma com conexão mais próxima ao caso, sugere-se, assim, que o julgador faça as seguintes perguntas:

- (i) em quais locais os efeitos da conduta foram sentidos?
- (ii) era possível prever e/ou evitar os efeitos em um determinado local?
- (iii) as partes direcionaram esforços para alcançar ou evitar uma jurisdição determinada?
- (iv) qual(is) o Direito(s) que as partes podiam antever que fosse(m) aplicado(s)?
- (v) o teor do comando legal era acessível às partes de modo que pudessem ajustar os seus comportamentos?
- (vi) é possível atender ao comando legal personalizando configurações conforme o local de acesso?

¹⁰¹³ “If our option is widespread geo-location or an open Internet, I suspect most of us would prefer the open Internet. However, if our choice is between widespread geo-location or an Internet where only content that does not offend any law anywhere in the world is available, then I certainly favour widespread geo-location” – tradução livre) SVANTESSON, Dan Jerker B. **Solving the Internet Jurisdiction Puzzle**. Oxford Scholarship Online, 2017, p. 214.

¹⁰¹⁴ CARVALHO, Lucas Borges. Soberania digital: legitimidade e eficácia da aplicação da lei na Internet. **Revista Brasileira de Direito**. Passo Fundo, vol. 14, n. 2, p. 213-235, Maio-Agosto, 2018. Disponível em: <https://seer.atitus.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/2183/1838>. Acesso em 01 fev. 2023, p. 228.

¹⁰¹⁵ “The law need not be completely effective to be adequately effective. All the law aims to do is to raise the costs of the activity in order to limit that activity to acceptable levels.” GOLDSMITH, Jack; WU, Tim. **Who Controls the Internet? Illusions of Bordersless World**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2006, p. 67.

¹⁰¹⁶ GOLDSMITH, Jack; WU, Tim. **Who Controls the Internet? Illusions of Bordersless World**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2006, p. 67.

A resposta aos quesitos acima pode ser considerada para decidir qual dos múltiplos sistemas potencialmente incidentes é aquele que contém a conexão mais significativa com a relação jurídica em análise. Sugere-se, inclusive, que este questionamento considere as peculiaridades subjetivas das partes. Uma *big tech*, por exemplo, pode antecipar que suas aplicações serão acessadas no mundo todo e tem meios para buscar um *compliance* regulatório em diversos mercados, ao passo que pequenas *startups*, não. Assim, para evitar barreiras de entrada ao mercado digital, convém considerar as assimetrias de poder de mercado e a diversidade de modelos de negócio existentes nos mercados digitais.

Uma adesão internacional em torno de critérios como esses poderia, assim, representar um caminho coordenado para as diferentes reivindicações jurisdicionais dos Estados. Tais premissas também deveriam ser consideradas por mecanismos de cooperação internacional destinados a garantir a eficácia extraterritorial das decisões domésticas. Ainda que o elenco dos critérios acima não ofereça uma resposta única para os conflitos de leis oriundos do universo digital, tê-los em mente certamente representaria um ganho ao bem-estar global e à realização da justiça sistêmica na distribuição de autoridade sobre a Internet, tendo em vista os efeitos deletérios do cenário atual, marcado pela descoordenação de reivindicações exorbitantes.

Por fim, ainda que a promoção de determinados resultados materiais concretos não seja o objetivo último do DIPRI, há que se observar que a perspectiva confluyente do DIPRI ao DIP não o torna indiferente ao resultado material das disputas, existindo limites que se impõem tanto nos sistemas jurídicos domésticos quanto a partir do sistema internacional. Em outras palavras, isso significa dizer que, após identificar o Direito aplicável, cabe ao julgador, ainda, questionar se a solução dada por este Direito poderá ser aplicada ao caso concreto.

6.6 LIMITES AO DIPRI: A RESERVA DE ORDEM PÚBLICA E O DIDH

Embora a perspectiva proposta nesta tese conceba o DIPRI como um instrumento de coordenação da diversidade normativa, exercendo uma função de “sobredireito” em um sistema jurídico internacional, não se deve partir do pressuposto de que essa visão seja completamente despreocupada com os valores fundamentais dos sistemas jurídicos nacionais e do sistema internacional. Ao contrário, desde os primeiros desenvolvimentos teóricos da disciplina, já se reconhece, entre os estudiosos do tema, a possibilidade e necessidade de afastar disposições do Direito estrangeiro que violam as crenças fundamentais do foro. André de Carvalho Ramos¹⁰¹⁷

¹⁰¹⁷ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direito Internacional Privado**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p.323.

vislumbra nos denominados “estatutos odiosos” de Bártolo de Sassoferrato o embrião da cláusula de ordem pública, que pode ser entendida, assim, como um instrumento de proteção dos valores do foro que impede a incidência da norma estrangeira identificada pela norma de DIPRI, seja no conflito de leis, seja no conflito de jurisdições, ou para o reconhecimento de uma sentença estrangeira¹⁰¹⁸.

A reserva de ordem pública no DIPRI consiste, basicamente, numa ferramenta de valoração do direito interno de um Estado que tem o condão de afastar a aplicação do direito estrangeiro, ou a execução de atos e decisões proferidos no exterior, em razão de uma incompatibilidade com preceitos internos considerados fundantes da ordem jurídica doméstica. Para Jacob Dolinger, trata-se de um dos mais importantes princípios do DIPRI¹⁰¹⁹.

Embora esteja atrelado às visões e valores do foro, o princípio da reserva de ordem pública não é incompatível com a visão confluyente do DIP e do DIPRI que ora se sustenta, até mesmo porque encontra respaldo nas premissas do DIP que garantem às prerrogativas soberanas dos Estados e o direito à autodeterminação. Uma visão sistêmica e multicultural do DIPRI sugere, ainda, que não existe um critério de justiça universal, o que se exprime numa aceitação, também, de que os Estados terão diferentes princípios fundamentais, o que se deve respeitar.

A exceção de ordem pública é um corolário, assim, da tolerância que exprime a própria razão de ser do DIPRI. Segundo Norberto Bobbio¹⁰²⁰, a ideia de tolerância relaciona-se com a noção de respeito à pessoa alheia. Por mais que um indivíduo seja convicto de suas próprias visões de mundo, respeitar que o outro tenha visões diferentes (e quiçá que precise alcançar as conclusões certas por si só, depois de incorrer em enganos), é algo que exprime respeito e consideração pela visão dos demais. Bobbio ressalta, porém, que a noção de tolerância tem duas dimensões: uma positiva e outra negativa¹⁰²¹. No entendimento do autor, a dimensão positiva da tolerância é a que se opõe à intolerância, à exclusão do diferente. A tolerância em sentido negativo, por sua vez, se traduz na firmeza de princípios e na exclusão de tudo o que pode causar danos aos indivíduos e a sociedade. É sob esta visão de tolerância negativa, portanto,

¹⁰¹⁸ No Brasil, a reserva de ordem pública está expressa no artigo 17 da LINDB, que diz “As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes.” (BRASIL, **DECRETO-LEI Nº 4.657, DE 4 DE SETEMBRO DE 1942**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em 19 jun. 2022).

¹⁰¹⁹ DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado** – Parte Geral. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 385.

¹⁰²⁰ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 7ª tiragem. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 89.

¹⁰²¹ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 7ª tiragem. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 89.

que se insere a possibilidade de afastar a incidência do Direito estrangeiro sob o argumento da exceção da ordem pública.

Embora explorar o longo debate filosófico em torno dos limites da tolerância seja objetivo que transcenda ao escopo deste trabalho, convém atentar ao fato de que a tolerância em uma sociedade multicultural é uma ferramenta fundamental para o diálogo intercultural que pode promover uma construção coletiva de consensos. Para alcançar dito diálogo, porém, não se exige que o tolerante sacrifique suas próprias visões e seus próprios valores, mas faz-se necessário afastar as perspectivas fundamentalistas que são incompatíveis com a própria gênese da pluralidade. A este respeito, Habermas sustentou que:

As visões de mundo não fundamentalistas [...] permitem um debate civilizado entre as convicções, no qual uma parte pode reconhecer as outras partes como co-combatentes na busca de verdades autênticas sem sacrificar suas próprias reivindicações de validade. Nas sociedades multiculturais, a constituição nacional só pode tolerar formas de vida articuladas dentro de tais tradições não fundamentalistas, pois a coexistência com direitos iguais para essas formas de vida exige o reconhecimento mútuo das diferentes formas de vida: todas as pessoas também devem ser reconhecidas como membros de comunidades éticas integradas em torno de diferentes concepções do bem¹⁰²².

Amartya Sen¹⁰²³, em sua visão sobre multiculturalidade e direitos humanos, também firmou a crença no potencial das pessoas de diferentes culturas compartilharem valores e estabelecerem comprometimentos comuns, sobretudo a partir do diálogo intercultural. O DIPRI pode ser uma grande ferramenta de promoção deste diálogo, na medida em que promove a interconexão entre os diferentes sistemas jurídicos na solução dos casos concretos. A existência da exceção de ordem pública, assim, pode servir inclusive para garantir a abertura ao diálogo, pois traz a segurança de que dele não resultará uma imposição dos valores alheios.

É bem verdade, como bem afirmou Horatia Muir Watt¹⁰²⁴, que o princípio da tolerância e da ordem pública tem sido por vezes empregado de maneira condescendente, sugerindo uma superioridade dos valores do foro e uma aceitação apenas condicional do Direito

¹⁰²² “*The non-fundamentalist worldviews that Rawls characterizes as “not unreasonable comprehensive doctrines” [...] allow for a civilized debate among convictions, in which one party can recognize the other parties as co-combatants in the search for authentic truths without sacrificing its own claims to validity. In multicultural societies the national constitution can tolerate only forms of life articulated within the medium of such non-fundamentalist traditions, because coexistence with equal rights for these forms of life requires the mutual recognition of the different cultural memberships: all persons must also be recognized as members of ethical communities integrated around different conceptions of the good*”. (HABERMAS, Jürgen. *Struggles of Recognition in the Democratic Constitutional State*. In: TAYLOR, Charles. **Multiculturalism**: 15 (The University Center for Human Values Series) (p. 133). Princeton University Press. Edição do Kindle.)

¹⁰²³ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 313.

¹⁰²⁴ WATT, Horatia Muir. *Hospitality, Tolerance and Exclusion in Legal Form: Private International Law and the Politics of Difference*. **Current Legal Problems**. Vol. 70. N. 1 (2017). Disponível em: <https://doi.org/10.1093/CLP%2FCUX004?sid=semanticscholar>. Acesso em 11 dez. 2022, p. 138.

estrangeiro. Na perspectiva sistêmica defendida por Alex Mills e empregada nesta tese, porém, a tolerância à diferença está calcada na noção de respeito entre iguais que não condiz com presunções de superioridade¹⁰²⁵. Dentro deste contexto, a visão do DIPRI como parte de um sistema internacional de ordenação da autoridade requer que a reserva da ordem pública seja empregada com moderação e atenção às balizas gerais do DIP que definem, dentre outras coisas, os limites de incidência da jurisdição.

Como exemplo de aplicação equivocada do conceito, Alex Mills¹⁰²⁶ menciona o uso do argumento da ordem pública em decisões estadunidenses que invocam a perspectiva doméstica do país quanto à liberdade de expressão em casos que não tem qualquer conexão concreta com os EUA e que, por isto, não deveriam ver-se atrelados ao que claramente é uma decisão política local¹⁰²⁷. Referida ressalva feita pelo autor mostra-se extremamente importante para os debates sobre a regulação da Internet, seara na qual muitas decisões proferidas em outros países requerem a cooperação dos Estados Unidos para que sejam efetivamente aplicadas.

Assim, deve-se recordar que a reserva de ordem pública é um instrumento destinado a uma aplicação excepcional, sob pena de tornar-se mais uma expressão do *lex forismo* não cooperativo e nocivo tanto ao DIP quanto ao DIPRI. Neste cenário, como sintetizou André de Carvalho Ramos¹⁰²⁸ “o DIPRI deixa de ser o direito do respeito à tolerância e à diversidade e, desnaturado totalmente, passa a ser um simples direito narcísico que só aceita aplicar a lei estrangeira idêntica à do foro”.

Por outro lado, vale ressaltar que a perspectiva confluyente do DIP e do DIPRI demanda o reconhecimento da existência de uma ordem pública também de caráter internacional, expressa pelo DIDH. A despeito da pluralidade de culturas e valores, o DIDH representa hoje o norte comum que os diferentes sistemas jurídicos nacionais concordaram em perseguir. A perspectiva que aqui se defende dialoga com a proposição feita por Tatyana Friedrich¹⁰²⁹, que considera que os direitos humanos devem ser concebidos pelo DIPRI como normas imperativas. Não obstante, há algumas diferenças fundamentais entre a abordagem que agora se sugere e a

¹⁰²⁵ MILLS, Alex. **The Confluence of Public and Private International Law: Justice, Pluralism and Subsidiarity** in *The International Constitutional Ordering of Private Law*. United Kingdom: Cambridge University Press, p. 23.

¹⁰²⁶ MILLS, Alex. **The Confluence of Public and Private International Law: Justice, Pluralism and Subsidiarity** in *The International Constitutional Ordering of Private Law*. United Kingdom: Cambridge University Press, p. 258.

¹⁰²⁷ O autor cita o caso *Telnikoff v. Matusevitch*, que versava sobre o reconhecimento de sentença britânica envolvendo dois imigrantes russos acerca de publicações difamatórias, o qual foi negado com base na Primeira Emenda da Constituição dos Estados Unidos. COURT OF APPEALS OF MARYLAND. [Telnikoff v. Matusevitch, 347 Md. 561, 702 A.2d 230 \(1997\) | Caselaw Access Project](#). Acesso em 16 jan. 2023.

¹⁰²⁸ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direito Internacional Privado**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p.323.

¹⁰²⁹ FRIEDRICH, Tatyana Scheila. **Normas Imperativas de Direito Internacional Privado: Lois de Police**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 228.

proposta defendida pela autora, haja vista que as normas imperativas são concebidas como normas de aplicabilidade imediata, que anulam a busca pela lei aplicável a ser realizada pelo DIPRI¹⁰³⁰. A noção de ordem pública, por outro lado, tem uma função excepcional e retroativa, aplicada após a constatação de que o resultado material alcançado pelo Direito aplicável é inaceitável. Entende-se que o recurso excepcional da noção de ordem pública é mais indicado para uma perspectiva pautada no reconhecimento recíproco das diferenças valorativas em um sistema jurídico internacional.

Dentro deste contexto, a noção de uma ordem pública global calcada no DIDH pode servir a um duplo papel: por um lado, pode afastar a incidência de normas materiais que regulem a Internet sem a devida atenção aos direitos humanos; por outro, pode afastar a exequibilidade de decisões proferidas por Estados que exerceram sua jurisdição de forma exorbitante ou que tenham sido tomadas a partir da aplicação de um Direito estrangeiro que não tinha conexão suficiente ao caso, que não tenha sido suficientemente informado às partes e que tenha resultado em violações ao direito de todos a um julgamento justo. Por fim, a preferência por inserir o DIDH sob o conceito de ordem pública, e não de norma imperativa, tem por objetivo evitar que decisões sejam tomadas no âmbito doméstico antes de sequer considerar adequadamente as alternativas apresentadas pelo Direito estrangeiro.

Há que se reconhecer, porém, a importância do conceito de norma imperativa quando concebido a partir do prisma internacional. A este respeito, as normas de *jus cogens*, aceitas e reconhecidas pela comunidade internacional dos Estados no seu conjunto como normas da qual nenhuma derrogação é permitida¹⁰³¹, também podem exercer um importante papel.

A existência das normas de *jus cogens* no DIP é reconhecida pelos Estados, embora haja muita divergência sobre quais as normas que efetivamente se inserem neste conceito¹⁰³². A ideia de *jus cogens*, porém, pode servir para impedir derrogações domésticas e internacionais em regulações que afrontem de forma frontal o DIDH, sejam provenientes do Direito interno dos Estados, seja das autoridades privadas de normatividade existentes na Internet.

A esse respeito, há que submeter também a *lex informatica* ao crivo das normas de *jus cogens*, de modo a refletir às reflexões da comunidade global acerca de limites morais para os mercados digitais. As comunidades humanas já concordaram em extirpar práticas de mercado

¹⁰³⁰ FRIEDRICH, Tatyana Scheila. **Normas Imperativas de Direito Internacional Privado**: Lois de Police. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 228.

¹⁰³¹ FRIEDRICH, Tatyana Scheila. **As normas imperativas de Direito Internacional Público – Jus Cogens**. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 19.

¹⁰³² POSNER, Eric A. **The Perils of Global Legalism**. Chicago: The University Chicago Press, 2009, sem página - Locais do Kindle 2473 de 3533.

cuja proibição é hoje reconhecida abstratamente como uma norma imperativa de DIP, como é o caso da escravidão. Os perigos da governança algorítmica expressos no segundo capítulo desta tese¹⁰³³ e sua profunda interferência na cognição humana que tem causado a destruição de consensos fundamentais podem sugerir que há decisões sobre a tecnologia que precisarão - no curto prazo - ser tomadas pela comunidade global como um todo, sem que haja possibilidades de derrogação.

Uma abordagem que tem ganhado atenção recentemente é a perspectiva dos direitos humanos por *design* (“*human rights by design*”) que exige que a programação das plataformas digitais e das ferramentas de inteligência artificial seja feita de modo a abarcar as preocupações com direitos humanos, tornando-as parte do código da computação. A esse respeito, Dunja Mijatovic, Comissária do Conselho da Europa, em discurso feito em Conferência realizada em 2019 para discutir os impactos da inteligência artificial para os direitos humanos, a democracia e o Estado de Direito, afirmou:

O desenvolvimento tecnológico irrestrito pode destruir o sistema de proteção dos direitos humanos que construímos arduamente ao longo dos últimos 70 anos[...] **Portanto, está claro para mim que ou nós governamos o jogo, ou o jogo nos governará.** A IA influencia as decisões que tomamos. Ela pode fortalecer nossas liberdades ou oprimi-las. Pode reforçar a participação ou se tornar uma ameaça à democracia. Pode fortalecer as pessoas ou empurrá-las para a margem da sociedade. Cabe a nós conduzir a IA, e não o contrário. Para isso, a estrutura existente de direitos humanos deve ser aplicada e as preocupações e direitos de todos devem ser colocados no centro da concepção, desenvolvimento e implementação dos sistemas de IA. [...]. Como os Estados têm a responsabilidade de respeitar, proteger e cumprir os direitos humanos de cada pessoa, é seu dever garantir que as empresas privadas que projetam, desenvolvem ou utilizam sistemas de IA não violem as normas de direitos humanos.. [...] O Estado também deveria reforçar seu monitoramento do cumprimento dos direitos humanos pelos sistemas de AI e agir sempre que houver uma violação destes direitos.¹⁰³⁴.(grifo nosso)

¹⁰³³ Ver item 1.5 supra.

¹⁰³⁴ “*Unfettered technological development may uproot the human rights protection system we painstakingly built over the past 70 years.[...]It is therefore clear to me that either we govern the game, or the game will govern us. AI influences the decisions we take. It can strengthen our freedoms or oppress them. It can bolster participation or become a threat to democracy. It can empower people or push them at the margin of society. It is up to us to steer AI, not the other way round. To this end, the existing human rights framework must apply and the concerns and rights of everyone put at the centre of AI systems’ design, deployment and implementation. [...] Since States bear the responsibility to respect, protect and fulfill every person’s human rights, it is their duty to ensure that private companies which design, develop or use AI systems do not violate human rights standards. This can happen by engaging more resolutely with tech industries to make them aware of the necessity to incorporate human rights in the design of AI systems and push them to assess the human rights impact of these systems. [...] They should strengthen independent oversight and empower national human rights structures to engage in this field too.*”. COUNCIL OF EUROPE. **Intervention by Commissioner - Artificial intelligence and human rights.** High Level Conference – “Governing the Game Changer – Impacts of artificial intelligence development on human rights, democracy and the rule of law” – 26-27 February 2019. Disponível em: <https://rm.coe.int/hlc-helsinki-feb-2019-commhr-intervention-final/16809331b8>. Acesso em 04 fev. 2023.

A comunidade global deve assumir o firme compromisso de assegurar que os direitos humanos permeiem o desenvolvimento tecnológico e que ferramentas que desconsiderem as preocupações e impactos a estes valores fundamentais sejam proibidas. Avançar na criação de instrumentos de DIP que permitam endereçar as responsabilidades das empresas privadas em instâncias internacionais pode ser, também, relevante, mas cada Estado soberano tem o seu papel ao, por meio de suas jurisdições internas e na medida de suas competências, assegurarem a responsabilização doméstica. O DIPRI, por sua parte, deve permitir que tais decisões sejam exequíveis, assegurando que a mobilidade internacional da contemporaneidade não impeça a imposição de limites à tecnologia.

De tudo o que foi exposto, o que se percebe é que o DIP e o DIPRI se entrelaçam e se complementam, evidenciando que uma visão sistêmica e confluyente das duas disciplinas representa o único caminho para desenovelar a trama que envolve as noções de Internet e de jurisdição, garantindo o incentivo econômico às transações úteis ao bem-estar global, o respeito às diferenças e a proteção inderrogável dos direitos humanos.

Juntos, DIP e DIPRI podem estabelecer uma espécie de elo perdido entre a governança global da Internet e o pluralismo multicultural, permitindo, assim, potencializar uma das grandes riquezas da tecnologia, ao mesmo tempo em que são endereçados seus efeitos deletérios.

7 CONCLUSÕES

*“Havia um homem apaixonado pelas estrelas.
 Para ver melhor as estrelas, ele inventou a luneta.
 Ai formou-se uma escola para estudar a sua luneta.
 Desmontaram a luneta. Analisaram a luneta por dentro e por fora.
 Observaram os seus encaixes. Mediram as suas lentes. Estudaram a sua física óptica.
 Sobre a luneta de ver as estrelas escreveram muitas teses de doutoramento.
 E muitos congressos aconteceram para analisar a luneta.
 Tão fascinados ficaram pela luneta que nunca olharam para as estrelas”.*
Rubem Alves¹⁰³⁵

Há que se reconhecer: esta pode ser mais uma tese de Doutorado sobre lunetas. Ou melhor, esta é uma tese de Doutorado sobre o Direito e a Internet - que, assim como as lunetas, são ferramentas. A Internet, uma incrível e revolucionária ferramenta que propicia interações e relações humanas. O Direito, o instrumento de regulação dessas relações.

As relações humanas estão para a Internet e para o Direito assim como as estrelas estão para as lunetas no ensaio de Rubem Alves. Em especial para os propósitos desta tese, as relações humanas transnacionais propiciadas pelo caráter global da Internet, que permitiu aproximar pessoas físicas e jurídicas localizadas em países distintos, cada qual com seu próprio Direito.

Esta tese dedicou-se a examinar qual o papel de dois ramos do Direito em particular – o Direito Internacional Público (DIP) e o Direito Internacional Privado (DIPRI) - nos esforços de regulação da Internet. Por meio do método dedutivo de abordagem, analisou-se cinco premissas ao longo da construção dos cinco capítulos da pesquisa, tendo como base teórica os postulados da Análise Econômica do Direito (AED). Do trabalho realizado, foi possível extrair algumas conclusões descritivas e, outras, prescritivas a respeito das premissas examinadas e, também, da pergunta fundamental que motivou o estudo.

É o que se passa a expor.

¹⁰³⁵ ALVES, Rubem. **Ostra feliz não faz pérola** [livro eletrônico]. 3ª. ed. São Paulo: Planeta, 2021, p. 112.

a) **Primeira Premissa:** A regulação pública da Internet é necessária.

A primeira premissa dessa tese foi confirmada. A Internet, de fato, precisa ser regulada. Ou melhor, as interações humanas realizadas pela Internet precisam ser reguladas. Não há sentido em pretender que a Internet seja um espaço livre de regulação, em primeiro lugar, porque a Internet não é um espaço livre de regulação. Sendo uma ferramenta em constante aprimoramento, todas as suas funcionalidades são moldadas, produzidas, desenvolvidas, projetadas e programadas para atender ao interesse de quem detém o controle de sua programação. Em segundo lugar, porque não se conhecem sociedades humanas que tenham prescindido do Direito. *Ubi societas, ibi ius* – afinal.

Já não há dúvidas de que os detentores da programação das aplicações que moldam a Internet agem como importantes reguladores. Por meio dos termos de serviço, da moderação de conteúdo e, principalmente, do código de suas programações, são eles que definem o funcionamento da Internet. As fontes privadas de normatividade, porém, não desenvolveram os mecanismos de freios e contrapesos existentes em sistemas democráticos, de modo que carecem de *accountability* em seu exercício normativo.

Além disto, quem hoje detém o controle da programação da Internet são grandes empresas multinacionais, muitas das quais em posições monopolistas, de modo que a concorrência, neste caso, também não atua como boa reguladora. O ambiente digital apresenta, ainda, outras falhas de mercado, como o fato de se basear em um bem coletivo, como é a informação, permitindo sua fluidez com abrangência e velocidade sem precedentes, o que pode gerar preocupações legítimas em casos de difamação, violação de direitos intelectuais e na propagação de discursos de ódio e desinformação.

A situação torna-se ainda mais complexa em razão da assimetria informacional, já que, em geral, os usuários das aplicações da Internet não possuem todas as informações acerca de seu funcionamento. Além disso, na abundância de informação que permeia o universo digital, torna-se difícil distinguir o que é informação e o que é desinformação. Alguns modelos de negócios digitais, como é o caso das redes sociais da empresa *Meta* e do *Twitter* têm, ainda, poucos incentivos para se preocuparem com a qualidade e autenticidade da informação que circula por meio de seus canais, permitindo a disseminação de ruídos à comunicação humana.

Somada a intensiva coleta de dados pessoais realizadas pelas plataformas e pelo tratamento destes dados por meio de algoritmos direcionados para captar e potencializar preferências, tais ferramentas tem causado efeitos nefastos à cognição humana e corroído

consensos científicos e valorativos. Abundam exemplos no contexto atual que demonstram a perniciosidade destas ferramentas e a necessidade premente de uma regulação voltada à proteção inderrogável dos direitos humanos e dos valores democráticos, o que demanda uma atuação do aparato regulatório apenas disponível no Estado de Direito.

b) Segunda Premissa: A Internet e o Direito diferem fundamentalmente quanto à importância do território geográfico, o que desafia as capacidades regulatórias dos Estados soberanos.

De fato, o Direito estatal enfrenta dificuldades para regular as relações humanas transnacionais ocorridas pela Internet diante da aparente incompatibilidade existente entre as duas ferramentas: de um lado, o Direito, tradicionalmente calcado no modelo westfaliano e positivista que o compreende como produto dos Estados soberanos e, assim, obedece a limites jurisdicionais pensados sobretudo a partir de critérios territoriais; do outro lado, a Internet, ferramenta que traz em sua gênese a indiferença à geografia, propondo unir a todos, onde quer que estejam, em uma única *world wide web*.

A natureza global da Internet, porém, não advém de uma onipresença etérea e esotérica da tecnologia, como por vezes o desconhecimento quanto a sua infraestrutura técnica parece sugerir. A Internet, frise-se, é uma ferramenta humana, construída por seres humanos que possuem uma existência física concreta e que estão situados em lugares específicos. Ainda que grande parte de suas funcionalidades sejam comandadas por empresas, estas – ao menos no momento presente - não existem apenas em uma virtualidade incorpórea. Elas possuem uma sede e têm bens que estão situados em lugares determinados e são, em última instância, compostas por pessoas que existem no mundo real.

Muitas destas pessoas e empresas que comandam funcionalidades essenciais da Internet contemporânea estão, inclusive, no mesmo lugar: a costa oeste estadunidense, no que se convencionou chamar de Vale do Silício. Isso ajuda a compreender o porquê dos EUA, de maneira geral, resistirem às reivindicações jurisdicionais de outros Estados diante da Internet: ao ter exclusividade na jurisdição sobre tais corporações, o país pode também controlá-las conforme seus interesses.

No entanto, há que se ressaltar que a incompatibilidade que assombrou os primeiros estudos sobre Direito e Internet já foi muito maior. Hoje, nem bem o Direito segue calcado no dogma positivista da unidade do Direito Estatal, nem bem a Internet segue indiferente a geografia. Por serem ambos indispensáveis às relações humanas na atualidade, o Direito e a Internet têm tratado de se aproximar, em um processo inacabado, ainda em curso.

A Internet tornou-se atenta a localização dos usuários e, para acessar mercados, aceita, em alguns casos, moldar-se às preferências locais. O Direito, por sua vez, abriu-se ao pluralismo das fontes normativas. Os Estados soberanos aceitaram – talvez porque não tiveram escolha – compartilhar o poder de dizer o Direito com outras autoridades: entidades privadas, organizações não governamentais, organizações internacionais e outros Estados soberanos, por meio também do DIP.

Isso sugere que pode ser possível conciliar o Direito e a Internet.

c) Terceira Premissa: As iniciativas nacionais de regulação da Internet pelos Estados soberanos são ineficientes e prejudicam o bem-estar global.

A terceira premissa sobre a qual se debruçou a tese mostrou-se verdadeira, ao menos quando se parte da análise descritiva do comportamento dos Estados, que agem de forma auto interessada e, por vezes, oportunista diante da regulação da Internet. Tal situação gera insegurança jurídica e imprevisibilidade, pode desestimular investimentos no setor digital, aumentar a concentração de mercado e, em um paradoxo aos intentos regulatórios estatais, aumentar o poder das *big techs* ao permitir que perpetuem suas posições monopolistas.

Além disso, a postura dos Estados diante da regulação da Internet pode ser comparada a um Dilema do Prisioneiro, ferramenta de Teoria dos Jogos que explicita as vantagens e dificuldades para alcançar uma cooperação. Com isso, foi possível constatar que, embora individualmente, para cada Estado, seja melhor perseguir o seu auto interesse e aplicar a lei que lhe interessa para solucionar os casos particulares, se todos fazem o mesmo, o resultado é uma ruína coletiva, na qual ou se sacrifica o Direito, ou a Internet.

Se cada Estado aplica apenas a sua lei, negando-se a dar efetividade às leis dos demais, a ineficácia das regulações nacionais pode estimular a desregulamentação, já que a liberalização de um Estado gera externalidades aos outros. Práticas nocivas ao bem-estar global podem ver-se liberalizadas pelas dificuldades em coibi-las de maneira eficiente. Os custos da regulação não compensam quando ela é ineficaz, de modo que pode ser mais benéfico aos Estados simplesmente aboli-las. Exemplo emblemático pode ser encontrado nas discussões sobre liberalização de jogos de azar, nas quais um argumento frequentemente invocado em favor da desregulamentação recai sobre a dificuldade para impedir a ocorrência de apostas *online*.

Contudo, dado o caráter dinâmico das interações existentes entre os diferentes Estados, com suas diferenças normativas, a falta de cooperação ocasiona um movimento pendular, impulsionado pelas mudanças nas posições estratégicas desses atores, que ora pende na direção

da sub-regulação da Internet – permitindo que condutas prejudiciais sejam liberalizadas – ora se inclina para uma hiper-regulação da ferramenta, que pode prejudicar transações úteis e comprometer a liberdade de expressão em meios digitais.

Isso porque a ineficácia das regulações domésticas dos Estados os impulsiona a fazer reivindicações jurisdicionais cada vez mais agressivas e, embora a Internet permita a transmissão de informação a longas distâncias e de maneira indiferente aos limites geográficos, para que ela funcione globalmente, também é necessária a atuação de intermediários locais.

Empresas provedoras de telefonia e conexão, com servidores situados nos mais diversos países, possuem um papel central na arquitetura técnica da Internet. Além disso, muitas das empresas digitais são multinacionais que atuam com subsidiárias ou representações em diversos países. Por isso, os países muitas vezes conseguem impor suas normas sobre a Internet ao controlarem as pessoas, os bens e os intermediários locais, que se encontram em seus territórios. Os meios mais utilizados para isto tem sido a responsabilização pessoal de representantes locais, a desconsideração da personalidade jurídica para obrigar subsidiárias locais a responder pelas ações da matriz, e, em última instância, o bloqueio de aplicações efetuado a partir de ordens judiciais destinadas às operadoras de conexão locais. Destaque-se que tais medidas são adotadas a partir de uma racionalidade pragmática por parte dos Estados. Isso ficou evidente, até mesmo, na fundamentação da decisão do Ministro Gilmar Mendes na ADC nº 51, que embora versasse sobre a constitucionalidade de um tratado internacional, acabou merecendo uma incursão do Ministro Relator no raciocínio utilitário da imposição do próprio Direito doméstico diante da ineficiência de sistemas cooperativos internacionais

Diante disto, as empresas da Internet têm cedido às pressões regulamentares e, muitas vezes, utilizado ferramentas de geolocalização para implementar adaptações aos seus produtos e serviços de modo a atender as exigências de cada Estado, visando a acessar os mercados locais. Por outro lado, alguns países – como a China – fazem uso tão ostensivo destas ferramentas a ponto de possuírem uma versão alternativa e nacionalizada da Internet. A disseminação deste padrão pode acabar fragmentando a Internet e prejudicando sua capacidade de promover interações globais e de disseminar o diálogo intercultural.

Além disto, nem todos os Estados possuem a mesma capacidade de exigir a observância de suas preferências normativas das empresas que atuam em meios digitais, já que, em alguns casos, a empresa pode preferir simplesmente aceitar o bloqueio efetuado pelo país a conformar-se às suas exigências regulamentares. Isso acentua a desigualdade que já permeia o sistema internacional.

Por fim, vale destacar que, tal qual o cenário clássico do Dilema do Prisioneiro, a busca dos Estados, de maneira oportunista e sem cooperação, por seu bem-estar individual compromete os resultados em termos de bem-estar coletivo. Quando diversos Estados ao mesmo tempo impõem suas normas por meio de sanções indiretas que recaem sobre os atores com presença local e, também, com ameaças de bloqueios das plataformas digitais que descumprem suas disposições, a consequência pode ser uma hiper-regulação das redes digitais que coloca em risco a liberdade na Internet, pela tendência de os padrões mais restritivos de regulação prevalecerem sobre todos os demais.

Assim, a Internet antes vista como imune à regulação pode se tornar o mais regulado dos ambientes. Transações úteis ao bem-estar global podem ser proibidas globalmente apenas por ofenderem a lei de um Estado em particular. Os receios em torno da ideia de que a Internet seria uma “terra sem lei” dão lugar ao temor de que ela tenha se tornado, em verdade, “a terra de todas as leis”. Essas razões apontam à necessidade de uma solução para a regulação da Internet que perpassa pela cooperação entre os Estados.

d) Quarta Premissa: A regulação da Internet pode ser uniformizada globalmente.

A quarta premissa analisada na tese mostrou-se parcialmente verdadeira. É que, realmente, uma convergência espontânea da regulação em torno da Internet tem emergido, mas isso não ocorre por uma unificação formal do Direito. *A contrario sensu*, tal unificação advém de uma circunstância de fato, capitaneada por forças do mercado. A disseminação internacional das regulações europeias, no movimento que foi denominado de “efeito Bruxelas”, é especialmente notada no que diz respeito ao ambiente digital, com a ampla proliferação das normas de proteção de dados e moderação de conteúdo produzidas pelo bloco para além de suas fronteiras, com a inserção dos padrões europeus nos termos de uso das aplicações atuantes nos mercados digitais.

Uma vez que as normas europeias reivindicam sua aplicação como pré-condição de acesso ao mercado europeu, as empresas interessadas neste mercado adaptam-se à legislação da região, que tende a ser bastante rigorosa. Contudo, diante da proliferação de normativas simultaneamente incidentes, para as empresas multinacionais, internacionalizar o padrão mais rigoroso de normatividade pode gerar economias de escala, já que ao seguir o padrão mais exigente de normatividade atende-se simultaneamente aos demais. Assim, evitam-se os custos da adaptação normativa para cada local.

A despeito da inegável importância dos valores promovidos por algumas regulações europeias, sua disseminação não advém de um debate democrático global que as transformou em um consenso. Sendo assim, há riscos de as normas europeias contrariarem expectativas regulatórias legítimas de outros Estados, que, com condições socioeconômicas e culturais diversas, ficam alijados de manejar um dos recursos mais valiosos da contemporaneidade: a informação.

A promoção de uma *race to the top* regulatória pode, principalmente, atrapalhar o desenvolvimento de alternativas tecnológicas às *big techs* em países em desenvolvimento, haja vista as dificuldades para que empresas nascentes arquem com os custos regulatórios impostos resultantes da adesão ao padrão mais exigente de normatividade. Além disto, uma vez que a decisão de internacionalização do padrão europeu é feita por razões de economia de escala e visam, em última instância, ao lucro das grandes corporações, há uma tendência de neutralidade quanto aos valores promovidos pela regulação escolhida para se internacionalizar. Se, hoje, os padrões globalizados são os europeus, nada garante que assim o seja diante de mudanças em variáveis econômicas que alterem os incentivos existentes às empresas multinacionais. Elas atuarão para globalizar o padrão normativo cuja internacionalização lhes trazer economias de escala, ainda que isto signifique internacionalizar um conjunto de regras contraproducente aos objetivos de bem-estar e/ou à preservação dos valores humanos e democráticos.

De tal modo, conclui-se que, para escapar dos resultados negativos da atuação descoordenada dos Estados em seus intentos regulatórios da Internet, a solução precisa passar pela cooperação internacional que permita que as complexas questões regulatórias da sociedade informacional sejam debatidas em arenas democráticas e preocupadas com o interesse coletivo de maneira primordial.

O DIP é tradicionalmente o ramo do Direito que se encarrega de normatizar a cooperação entre os Estados por meio de instrumentos internacionais pelos quais são estabelecidos compromissos recíprocos. Porém, os elevados custos de transação nas negociações internacionais, a racionalidade limitada dos Estados e suas tendências oportunistas levam à implausibilidade a propositura de um tratado internacional global que discipline de maneira uniforme todas as questões emergentes da rede mundial dos computadores, de modo a satisfazer todos os interesses conflitantes, corrigir desigualdades do sistema internacional e, ainda, adaptar-se facilmente diante da velocidade das mudanças tecnológicas. Ademais, as fragilidades das instituições de DIP para promoverem a aplicação de suas normas também permite questionar a capacidade do DIP, sozinho e concebido de forma isolada dos sistemas jurídicos domésticos, implementar uma estrutura eficaz de cooperação internacional.

e) **Quinta Premissa:** A uniformização da regulação da Internet não é a única alternativa.

Com efeito, a quinta e última premissa pôde ser confirmada ao se identificar que, ainda que uma uniformização da regulação completa da Internet por instrumentos de DIP seja improvável, é possível alcançar uma harmonização a partir de padrões mínimos e balizas comuns e, ao mesmo tempo, coordenar as diferenças normativas existentes entre os Estados de maneira a garantir uma adequada repartição de autoridade regulatória sobre a Internet.

Tal perspectiva, em realidade, já está em curso, na medida em que o DIDH já se encarregou de definir as balizas normativas, firmando-se como um norte valorativo comum para os diferentes projetos regulatórios, públicos ou privados. No que concerne à disciplina da rede mundial de computadores não há de ser diferente, uma vez que os mesmos direitos que as pessoas possuem *offline* devem ser garantidos e respeitados *online*.

Por outro lado, a gestão do pluralismo normativo, tradicionalmente, é incumbência atribuída ao DIPRI, que desde sua criação - decorrente do emaranhado de normas de diversas fontes que caracterizou o Direito medieval europeu - preocupou-se em solucionar conflitos que poderiam emergir em relações conectadas simultaneamente a mais de um sistema jurídico normativo. De fato, há mais de 700 anos, o DIPRI tem sido visto com um meio para dar efetividade as normas extraterritoriais produzidas pelos Estados, a partir do reconhecimento e respeito recíprocos.

Ao delimitar o sistema jurídico a quem compete regular uma relação humana transnacional particular, o DIPRI tem potencial para solucionar o imbróglio que envolve a pluralidade normativa que incide sobre a Internet. Ao repartir competências entre os sistemas jurídicos domésticos, o DIPRI pode, inclusive, assegurar a eficácia horizontal do DIDH, garantindo também que as autoridades normativas privadas se sujeitem ao controle de convencionalidade das regras que impõem sobre a Internet. Com isso, o DIPRI pode suprir algumas das principais dificuldades na adjudicação desses direitos pelo sistema internacional, tais como a ausência de mecanismos coercitivos centralizados e o não reconhecimento das corporações enquanto sujeitos de direitos e obrigações pelo DIP.

O grande obstáculo para que o DIPRI contemporâneo assuma este papel, contudo, advém do fato de ser visto, na atualidade, como parte do Direito doméstico dos Estados, os quais o definem de maneira auto interessada e, muitas vezes, despreocupada com a coerência e uniformidade internacionais. É neste contexto que a tese, então, assume a postura propositiva para defender a importância de resgatar a conexão existente entre o DIP e o DIPRI, compreendendo a natureza confluyente entre ambos, tal como proposto por Alex Mills.

Defende-se, assim, que essa pode ser a resposta para os desafios jurisdicionais trazidos pela Internet: se os Estados concordarem com a regra de sobredireito, acordando sobre a melhor forma para repartirem suas competências regulatórias em âmbito internacional, os problemas trazidos pela pluralidade normativa descoordenada que incide sobre a Internet seriam em grande parte eliminados. A previsibilidade e segurança jurídica seriam alcançadas pela possibilidade de conhecer *a priori* o Direito aplicável e por saber que ele seria o mesmo, independentemente do local de julgamento da ação. A eficácia das normas internacionais também poderia ser obtida por meio da cooperação, sem que os Estados precisassem recorrer a medidas de imposição extraterritorial do Direito por meio de sanções mercadológicas que só beneficiam os mais poderosos e que, no longo prazo, podem ameaçar liberdades fundamentais. Tudo isso, sem sacrificar a possibilidade de os Direitos domésticos ajustarem a regulação material da Internet às particularidades de cada contexto socioeconômico e cultural específico.

O papel do DIPRI como uma ferramenta de alocação de autoridade em um sistema internacional de Direito é visto, assim, de forma semelhante ao papel das cláusulas de repartição de competências nas constituições de sistemas federativos. Seu objetivo deve ser alcançar a justiça sistêmica, entendida como a justa alocação da autoridade normativa no sistema internacional. Essa perspectiva alinha-se facilmente ao método multilateral do DIPRI, e encontra muitos de seus fundamentos na perspectiva teórica que, já no Século XIX, foi defendida por Friedrich Carl Von Savigny. Em verdade, foram acontecimentos políticos e econômicos da época que afastaram o método desenvolvido pelo autor de seus objetivos de uniformização global. Contudo, mesmo sistemas de DIPRI calcados no método unilateral também podem aderir a racionalidade sistêmica, bastando para isto que renunciem as perspectivas míopes e egoístas que consideram apenas o interesse do Estado do foro em detrimento aos da comunidade internacional.

Destaque-se, ainda, que, embora a uniformização do DIPRI por meio de instrumentos de DIP seja o caminho óbvio para promover esta solução, não se trata do único caminho. Em verdade, as aspirações por uma uniformização do DIPRI a partir do DIP muitas vezes partem de visões dualistas sobre a interação entre o Direito interno e o Direito Internacional, demandando instrumentos formais para uma comunicação entre dois diferentes sistemas. Contudo, quando se tem em mente uma visão monista internacionalista, torna-se fácil notar que o DIPRI é uma ferramenta de ordenação internacional descentralizada, operando em um sistema único de Direito que tem no DIP o seu vértice.

Dentro desse contexto, compreender o DIPRI como parte de uma ordem internacional coordenada não requer necessariamente a adoção de instrumentos formais de DIP para

definição de suas normas. Assim como a alocação clara de direitos de propriedade serve para reduzir desacordos entre particulares, uma alocação clara de direitos de jurisdição trará benefícios mútuos aos Estados, podendo induzi-los a uma uniformização espontânea do DIPRI.

Em alguma medida, a despeito da atual nacionalização do DIPRI, observam-se esforços de convergência internacional, seja a partir da adesão formal às convenções da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado ou pela influência de tais convenções na construção de outras propostas nacionais e regionais. A uniformização europeia do DIPRI também contribui à convergência global ao reforçar as vantagens de experiências cooperativas. Ainda, a racionalidade do DIPRI enquanto parte de um único sistema jurídico internacional não lhe é estranha, já que subjaz em suas raízes históricas atreladas ao DIP e se mantém presente nas influências recíprocas existentes entre os sistemas e no reconhecimento da importância das considerações do sistema internacional até mesmo em sistemas notórios pelo seu fechamento – como é o modelo estadunidense.

No que toca à regulação da Internet, são cada vez mais frequentes os exemplos de casos julgados em diversos países que utilizam como precedentes decisões de outros tribunais domésticos, ou que se preocupam com uma autocontenção decorrente da necessidade de coerência internacional. Além disso, o próprio funcionamento da arquitetura técnica da Internet, como uma rede descentralizada que prescinde de uma autoridade central, exemplifica que é possível chegar a uma estrutura regulatória coordenada a partir dos benefícios mútuos da cooperação.

A AED pode permitir inferir critérios e características às normas de DIPRI que se encarreguem desse papel. Em especial, tem-se que fatores como a existência de assimetrias informacionais ou oportunismo entre as partes que invalidem a possibilidade de livre escolha do Direito aplicável, a capacidade das partes de antever sua subordinação a um determinado sistema jurídico, a acessibilidade prévia do teor do comando legal e o direcionamento de esforços para acessar ou evitar determinados mercados, considerando a adoção de medidas de geolocalização como medidas legítimas para evitar a exposição a leis indesejadas, são aspectos que devem ser considerados na decisão sobre a aplicação de uma lei determinada.

De tal modo, uma vez definida a distribuição de autoridade adequada para a regulação da Internet, pode-se almejar uma convergência gradativa e espontânea em torno do padrão. A interoperabilidade jurisdicional pode ser alcançada com respeito a diversidade dos sistemas substantivos. O instituto da reserva de ordem pública, nesse contexto, atua como um limite, de aplicação excepcional, para a proteção dos valores fundamentais a cada Estado em particular e,

principalmente, em sua função internacional, para afastar perspectivas fundamentalistas inconciliáveis à abertura ao diálogo intercultural permeado pelos direitos humanos.

Assim, como conclusão das conclusões, afirma-se que o papel do DIP e do DIPRI na regulação da Internet é confluyente e complementar. A Internet tem como uma de suas grandes riquezas a abertura para os contatos entre as diferentes culturas e sua estrutura descentralizada pode oferecer uma inspiração para um modelo de governança descentralizado, integrando os diferentes sistemas jurídicos domésticos. O DIPRI fornece o meio para realizar essa integração, permitindo que diferentes culturas possam se organizar em seus diferentes intuitos para disciplinar a rede mundial de computadores, assegurando a coexistência da pluralidade de valores e visões existentes na comunidade global e abrindo o espaço ao diálogo intercultural.

Esse diálogo, por sua vez, deve ser permeado pelos princípios de DIP que orientam a ordem jurídica internacional, como as noções de igualdade soberana dos Estados, da não-intervenção e da subsidiariedade do sistema internacional. O elo existente entre o DIP e o DIPRI deve ser compreendido a partir de uma visão monista internacionalista acerca da relação entre o Direito interno e o Direito Internacional, por meio da qual entende-se que os instrumentos domésticos de DIPRI são ferramentas descentralizadas para a alocação de autoridade, de forma coerente, em um único sistema internacional de Direito.

O DIDH, por sua vez, apresenta o *ethos* transcultural e democrático para o mundo cibernético, garantindo que as diferentes visões existentes quanto à regulação da rede não percam de vista o papel desta revolucionária tecnologia de comunicação na emancipação dos indivíduos e na garantia de sua dignidade.

É precisamente dentro desse contexto que se aponta a possibilidade de a Internet reestabelecer a conexão perdida entre o DIP e o DIPRI.

7.1 SUGESTÕES PARA ESTUDOS FUTUROS

Como proposições para novos estudos, sugere-se explorar a AED como ferramenta para identificar os caminhos para uma adequada repartição de competências legislativas e jurisdicionais entre os Estados, tendo em vista a capacidade do método de mapear as consequências das escolhas empregadas pelos diferentes sistemas de DIPRI.

Na análise conduzida por esta tese, alguns fatores relevantes e dignos de consideração já foram identificados, em um esboço de um possível teste de proximidade para a definição da lei aplicável a uma relação jurídica transnacional ocorrida *online*, embora a tese não tenha

pretendido encontrar uma única resposta de DIPRI para os desafios jurisdicionais provenientes da Internet.

Aprofundar os estudos com pesquisas empíricas e de Direito Comparado, por exemplo, pode permitir mensurar o peso relativo dos fatores elencados, bem como atestar a existência de outros, de modo a permitir o desenvolvimento de regras de DIPRI para os contextos virtuais e possibilitar a elaboração de leis-modelo.

São sugestões de encaminhamentos futuros, quiçá, por outros pesquisadores.

Esta, por ora, pretende recordar o ensinamento de Rubens Alves mencionado ao início desta seção e deixar de lado o estudo das ferramentas, para voltar às relações humanas em si.

Em especial, as que lhe são mais caras.

E, assim, quem sabe, também lembrar-se de olhar para as estrelas...

REFERÊNCIAS

ACNUR, **Rohingya**. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/rohingya/>. Acesso em 30 jul. 2017.

ADAMS-PRASSL, Abi et al. Inequality in the Impact of the Coronavirus Shock: Evidence from Real time surveys. **Institute of Labor Economics**. Iza DP No. 13183. April 2020. Disponível em: <https://docs.iza.org/dp13183.pdf>. Acesso em: 06 jan. 2022.

ACCIOLY, Hildebrando.; BORBA, Casella.Silva. P.; SILVA, Geraldo.E.do. N. **Manual de Direito Internacional Público**. São Paulo: Editora Saraiva, 2018.

ACLU. **Surveillance under the Patriot Act**. Disponível em: <https://www.aclu.org/issues/national-security/privacy-and-surveillance/surveillance-under-patriot-act>. Acesso em 21 nov. 2022.

AGÊNCIA BRASIL. **Brasil adere à convenção de Budapeste contra Crime Cibernético**. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2022-11/brasil-adere-convencao-de-budapeste-contr-crime-cibernetico>. Acesso em 02 jan. 2023.

AGÊNCIA CÂMARA DE NOTÍCIAS. **Presidente do Congresso devolve ao governo a MP que limita remoção de conteúdos em redes sociais**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/805965-presidente-do-congresso-devolve-ao-governo-a-mp-que-limita-remocao-de-conteudos-em-redes-sociais/>. Acesso em 18 dez. 2021.

AGUSTINHO, Eduardo Oliveira. As tragédias dos comuns e dos anticomuns. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (org). **Análise Econômica do Direito: uma introdução**. Introdução, capítulos 1 a 4. p.13 a 69. Belo Horizonte: Forum, 2011.

ALI (The American Law Institute). **The Story of ALI**. Disponível em: <https://www.ali.org/about-ali/story-line/>. Acesso em 05 ago. 2020.

ALMEIDA, Fábio Portela Lopes. Análise Jurídica da Economia. **Revista do Mestrado em Direito da Universidade Católica de Brasília**, v. 1, n. 1, p. 49-101, 2007. Disponível em: <http://portalrevistas.ucb.br/index.php/rvmd/article/viewArticle/2617>. Acesso em: 15 dez. 2014.

ALSENOY, Brendan Van; KOEKKOEK, Marieke. Internet and jurisdiction after Google Spain: the extraterritorial reach of the ‘right to be delisted’. **International Data Privacy Law**, 2015. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/275227288_Internet_and_jurisdiction_after_Google_Spain_the_extraterritorial_reach_of_the_'right_to_be_delisted. Acesso em 12 set. 2021.

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559640645/>. Acesso em: 18 dez. 2021.

AMNESTY INTERNATIONAL. **The Social Atrocity**. Meta and the right to remedy for the Rohingya. Disponível em: <https://www.amnesty.org/en/documents/asa16/5933/2022/en/>. Acesso em 22 nov. 2022.

ANJOS FILHO, Robério Nunes. **Direito ao Desenvolvimento**. São Paulo: Saraiva, 2013.

ANTUNES, Laila Damascena; ROSA, Matheus; VILELA, Pedro. **Jurisdição e Internet: Estudo sobre mecanismos de bloqueio e fragmentação da rede**. Instituto de Referência em Internet e Sociedade: Belo Horizonte, 2017. Disponível em: <http://bit.ly/2PjUqYT>. Acesso em: 27 nov. 2022.

APDSI – Associação para a Promoção e Desenvolvimento da Sociedade da Informação. **Glossário da Sociedade da Informação**. Aldeia Global. Disponível em: <https://apdsi.pt/glossario/a/aldeia-global/#:~:text=%5Bing.%5D&text=%5Bdef.%5D,das%20novas%20tecnologias%20da%20comunica%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em 20 nov. 2022.

ARAÚJO, Nádia de. **Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira**. 5ª ed. atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

ARENDT, Hannah. **On Revolution**. London: Penguin Group, 1965.

AXELROD, Robert. **A evolução da cooperação**. São Paulo: Leopardo Editora, 2010.

BARBOSA, Denis Borges. **A Propriedade Intelectual e a teoria do market failure**. Disponível em: https://www.dbba.com.br/wp-content/uploads/pi_teorias_market_failure.pdf. Acesso em 18 set. 2022.

BARCELOS, Thainá do Nascimento et al. Análise de fake news veiculadas durante a pandemia de Covid-19 no Brasil. **Revista Panamericana de Salud Publica**, nº 45, 2021. Disponível em: <https://iris.paho.org/handle/10665.2/53907>. Acesso em 22 mai. 2022.

BARLOW, John Perry. **Declaração de Independência do Ciberespaço**. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/ciber/textos/barlow.htm>. Acesso em: 03 fev.2023.

BARROSO, Luiz Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARTLETT, Jamie. **The People vs. tech: how the Internet is killing democracy (and how we save it)**. New York: Penguin Random House, 2018.

BASSO, Maristela. A autonomia da vontade nos contratos Internacionais do Comércio. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, v. 12, 1996. Disponível em: <https://www.seer.ufrgs.br/revfacdir/article/download/69182/39071>. Acesso em 12 jul. 2022.

BASSO, Maristela. **Curso de Direito Internacional Privado**. 4ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

BASU, Kaushik. **The Republic of Beliefs: a new approach to law and economics**. United Kingdom: Princeton University Press, 2018.

BBC NEWS. **What the North Korean Internet really looks like**. Disponível em: <https://www.bbc.com/news/world-asia-37426725>. Acesso em: 27 nov. 2022.

BBC, **Por que a China barrou o Ursinho Pooh nas redes sociais**. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-40631815>. Acesso em 26 nov. 2022.

BECK, Alexandre. **Tirinhas de Armandinho**. Disponível em: <https://tirasarmandinho.tumblr.com/>. Acesso em: 10 abr. 2022.

BELLI, Luca; VENTURINI, Jamila. Private ordering and the rise of terms of service as cyber-regulation. **Internet Police Review – Journal on Internet Regulation**. Volume 5. Issue 4. Published on 29 Dec 2016. Disponível em: <https://policyreview.info/pdf/policyreview-2016-4-441.pdf>. Acesso em 05 dez. 2021.

BENKLER, Yochai. Internet Regulation: a case study in the problem of unilateralism. **European Journal of International Law**. Volume 11, Issue 1, 2000. Disponível em: <https://academic.oup.com/ejil/article/11/1/171/383114>. Acesso em 12 fev. 2022.

BIANCHI, Andrea. **International law theories: an inquiry into different ways of thinking**. Oxford University Press, 2016.

BIANCHI, José Flávio. Internet e Regulação: a ICANN à luz da teoria da regulação. **Revista de Direito Setorial e Regulatório**. Brasília, v. 2, n.1, p. 249. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/rdsr/article/view/19258/17756>. Acesso em 05 dez. 2021.

BLOQUEIOS INFO. **Caso Youtube**. Descumprimento de ordem judicial de retirada de conteúdo. Disponível em: <http://bloqueios.info/pt/casos/descumprimento-por-ordem-judicial/>. Acesso em 17 nov. 2022.

BLOQUEIOS INFO. **Linha do tempo**. Disponível em: <http://bloqueios.info/pt/linha-do-tempo/>. Acesso em 12 fev. 2022.

BLUM, Gustavo Glodes. Sobre a tessitura do mundo: deslocamentos topológicos na experiência vivida da política mundial na contemporaneidade. In: CARVALHO JR, Eduardo Teixeira. GALLO, Rafael Mandagaran. **Sociedade em Transição: Buscando novos temas e novas abordagens para a compreensão do mundo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Multifoco, 2019.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 7ª tiragem. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOMHOFF, Jacco. The Constitution of the Conflicts of Laws. In: MUIR WATT, Horatia. ARROYO, Diego. **Private International Law and Global Governance**. Oxford: Oxford University Press, 2014.

BORCHERS, Patrick J. The Choice of Law Revolution: an empirical study. **Washington and Lee Law Review**. Volume 49. Issue 2. Disponível em: <https://scholarlycommons.law.wlu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1868&context=wlulr>. Acesso em 18 jun. 2022.

BORGES, José Souto Maior. **Curso de Direito Comunitário**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BOTERO-BERNAL, Andrés. El positivismo jurídico en la historia: las escuelas del positivismo jurídico en el siglo XIX y primera mitad del siglo XX. In: FABRA ZAMORA, Jorge Luis; NUNEZ VAQUERO, Alvaro (Coord). **Enciclopedia de Filosofía y teoría del derecho**, volumen uno. Disponível em: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3875-enciclopedia-de-filosofia-y-teoria-del-derecho-volumen-uno>. Acesso em: 15 mai. 2020.

BOUK, Dan; W. Patrick McCray; Suman Seth. The History and Political Economy of Personal Data over the Last Two Centuries in Three Acts. **History of Science Society**, v. 32, p. 85 - 106, 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.1086/693400>. Acesso em 28 mai. 2021.

BRADFORD, Anu. **The Brussels Effect: How the European Union rules the world**. New York: Oxford University Press, 2020.

BRASIL, **Decreto nº 1.570 de 13 de abril de 1937, promulga as Convenções sobre direitos e deveres dos Estados e sobre Asilo Político, assinadas em Montevideu a 26 de dezembro de 1933**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d1570.html. Acesso em 15 nov. 2022.

BRASIL, **Decreto nº 592 de 06 de julho de 1992**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em 10 jul. 2022.

BRASIL, **Decreto nº 3.810, de 2 de maio de 2001. Promulga o Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo dos Estados Unidos da América, celebrado em Brasília, em 14 de outubro de 1997, corrigido em sua versão em português, por troca de Notas, em 15 fev. 2001**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/d3810.htm. Acesso em 21 nov. 2022.

BRASIL, **Decreto nº 4.829, de 3 de setembro de 2003**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/d4829.html. Acesso em 18 nov. 2022.

BRASIL, **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de Setembro de 1942 - Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em 23 nov. 2022.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, **Recurso Especial n. 63.981**, Quarta Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, Plínio Augusto Prado Garcia versus Panasonic do Brasil Ltda, j. 11 de abr. de 2000.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 51 – Distrito Federal**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/adc-51-voto-ministro-gilmar-versao-lida.pdf>. Acesso em 21 nov. 2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados, **Projeto de Lei 1471/15 da Deputada Renata Abreu (PTN-SP)**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1331468&filenam e=PL+1471/2015. Acesso em 01 mar. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 21 nov. 2022.

BRASIL. Decreto n. 19.841 de 22 de outubro de 1945. Promulga a Carta das Nações Unidas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D19841.htm. Acesso em 14 fev. 2021.

BRASIL. Lei 12.965 de 23 de abril de 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm. Acesso em 26 jul. 2022.

BRASIL. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em 12 jul. 2022.

BRASIL. Lei nº 13.709 de 14 de agosto de 2018. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm. Acesso em 26 jul. 2022.

BRASIL. Ministério da Justiça e da Segurança Pública. Ofício nº 965/2018/CGRA-DRCI-SNJ-MJ enviado em 20 de fevereiro de 2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5320379>. Acesso em 22 nov. 2022.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 635 de 2022. Dispõe sobre os requisitos de funcionamento dos provedores de rede social e mensageria instantânea. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2022/3/97CF02B755B1FC_projetodelei.pdf. Acesso em 21 nov. 2022.

BRASIL. STJ - REsp: 1776418 SP 2018/0126897-2, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 03/11/2020, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 19/11/2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. n. 1.518.604-SP. Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 15 de março de 2016. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/861743860/inteiro-teor-861743870>. Acesso em 10 jul. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. REsp: 1168547 RJ 2007/0252908-3. Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 11/05/2010, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 07/02/2011. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/19128034>. Acesso em: 24 nov. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp: 1776418 SP 2018/0126897-2, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 03/11/2020, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 19/11/2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. SEC: 8542 EX 2013/0081095-1, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 29/11/2017, CE - CORTE ESPECIAL, Data de Publicação: DJe 15/03/2018.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça. SEC: 9412 EX 2013/0278872-5**, Relator: Ministro FELIX FISCHER, Data de Julgamento: 19/04/2017, CE - CORTE ESPECIAL, Data de Publicação: DJe 30/05/2017.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. ADC 51 – Voto do Relator Min. Gilmar Mendes**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/adc-51-voto-ministro-gilmar-versao-lida.pdf>. Acesso em 20 nov. 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. ADI 5527/DF – Voto da Relatora Min. Rosa Weber**. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI5527voto.pdf>. Acesso em 20 nov. 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. ADPF 403 – Voto do Relator Min. Edson Fachin**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/fachin-suspensao-whatsapp-decisao.pdf>. Acesso em 20 nov. 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. INQUÉRITO 4.781 – DISTRITO FEDERAL. RELATOR MIN. ALEXANDRE DE MORAES**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/decisao-alexandre-moraes-twitter.pdf>. Acesso em 29 ago. 2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Petição 9.935 DF**. Decisão de 17 de março de 2022. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/DespachoTelegram1.pdf>. Acesso em 17 nov. 2022.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Conflito de Competência nº 0043027-43.2014.8.19.0000**, suscitado pela 25ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 27 de outubro de 2014, Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-rj/150098208>. Acesso em: 03 fev. 2023.

BRILMAYER, Lea; SEIDELL, Charles. Jurisdictional Realism: Where Modern Theories of Choice of Law Went Wrong and What Can be Done to Fix Them. **The University of Chicago Law Review**. Volume 86. N. 8. December 2019. Disponível em: <https://lawreview.uchicago.edu/publication/jurisdictional-realism-where-modern-theories-choice-law-went-wrong-and-what-can-be-done>. Acesso em 19 jul. 2020, p. 2020.

BUSINESS & HUMAN RIGHTS RESOURCE CENTRE. **Union Carbide/Dow lawsuit (re Bhopal, filed in the US)**. Disponível em: <https://www.business-humanrights.org/en/latest-news/union-carbidedow-lawsuit-re-bhopal-filed-in-the-us/>. Acesso em 14 jan. 2023.

CALABRICH, Bruno Freire de Carvalho. Sistema de Nomes de Domínio (DNS), ICANN e interesses brasileiros. **Revista de Direito, Estado e Telecomunicações**, v. 11, nº 2, p. 127-152, outubro 2019. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/RDET/article/download/27027/23481/55562>. Acesso em 16 nov. 2022.

CANAL TECH. **Instagram alcança 2 bilhões de usuários ativos, mas ainda é pouco para a Meta. 27 de outubro de 2022**. Disponível em: <https://canaltech.com.br/redes-sociais/instagram-alcanca-2-bilhoes-de-usuarios-ativos-mas-ainda-e-pouco-para-a-meta-228220/>. Acesso em 13 nov. 2022.

CANALTECH. **O que é armazenamento em nuvem e como funciona?** Disponível em: <https://canaltech.com.br/Internet/armazenamento-em-nuvem-o-que-e/>. Acesso em 15 nov. 2022.

CANALTECH. **O que é um backbone?** Disponível em: <https://canaltech.com.br/telecom/o-que-e-backbone/>. Acesso em 18 nov. 2022.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Deslocados e a proteção dos migrantes na legislação internacional dos Direitos Humanos. **Cadernos de Debates – Refúgio, Migrações e Cidadania**, v. 03, n. 03, 2008, p. 5. Disponível em: https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/02/Caderno-de-Debates-03_Ref%C3%BAgio-Migra%C3%A7%C3%B5es-e-Cidadania.pdf. Acesso em 13 jan. 2023.

CANVA, Michael. “Nobody knows you’re a dog: As iconic Internet cartoon turns 20, creator Peter Steiner knows the joke rings as relevant as ever”. **The Washington Post**. 31 jul. 2013. Disponível em: https://www.washingtonpost.com/blogs/comic-riffs/post/nobody-knows-youre-a-dog-as-iconic-internet-cartoon-turns-20-creator-peter-steiner-knows-the-joke-rings-as-relevant-as-ever/2013/07/31/73372600-f98d-11e2-8e84-c56731a202fb_blog.html. Acesso em 03 fev. 2023.

CARBONARA, Emanuela. PARISI, Francesco. The Economics of Legal Harmonization. **German Working Papers in Law and Economics**. Vol. 2006. Paper 16. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/6540987.pdf>. Acesso em 04 jan. 2023.

CARROLL, Lewis. **Alice no País das Maravilhas**: classic edition. Rio de Janeiro: Darkside books, 2019.

CARVALHO, Lucas Borges. **Soberania digital**: legitimidade e eficácia da aplicação da lei na Internet. Revista Brasileira de Direito. Passo Fundo, vol. 14, n. 2, p. 213-235, Maio-Agosto, 2018. Disponível em: <https://seer.atitus.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/2183/1838>. Acesso em 01 fev. 2023.

CASETEXT. **Loucks v. Standard Oil Co.** Argued May 3, 1918. Decided July 12, 1918. Opinion J. Cardozo. Disponível em: <https://casetext.com/case/loucks-v-standard-oil-co>. Acesso em 15 fev. 2021.

CASIMIRO, Sofia de Vasconcelos. Novas guerras em novos campos de batalha: o RGPD europeu e as gigantes tecnológicas norte-americanas. In: WACHOWICZ, Marcos. **Proteção de Dados Pessoais em perspectiva**: LGPD e RGPD na ótica do Direito Comparado. Curitiba: Gedai, UFPR, 2020, p. 107. Disponível em: https://www.gedai.com.br/wp-content/uploads/2020/11/Protecao-de-dados-pessoais-em-perspectiva_ebook.pdf. Acesso em 14 nov. 2022.

CASTELLS, Manuel. **A Galáxia da Internet**: reflexões sobre a Internet, os negócios e a sociedade. Tradução Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. Tradução de Roneide Venancio Majer. 17ª ed. rev. ampl. São Paulo: Paz e Terra, 2016.

CAVERS, David. A critique of the choice of law problem. **Harvard Law Review**. v. XLVII, December 1933, n.2 Disponível em: https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5467&context=faculty_scholarship. Acesso em 05 ago. 2020.

CCDH. **The Anti-Vaxx Industry**: how big tech powers and profits from vaccine misinformation. Disponível em: https://252f2edd-1c8b-49f5-9bb2-cb57bb47e4ba.filesusr.com/ugd/f4d9b9_6910f8ab94a241cfa088953dd5e60968.pdf. Acesso em 20 set. 2021.

CENTER FOR THE DIGITAL FUTURE. **The 2014 Digital Future Report**. University of Southern California. Disponível em: <http://www.digitalcenter.org/wp-content/uploads/2014/12/2014-Digital-Future-Report.pdf>. Acesso em 17 jun. 2022.

CERTIFIQUEI. **Hospedagem de site**: como funciona e como se relaciona à LGPD? Disponível em: <https://www.certifiquei.com.br/hospedagem-site/>. Acesso em 18 nov. 2022.

CETIC, **Resumo Executivo – Pesquisa TIC Educação 2020**. Disponível em: https://cetic.br/media/docs/publicacoes/2/20211124200731/resumo_executivo_tic_educacao_2020.pdf. Acesso em: 20 jan. 2022.

CGI.br, TIC. **Domicílios 2020** (Edição COVID-19 - Metodologia Adaptada), Disponível em: <https://cetic.br/pt/noticia/cresce-o-uso-de-Internet-durante-a-pandemia-e-numero-de-usuarios-no-brasil-chega-a-152-milhoes-e-o-que-aponta-pesquisa-do-cetic-br/>. Acesso em: 05 jan. 2021.

CGI.BR. **Documentos da Cúpula Mundial sobre a Sociedade da Informação – Genebra 2003 e Túnis 2005**. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2014.

CHAPELLE, Bertrand de la; PORCIUNCULA, Lorraine. We Need to Talk About Data: Framing the Debate Around Free Flow of Data and Data Sovereignty. **Internet and Jurisdiction Policy Network**. Disponível em: <https://www.Internetjurisdiction.net/uploads/pdfs/We-Need-to-Talk-About-Data-Framing-the-Debate-Around-the-Free-Flow-of-Data-and-Data-Sovereignty-Report-2021.pdf>. Acesso em 15 nov. 2022.

CHAPELLE, Bertrand; FEHLINGER, Paul. Jurisdiction on the Internet: From Legal arms race to transnational cooperation. **Internet & Jurisdiction Paper**. April 2016. Disponível em: <https://www.Internetjurisdiction.net/uploads/pdfs/Papers/IJ-Paper-Jurisdiction-on-the-Internet.pdf>. Acesso em 02 nov. 2022.

CIPOLI, Pedro. **O que é VPN?** Disponível em: <https://canaltech.com.br/Internet/o-que-e-vpn-23748/>. Acesso em 18 dez. 2021.

CJUE. **Joined cases C-585/08 Peter Pammer v Reederei Karl Schlüter GmbH & Co. KG and C-144/09 Hotel Alpenhof GesmbH v Oliver Heller (Grand Chamber)** [2010] ECR I-12527. Disponível em: <https://w3.abdn.ac.uk/clsm/eupillar/public/case/498>. Acesso em 15 jan. 2023.

CNJ. **Avaliação do desempenho judicial: desafios, experiências internacionais e perspectivas**. Brasília, CNJ: 2011.

COASE, Ronald. The Problem of Social Cost. **The Journal of Law & Economics**. Vol. 3 (Oct, 1960), p. 1-44. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/724810>. Acesso em: 15 nov. 2022.

COUNCIL OF EUROPE. **Intervention by Commissioner - Artificial intelligence and human rights**. High Level Conference – “Governing the Game Changer – Impacts of artificial intelligence development on human rights, democracy and the rule of law” – 26-27 February 2019. Disponível em: <https://rm.coe.int/hlc-helsinki-feb-2019-commhr-intervention-final/16809331b8>. Acesso em 04 fev. 2023.

CONSELHO DA EUROPA. **Guia dos Direitos Humanos para os Utilizadores da Internet** – Recomendação CM/REC (2014) e exposição de motivos. Disponível em: <http://www.odionao.com.pt/media/5185/GuiaDireitosHumanosUtilizadoresInternet.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2021.

CONSELHO DE SEGURANÇA DA ONU. 138 (1960). **Resolution of 23 June 190**. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/157/27/PDF/NR015727.pdf?OpenElement>. Acesso em 25 nov. 2022.

COOK, Walter W. The Logical and Legal Bases of the Conflicts of Law. **Yale Law Journal**. v. XXXIII. March, 1924. N. 5. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/193286358.pdf>. Acesso em 05 ago. 2020.

COOTER, Robert; SHAFER, Hans -Bern. **O nó de Salomão**: como o Direito pode erradicar a pobreza das nações. Tradução de Magnum Koury de Figueiro Eltz. Curitiba: CRV, 2017

COUNCIL OF EUROPE. **Internet Intermediaries**. Disponível em: <https://www.coe.int/en/web/freedom-expression/Internet-intermediaries#:~:text=duties%20and%20responsibilities%3F-The%20Council%20of%20Europe%20has%20developed%20human%20rights%2Dbased%20guidelines,between%20natural%20and%20legal%20persons>. Acesso em: 28 jul. 2022.

COUNCIL OF EUROPE. **The concept of intercultural dialogue**. Disponível em: https://www.coe.int/t/dg4/intercultural/concept_EN.asp#:~:text=Its%20objective%20is%20to%20enable,is%20still%20only%20loosely%20defined. Acesso em: 08 jan. 2023.

COUNCIL ON FOREIGN RELATIONS. **Confronting Reality in Cyberspace: Foreign Policy for a Fragmented Internet. Independent Task Force Report No. 80**. Disponível em: <https://www.cfr.org/report/confronting-reality-in-cyberspace/introduction>. Acesso em 25 out. 2022.

COURT OF APPEALS OF MARYLAND. **Telnikoff v. Matusevitch**, 347 Md. 561, 702 A.2d 230 (1997) | Caselaw Access Project. Acesso em 16 jan. 2023.

COX, Michael. ELLSWORTH, David. **Application-Controlled Demand Paging for Out of Core Visualization**. Disponível em: <https://www.nas.nasa.gov/assets/pdf/techreports/1997/nas-97-010.pdf>. Acesso em: 09 fev. 2021.

CRISTOFANI, Claudia Cristina. Contratos Relacionais, informação e resolução de litígios. In: POMPEU, Ivan Guimarães; GONÇALVES, Lucas Fulanete; BENTO, Renata Guimarães Pompeu. (Coord.) **Estudos sobre negócios e contratos: uma perspectiva internacional a partir da análise econômica do Direito**. São Paulo: Almedina, 2017

CURRIE, Brainerd. Notes on methods and objectives in the conflict of laws. **Duke Law Journal**, v. 1959, n. 2, p. 171-181, 1959 Disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1665&context=dlj>. Acesso em: 07 ago. 2020.

CURRIE, Brainerd. The constitution and the choice of law: governmental interests and the judicial function. **The University of Chicago Law Review**. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/1598212>. Acesso em 07 ago. 2020.

DASKAL, Jennifer. The Un-Territoriality of Data. **The Yale Law Journal**. 2015. Disponível em: https://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2108&context=facsch_1awrev. Acesso em 21 nov. 2022.

DATA REPORTAL. **Digital 2022 Brazil (February 2022)**. Disponível em: <https://www.slideshare.net/DataReportal/digital-2022-brazil-february-2022-v02>. Acesso em 26 nov. 2022.

DEL'OLMO, Florisbal de Souza. **Curso de Direito Internacional Privado**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

DESPAGNET, Frantz. **Précis de Droit International Privé**. Paris: L. Larose & L.Tenin, 1909.

DIBBEL, Julian. **A rape in Cyberspace**. December 23, 1993. Disponível em: <https://www.villagevoice.com/2005/10/18/a-rape-in-cyberspace/>. Acesso em: 09 set. 2021.

DICKINSON, Edwin. (Reporter) **Draft Convention on Jurisdiction with Respect to Crime. (1935)**. **American Journal of International Law**, 29(S1), Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/journals/american-journal-of-international-law/article/abs/draft-convention-on-jurisdiction-with-respect-to-crime/30D6EC4FC2D1E0377E93B7623992A189>. Acesso em 14 nov. 2022.

DODGE, William S. **Extraterritoriality and Conflict of Laws Theory: An argument for Judicial Unilateralism**. Volume 39, Number 1, Winter 1998. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2712013. Acesso em: 19 mar. 2022.

DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado: parte geral**. 10. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

DOWDLE, Michael W. On the limits of Constitutional Liberalism: in search of a constitutional reflexivity. In: Dowdle, Michael W; WILKINSON, Michael. **Constitutionalism Beyond Liberalism**. Cambridge: Cambridge University Press, 2016. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2686013>. Acesso em: 24 jul. 2022.

DRAETTA, Ugo. Internet et commerce électronique en droit international des affaires. **Collected Courses of the Hague Academy of International Law (Volume 314)**. Disponível em: https://referenceworks.brillonline.com/entries/the-hague-academy-collected-courses/Internet-et-commerce-electronique-en-droit-international-des-affaires-volume-314-A9789004145573_01?s.num=2&s.f.s2_parent=s.f.book.the-hague-academy-collected-courses&s.q=INTERNET. Acesso em: 29 maio 2022.

DUNHAM, Catherine Ross. Zippo-ing the Wrong Way: how the Internet has misdirected the Federal Courts in their Personal Jurisdiction Analysis. **University of San Francisco Law Review**. Vol. 43. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1273709. Acesso em 04 jul. 2022.

DUNOFF, Jeffrey L; TRACHTMAN, Joel P. A Functional Approach to International Constitutionalization. In: DUNOFF, Jeffrey L; TRACHTMAN, Joel P. **Ruling the world: Constitutionalism and International Law and Global Governance**. New York: Cambridge University Press, 2009.

DUNOFF, Jeffrey L.; TRACHTMAN, Joel P. **Economic Analysis of International Law: An Invitation and a Caveat**. April 20, 1998. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=73688. Acesso em: 22 out. 2014.

DUTTA, Anatol. Reciprocity. In: BASEDOW, Jurgen et. Al. **Encyclopedia of Private International Law**. United Kingdom: Edward Elgar Publishing, 2017.

DWORKIN, Ronald M. The Model of Rules. **The University of Chicago Law Review**. (1967). Vol. 35. Iss. 1, Article 3. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3553&context=uclrev>. Acesso em: 27 fev. 2022.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ECCHR. Universal **Jurisdiction**. Disponível em: <https://www.ecchr.eu/en/glossary/universal-jurisdiction/>. Acesso em 14 nov. 2022.

ECLAC (Economic Commission for Latin American and the Caribbean); I&JPN (Internet & Jurisdiction Policy Network). **Internet & Jurisdiction and ECLAC Regional Status Report 2020**. Santiago: United Nations Publication, 2020, p. 42. Disponível em: https://www.Internetjurisdiction.net/uploads/pdfs/Internet-Jurisdiction-and-ECLAC-Regional-Status-Report-2020_web.pdf. Acesso em 17 nov. 2022.

EFF (Electronic Frontier Foundation). **Section 230 of the Communications Decency Act**. Disponível em: <https://www.eff.org/issues/cda230>. Acesso em 23 set. 2022.

ELKIN-KOREN, Niva; SALZBERGER, Eli M. Law and Economics in Cyberspace. **International Review of Law and Economics**. 1999. Disponível em: https://law.haifa.ac.il/images/Publications/Law_and_economics_in_cyberspace.pdf. Acesso em 15 jan. 2022.

ESTARQUE, Marina; ARCHEGAS, João Victor. **Redes Sociais e Moderação de Conteúdo: criando regras para o debate público a partir da esfera privada**. Rio de Janeiro: Instituto

de Tecnologia e Sociedade do Rio, 2021. Disponível em: https://itsrio.org/wp-content/uploads/2021/04/Relatorio_RedesSociaisModeracaoDeConteudo.pdf. Acesso em 23 set. 2022.

EUROPEAN COMMISSION. Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. **A comprehensive approach on personal data protection in the European Union**. Brussels, 04.11.2010. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0609:FIN:EN:PDF>. Acesso em 03 dez. 2022.

EUROPEAN COMMISSION. **Questions and Answers: Digital Services Act**. Disponível em: https://www.ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/qanda_20_2348. Acesso em 22 nov. 2022.

EUROPEAN COMMISSION. **The EU Code of Conduct**. Disponível em: https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/combating-discrimination/racism-and-xenophobia/eu-code-conduct-countering-illegal-hate-speech-online_en. Acesso em 03 dez. 2022.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. O interesse de agir como pressuposto processual. **Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, v. v. 20, n. 1, p. 164 - 195, Janeiro/Abril 2018, p. 179.

FEINER, Lauren. **Supreme Court considers whether Twitter can be held liable for failing to remove terrorist content**. Disponível em: <https://www.cnbc.com/2023/02/22/supreme-court-hears-twitter-v-taamneh-case-about-terrorist-content.html>. Acesso em 12 de março de 2023.

FERMAN, Bruno et al. Viés de familiaridade na Alocação de Ativos de Investidores Brasileiros. **Revista Brasileira de Finanças**, 2017. N. 15 (1). Disponível em: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=305851924002>. Acesso em 19 jun. 2022.

FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del Estado de derecho In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo**. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

FINOCCHIARO, Maurice. The fallacy of composition: Guiding concepts, historical cases and research problems. **Journal of Applied Logic** 13 (2015), p. 24-43. Disponível em: <https://reader.elsevier.com/reader/sd/pii/S157086831500004X?token=031050E6545619491B71EA2B595A4EC9C49664610FCBC09BB38FAABDB1F401FA482B499B71B443E84B0222A72FEB085F&originRegion=us-east-1&originCreation=20220111152418>. Acesso em: 11 jan. 2022.

FIORAVANTI, Maurizio. Estado y constitución. In: FIORAVANTI, M. (Org.). In: **El Estado Moderno en Europa: Instituciones y derecho**. Madrid: Editorial Trotta, 2004.

FOLHA DE SÃO PAULO. **Hoje, bloqueio da Internet na China é mais questão comercial do que de direitos humanos, diz pesquisador**. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2021/07/hoje-bloqueio-da-Internet-na-china-e-mais->

[questao-comercial-do-que-de-direitos-humanos-diz-pesquisador.shtml](#). Acesso em 28 nov. 2022.

FORGIONI, Paula. **Contratos empresariais: Teoria Geral e Aplicação**. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

FRAZÃO, Ana. **Direito da Concorrência: pressupostos e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2017.

FREEDOM HOUSE. **Freedom on the Net 2021**. The Global Drive to Control Big Tech. Disponível em: https://freedomhouse.org/sites/default/files/2021-09/FOTN_2021_Complete_Booklet_09162021_FINAL_UPDATED.pdf. Acesso em 26 nov. 2022.

FREEDOM HOUSE. **Freedom on the net 2022 – Brazil**. Disponível em: <https://freedomhouse.org/country/brazil/freedom-net/2022>. Acesso em 26 nov. 2022.

FRENCH, Kenneth R.; POTERBA, James M. Investor Diversification and International Equity Markets. **NBER Working Paper Series**. January 1991. Disponível em: https://www.nber.org/system/files/working_papers/w3609/w3609.pdf. Acesso em 19 jun. 2022.

FRIEDMAN, Milton; FRIEDMAN, Rose. **Liberdade de Escolher**. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Editora Record, 2015.

FRIEDMAN, Uri. Big Data: A short history. **Foreign Policy**. October 8, 2012. Disponível em: <https://foreignpolicy.com/2012/10/08/big-data-a-short-history/>. Acesso em: 09 fev. 2021.

FRIEDRICH, Tatyana Scheila. **As normas imperativas de Direito Internacional Público – Jus Cogens**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

FRIEDRICH, Tatyana Scheila. **Normas Imperativas de Direito Internacional Privado: Lois de Police**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

G1. **Localização de endereço de IP: entenda como pode ser feito o rastreamento e o que é mito**. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/blog/altieres-rohr/post/2021/03/02/localizacao-de-endereco-de-ip-entenda-como-pode-ser-feito-o-rastreamento-e-o-que-e-mito.ghtml>. Acesso em: 18 dez. 2021.

G1. **Na China, aplicativos de rastreamento do coronavírus estão em toda parte**. Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2020/05/13/na-china-aplicativos-de-rastreamento-do-coronavirus-estao-em-toda-parte.ghtml>. Acesso em: 19 nov. 2022.

GEDAI. **Nota Técnica sobre a Medida Provisória 1.068/2021**. Disponível em: <https://www.gedai.com.br/wp-content/uploads/2021/09/Nota-Tecnica-GEDAI-MP-1.068.pdf>. Acesso em 18 dez. 2021.

GIBSON, William. **Neuromancer** (Trilogia do Sprawl). São Paulo: Editora Aleph, 2016. Edição do Kindle.

GICO Jr. Ivo, Introdução à Análise Econômica do Direito. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius. **O que é análise econômica do Direito**: uma introdução. Belo Horizonte: Forum, 2011.

GICO Jr., Ivo. **A tragédia do Judiciário**: subinvestimento em capital jurídico e sobreutilização do Judiciário. Tese de Doutorado. 2012. Universidade de Brasília. Disponível em: https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13529/1/2012_IvoTeixeiraGicoJunior.pdf. Acesso em: 04 dez. 2022.

GICO JR., Ivo. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. **Economic Analysis of Law Review**, v. 1, n. 1, p. 7-33, jan./jun. 2010. Disponível em: <http://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/1460/1110>. Acesso em: 21 out. 2014.

GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin; SCHAEFER, Fernanda. O caso Panasonic e as relações internacionais de consumo. In: FERRARO, Angelo Viglianisi; GNELA, Bogustawa; BANCHIO, Pablo Rafael; TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. (Eds). **Derecho del consumo y normas antimonopólio**. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2022.

GLOBOCNIK, Jure. The right to be forgotten is taking shape: CJEU Judgements in GC and Others (C-136/17) and Google v. CNIL (C-507/17). **GRUR International**, 69 (4), 2020, 380-388. Disponível em: <https://academic.oup.com/grurint/article/69/4/380/5732807>. Acesso em: 12 set. 2021.

GOLDSMITH, Jack L. **Against Cyberanarchy**. University of Chicago Law School. 1998. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=12783&context=journal_articles. Acesso em: 21 abr. 2022.

GOLDSMITH, Jack L. POSNER, Eric A. **The limits of International Law**. New York: Oxford University Press, 2005.

GOLDSMITH, Jack. Unilateral Regulation of the Internet: a modest defence. **European Journal of International Law** (11) 2000. Disponível em: <http://www.ejil.org/pdfs/11/1/508.pdf>. Acesso em: 09 jan. 2022.

GOLDSMITH, Jack; WU, Tim. **Who Controls the Internet?** Illusions of Bordersless World. Nova Iorque: Oxford University Press, 2006.

GOOGLE. **Our approach to competition in the U.S.** Disponível em: <https://blog.google/competition/#overview>. Acesso em 22 de nov. 2022.

GORENDER, Jacob. Estratégias dos Estados nacionais diante do processo de globalização. **Estudos Avançados**, 9(25), 93-112. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/eav/article/view/8888>. Acesso em 20 de nov. 2022.

GREEN, Michael S. Legal Realism, Lex Fori and the Choice of Law Revolution. **Faculty Publications**. 367. Disponível em: <https://scholarship.law.wm.edu/facpubs/367>. Acesso em 25 jul. 2020.

GREENBERG, Brad A. Rethinking Technology Neutrality. **Minnesota Law Review**. (2016). Disponível em: <https://osf.io/5th94/download>. Acesso em 18 jun. 2022.

GREENBERG, Marc H. A return to Lilliput: The LICRA v. Yahoo! Case and the regulation of online content in the world market. **GGU Law Digital Commons**. Disponível em: <https://digitalcommons.law.ggu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1430&context=pubs>. Acesso em: 22 ago. 2021.

GRIFFITHS, James. **The Great Firewall of China: How to build and Control an Alternative Version of The Internet**. London: Zed Book Ltd, 2019.

GUZMAN, Andrew T. **How international law works: a rational choice theory**. Oxford: Oxford University Press, 2008.

GUZMAN, Andrew. **Choice of Law: New Foundations**. (August 2000). Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=237802. Acesso em 05 jan. 2021.

HABERMAS, Jürgen. **Sobre a Constituição da Europa**. São Paulo: Ed. Unesp, 2012.
HABERMAS, Jürgen. Struggles for Recognition in the Democratic Constitutional State. In: TAYLOR, Charles. **Multiculturalism**. New Jersey: Princeton University Press, 1994.

HAGGERTY, Kevin D.; ERICSON, Richard V. **The surveillant assemblage**. Disponível em: https://www.uio.no/studier/emner/matnat/ifi/INF3700/v17/bakgrunnsnotat/the_surveillant_assemblage.pdf. Acesso em 15 ago. 2021.

HAILA, Yrjö. Beyond the Nature-Culture Dualism. **Biology and Philosophy**. Disponível em: https://www.researchgate.net/profile/Yrjo-Haila/publication/226977136_Beyond_the_Nature-Culture_Dualism/links/58617f7608ae329d61ff346e/Beyond-the-Nature-Culture-Dualism.pdf. Acesso em: 19 nov. 2022.

HARCOURT, Bernard E. **Exposed: Desire and Disobedience in the Digital Age**. Harvard University Press: 2015.

HARDIN, Garrett. The tragedy of commons. **Science**, Vol. 162. December 13th, 1968. Disponível em: <http://science.sciencemag.org/content/162/3859/1243>. Acesso em 01 mar. 2022.

HART, Herbert L. A. **O conceito de Direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2001.

HASTREITER, Michele A; WACHOWICZ, Marcos. Derechos de autor y Derecho Internacional Privado: la necesaria superación del paradigma de la territorialidad en la sociedad informacional. In: TERLIZZI, María Sol; WACHOWICZ, Marcos. **Propiedad Intelectual, sociedad y desarrollo**. Reflexiones desde Latinoamérica. Buenos Aires: Flacso Argentina; Curitiba: GEDAI-UFPR, 2020.

HASTREITER, Michele Alessandra. Ordem Privada. In: RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; DOMINGUES, Victor Hugo; KLEIN, Vinícius (Org.) **Análise Econômica do Direito: justiça e desenvolvimento**. Curitiba: CRV, 2016.

HASTREITER, Michele Alessandra. RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Conflitos de Leis e Jurisdições nas Transações celebradas a partir da Blockchain. **Revista Opinião Jurídica**. Ano 20, n. 33, jan/abr. 2022. Disponível em: <https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/3909/1527>. Acesso em: 22 out. 2022.

HASTREITER, Michele Alessandra. WINTER, Luís Alexandre Carta. Análise Econômica do Direito Internacional. **Revista de Direito Internacional**. Brasília, v. 12, n. 2, 2015, p. 269. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/3687/pdf>. Acesso em: 15 jan. 2022.

HASTREITER, Michele Alessandra; RIBEIRO, Maria Carla Pereira. O realismo jurídico e a revolução americana de direito internacional privado. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, n. 49, p. 140-162, ago. 2022. Disponível em: <https://www.seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/112276>. Acesso em 30 jan. 2023.

HASTREITER, Michele Alessandra; WINTER, Luís Alexandre Carta. Racionalidade econômica e os acordos bilaterais de investimento. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 12, n. 2, 2015.

HAUBEN, Michael. **The Net and Netizens: the impact the net has on People's Lives**. Disponível em: <http://www.columbia.edu/~rh120/ch106.x01>. Acesso em 19 nov. 2022.

HCCH. **Convention of 2 July 2019 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters**. Disponível em: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=137>. Acesso em: 13 jan. 2023.

HCCH. **Conventions and other Instruments**. Disponível em: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions>. Acesso em: 13 jan. 2023.

HELLER, Michael. The tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets. **Harvard Law Review**, 111, no 3 (1998). Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1608&context=articles>. Acesso em 01 mar. 2022.

HENDRIKSE, Reijer, et. all. The Big Techification of Everything. **Science as Culture**. 2022. Vol. 31, n. 1, p. 59-71. Disponível em: <https://doi.org/10.1080/09505431.2021.1984423>. Acesso em 10 mai. 2022.

HENKIN, Louis. **How nations behave**. New York: Columbia University Press, 1979.

HESPANHA, António Manuel. **Pluralismo Jurídico e Direito Democrático**. São Paulo: Annablume, 2013.

HESPANHA, António Manuel. Porque é que existem e em que consiste um Direito Colonial Brasileiro. **Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno**. Vol. 35, nº 1, 200, p. 62. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5188085>. Acesso em 05 dez. 2021.

HIGH COURT OF AUSTRALIA, **Dow Jones and Company Inc v Gutnick** [2002] HCA 56; 210 CLR 575; 194 ALR 433; 77 ALJR 255 (10 December 2002). Disponível em: <http://www8.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdoc/au/cases/cth/HCA/2002/56.html>. Acesso em: 05 mar. 2022.

HOLMES, Stephen. How Democracies Perish. In Sunstein, Cass. **Can it happen here?** Authoritarianism in America. 2018.

HUDDLESTON, Jennifer. **The price of privacy**: The impact of Strict Data Regulations on Innovation and More. American Action Forum. Disponível em: <https://www.americanactionforum.org/insight/the-price-of-privacy-the-impact-of-strict-data-regulations-on-innovation-and-more/>. Acesso em 04 dez. 2022.

HWA, Ang Peng. How countries are regulating Internet Content. **Internet Society**. Disponível em: https://web.archive.org/web/20160103124414/https://www.isoc.org/inet97/proceedings/B1/B1_3.HTM. Acesso em: 24 out. 2022.

ICANN. **Finaliza a supervisão das transições das funções da IANA à comunidade da Internet global conforme estipulado no contrato com o governo dos EUA**. Disponível em: <https://www.icann.org/en/announcements/details/stewardship-of-iana-functions-transitions-to-global-Internet-community-as-contract-with-us-government-ends-1-10-2016-pt>. Acesso em: 18 nov. 2022.

INFOMONEY. **LinkedIn vai encerrar operações na China**; novo site de empregos será lançado no país. Disponível em: <https://www.infomoney.com.br/minhas-financas/microsoft-anuncia-fim-das-operacoes-do-linkedin-na-china/>. Acesso em 28 nov. 2022.

INFOMONEY. **O que são NFTs?** Entenda como funcionam os tokens não fungíveis. Disponível em: <https://www.infomoney.com.br/guias/nft-token-nao-fungivel/>. Acesso em 11 jun. 2022.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. **Belgium v. Switzerland**. Jurisdiction and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters. Disponível em <https://www.icj-cij.org/en/case/145>. Acesso em: 16 fev. 2021.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. **United Kingdom v. Iran**. Anglo Iranian Oil Co. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/en/case/16>. Acesso em 16 fev. 2021.

INTERNET & JURISDICTION POLICY NETWORK. **Toolkit Cross-border Content Moderation** (2021). Disponível em: <https://www.Internetjurisdiction.net/uploads/pdfs/Internet-Jurisdiction-Policy-Network-21-104-Toolkit-Cross-border-Content-Moderation-2021.pdf>. Acesso em 20 nov. 2022.

INTERNET SOCIETY, **The Internet and extra-territorial effects of laws**. Disponível em: <https://www.Internetsociety.org/wp-content/uploads/2018/10/The-Internet-and-extra-territorial-application-of-laws.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2022.

IRIS. **Jurisdiction and conflicts of law in the digital age**: Regulatory framework of Internet Regulation. Disponível em: <https://irisbh.com.br/wp-content/uploads/2017/08/Jurisdiction-and-conflicts-of-law-in-the-digital-age-IRIS.pdf>. Acesso em 17 jun. 2022.

IRTI, Natalino. **L'ordine giuridico del mercato**. Roma: Laterza & Figli, 2003.

ITU, **Economic Impact of Covid-19 on Digital Infrastructure – Report of an Economic Experts Rountable organized by ITU** (July 2020). Disponível em: ITU, Economic Impact of Covid-19 on Digital Infrastructure – Report of an Economic Experts Rountable organized by ITU (July 2020). Disponível em: https://www.itu.int/en/ITU-D/Conferences/GSR/2020/Documents/GSR-20_Impact-COVID-19-on-digital-economy_DiscussionPaper.pdf. Acesso em: 20 jan. 2022.

ITU, **Measuring digital developments – Facts and figures 2021**. Disponível em: <https://www.itu.int/en/ITU-D/Statistics/Documents/facts/FactsFigures2021.pdf>. Acesso em 05 jan. de 2021.

ITU/UNESCO. **The State of Broadband 2021**: People Centred Approaches for Universal Broadband. September 2021. Disponível em: https://www.itu.int/dms_pub/itu-s/opb/pol/S-POL-BROADBAND.23-2021-PDF-E.pdf. Acesso em: 06 jan. 2022.

JAASKINEN, Niilo; WARD, Angela. The External Reach of EU Private Law in the Light of L'Oreal versus eBay and Google and Google Spain. In: CREMONA, Marise; MICKLITZ, Hans W. **Private Law in the External Relations of the EU**. New York: Oxford University Press: 2016

JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international Privé Postmoderne. In: **Collected Courses of the Hague Academy of International Law**. Volume 251. Disponível em: http://dx.doi.org/10.1163/1875-8096_pplrhc_A9789041102614_01. Acesso em: 28 mai. 2022.

JAYME, Erik. Introdução. In: SAVIGNY, Friedrich Carl von. **Sistema de Direito Romano Atual**. Volume VIII. Tradução de Ciro Mioranza. Ijuí: Ed. Unijuí, 2004.

JESSUP, Phillip C. **Transnational Law**. New Haven: Yale University Press, 1956.

JIA, Jian; JIN, Ginger Zhe; WAGMAN, Liad. **The Short-Run Effects of GDPR on Technology Venture Investment**. National Bureau of Economic Research. Disponível em: <https://www.nber.org/papers/w25248>. Acesso em 04 dez. 2022.

JOHNSON, David; POST, David. **Law and Borders**: the rise of Law in Cyberspace. Stanford Law Review. Vol. 48, No. 5. May 1996. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1229390>. Acesso em: 01 mar. 2022.

JORGE, Mariana Sebalhos. O Princípio da Proximidade no Direito Internacional Privado à Luz dos Direitos Humanos. Arraes Editores, 2022.

KAGAMI, Kazuaki. The systematic choice of legal rules for Private International Law: an Economic Approach. In: BASEDOW, Jürgen; KONO, Toshiyuki. **An Economic Analysis of Private International Law**. Tubingen: Mohr Siebeck, 2006

KAGAMI, Kazuaki; KONO, Toshiyuki NISHITANI, Yuko. Economic Analysis of Conflicts of Laws Rules in Tort. In: BASEDOW, Jürgen; KONO, Toshiyuki. **An Economic Analysis of Private International Law**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006.

KAHN, Robert. **Holocaust Denial**. The First Amendment Encyclopedia. Disponível em: <https://www.mtsu.edu/first-amendment/article/1116/holocaust-denial>. Acesso em 27 nov. 2022.

KAMMINGA, Menno. **Extraterritoriality**. Max Planck Encyclopedia of Public International Law. Disponível em: <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1040#:~:text=Prescriptive%20jurisdiction%20refers%20to%20a%20State%E2%80%99s%20authority%20to,State%E2%80%99s%20authority%20to%20ensure%20compliance%20with%20its%20laws>. Acesso em 23 jan. 2022.

KANT, Immanuel. **A Paz Perpétua**. Tradução de Alberto Machado Cruz. Edição Kindle, 2019
 KAPLOW, Louis. **Rules versus standards: an economic analysis**. Duke Law Journal. Vol. 42. Disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3207&context=dlj>. Acesso em: 12 jun. 2022.

KELSEN, Hans. Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public. In: **Collected Courses of the Hague Academy of International Law**. Volume 14. Disponível em: https://referenceworks.brillonline.com/entries/the-hague-academy-collected-courses/*A9789028605121_03. Acesso em 15 jan. 2022.

KEOHANE, Robert O.; NYE, Joseph S. **Power and Interdependence**. United States: Pearson, 2012

KIRCHNER, Christian. An Economic Analysis of Choice of Law and Choice of Forum Clauses. In: BASEDOW, Jürgen; KONO, Toshiyuki. **An Economic Analysis of Private International Law**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006.

KLEIN, Vinícius. Teorema de Coase. In: RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (Coord.). **O que é análise econômica do Direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

KOEKKOEK, Marieke. Internet and jurisdiction after Google Spain: the extraterritorial reach of the 'right to be delisted'. **International Data Privacy Law**, 2015. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/275227288_Internet_and_jurisdiction_after_Google_Spain_the_extraterritorial_reach_of_the_'right_to_be_delisted' . Acesso em 12 set. 2021.

KOHL, Uta. **Jurisdiction and the Internet**. Regulatory Competence over Online Activity. Cambridge: Cambridge University Press, 2007

KONO, Toshiyuki. Efficiency in Private International Law. In: **Collected Courses of the Hague Academy of International Law**. Volume 369. Disponível em: https://referenceworks.brillonline.com/entries/the-hague-academy-collected-courses/*A9789004267978_04. Acesso em 15 jan. 2022, p. 446.

KOZUKA, Souichirou. The Economic Implications of Uniformity in Law. In: BASEDOW, Jurgen; KONO, Toshiyuki (Ed.). **An Economic Analysis of Private International Law**. Tübingen, Alemanha: Mohr Siebeck, 2006

KOZYRIS, P. J. **Justified Party Expectations in Choice of Law and Jurisdiction: Constitutional Significance or Bootstrapping?** March 1982. Vol. 19. No. 2. Disponível em: <https://digital.sandiego.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1780&context=sdlr>. Acesso em 20 jun. 2022.

KULESZA, Joanna. **International Internet Law**. Translated by Magdalena Arent and Wojciech Wotoszyk. New York: Routledge, 2012.

LAGARDE, Paul. Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain - Cours général de droit international privé (Volume 196). **Collected Courses of the Hague Academy of International Law**. Disponível em: https://referenceworks.brillonline.com/entries/the-hague-academy-collected-courses/le-principe-de-proximite-dans-le-droit-international-prive-contemporain-cours-general-de-droit-international-prive-volume-196-A9789024734993_01?s.num=4&s.f.s2_parent=s.f.book.the-hague-academy-collected-courses&s.q=paul+lagarde. Acesso em 15 jan. 2023.

LANE, Lottie. The Horizontal Effect of International Human Rights Law in Practice. **European Journal of Comparative Law and Governance**. 22 Mar 2018. Disponível em: https://brill.com/view/journals/ejcl/5/1/article-p5_5.xml?language=en. Acesso em: 07 nov. 2022.

LEFLAR, Robert A. The Nature of Conflicts Law. **Columbia Law Review**. Vol. 81. N. 5 (Jun, 1951) Disponível em: https://www.jstor.org/stable/1122229?read-now=1&refreqid=excelsior%3A2fd939fc7995b947551ed4e53b3cd9ce&seq=1#page_scan_tab_contents. Acesso em 08 ago. 2020.

LEHMANN, Matthias. Who owns bitcoin? Private Law Facing the Blockchain. *Minnesota Journal of Law, Science and Technology*, 21, n. 1, 2019. Disponível em: <https://scholarship.law.umn.edu/mjlst/vol21/iss1/4>. Acesso em: 18 set. 2022.

LEITER, Brian. Realismo Jurídico Estadounidense. In: FABRA ZAMORA, Jorge Luis; NUNEZ VAQUERO, Alvaro (Coord). **Enciclopedia de Filosofía y teoría del derecho**, volumen uno. Disponível em: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3875-enciclopedia-de-filosofia-y-teoria-del-derecho-volumen-uno>. Acesso em 15 mai. 2020.

LENNON, John. **Imagine**. Santa Mônica. California. Universal Music Publishing Group: 1971
LESSIG, Lawrence. Code – version 2.0. New York: Basic Books, 2006.

LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. 1 ed. São Paulo: Editora 34, 1999

LIEBOWITZ, S. J.; MARGOLIZ, Stephen E. **Network Externalities (Effects)**. Disponível em: <https://personal.utdallas.edu/~liebowitz/palgrave/network.html>. Acesso em 23 jan. 2022.

LII (Legal Information Institute). **Minimum contacts**. Disponível em: https://www.law.cornell.edu/wex/minimum_contacts#:~:text=Minimum%20contacts%20are

[%20a%20nonresident, personal%20jurisdiction%20over%20that%20defendant](#). Acesso em 14 nov. 2022.

LORENZEN, Ernest. **Huber's De Conflictu Legum**. Yale Law School. 1919. Disponível em: https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/4563/. Acesso em 03 out. 2021.

LUTZI, Tobias. Internet Cases in EU Private International Law – Developing a Coherent Approach. **International & Comparative Law Quarterly**. Volume 66, Issue 3. Cambridge University Press. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/journals/international-and-comparative-law-quarterly/article/abs/Internet-cases-in-eu-private-international-lawdeveloping-a-coherent-approach/D0A2620AFC178147DCBFB7CCA394FC2D>. Acesso em 09 jan. 2022.

LUTZI, Tobias. **Private International Law Online** – Internet Regulation and Civil Liability in the UE. United Kingdom: Cambridge University Press, 2020.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. Tradução Rachel Sztajn. 2ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Atlas, 2020.

MACKINNON, Rebecca. **Consent of the Networked: the worldwide struggle for Internet Freedom**. New York: Peseus Books Group, 2012

MAGALHÃES, José Carlos de. **Direito Internacional Econômico**. Curitiba: Juruá, 2005.

MAHIEU, Rene, et al. Measuring the Brussels Effect through Access Requests: Has the European General Data Protection Regulation Influenced the Data Protection Rights of Canadian Citizens? **Journal of Information Policy**. Volume 11. December 2021. Disponível em: <https://scholarlypublishingcollective.org/psup/information-policy/article/doi/10.5325/jinfopoli.11.2021.0301/292024/Measuring-the-Brussels-Effect-through-Access>. Acesso em 03 dez. 2022.

MAIA, Catherine; RAMOS, André de Carvalho. Universalism of human rights and subsidiarity of international jurisdiction: the subtle resistance? **Revista Jurídica**. vol. 03, nº. 70, Curitiba, 2022. pp. 227 – 249. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/6016/371373947>. Acesso em: 01 nov. 2022.

MAIER, Harold G. **Baseball and Chicken Salad: a realistic look at Choice of Law**. Vanderbilt Law Review. V. 44, Issue 4, May 1991. Disponível em: <https://scholarship.law.vanderbilt.edu/vlr/vol44/iss4/3>. Acesso em 03 set. 2020.

MAIER, Harold G. Extraterritorial Jurisdiction at a Crossroads: an intersection between Public and Private International Law. **The American Journal of International Law**, Vol. 76, No. 2 (Apr., 1982), pp. 280-320. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/2201454>. Acesso em 29 ago. 2021, p. 285.

MANCINI, Pasquale. **Della Nazionalità come fondamento del diritto delle genti** – Prelezione al Corso di Diritto Internazionale e Marittimo pronunciata nella R. Università di Torino nel dia 22 di gennaio de 1851, 1851.

MARCHANT, Gary E. The growing gap between emerging technologies and the law. In: MARCHANT, Gary; ALLENBY, Braden; HERKERT, Joseph (Eds). **The growing gap between emerging technologies and legal-ethical oversight: the pacing problem**. Germany: Springer, 2011.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 8ª ed. rev. atual., ampl, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MARTON, Fábio. **Por que você devia se preocupar com a criptografia ponta-a-ponta?** Edward Snowden explica. Disponível em: <https://olhardigital.com.br/2021/10/22/seguranca/por-que-voce-devia-se-preocupar-com-criptografia-ponta-a-ponta-edward-snowden-explica/>. Acesso em: 16 nov. 2022.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Privado**. 2ª ed. São Paulo: Forense, 2017.

MAZZUOLI, Valério. **Curso de Direito Internacional Público**. 9ª ed., rev. Atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MCCAB, David. **TikTok is exhibit A in Facebook’s “we’re no monopoly” case**. Disponível em: <https://www.axios.com/2019/07/30/tiktok-is-exhibit-a-in-facebooks-were-no-monopoly-case>. Acesso em 22 nov. 2022.

MENTHE, Darrel. **Jurisdiction in Cyberspace: a theory of international spaces**. Michigan Telecommunications and Technology Law Review. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1163&context=mttlr>. Acesso em: 14 nov. 2022.

META. **Restrições Globais** – Transparency Center. Disponível em: <https://transparency.fb.com/data/content-restrictions/global/>. Acesso em 02 nov. 2022.

META. **Transparency Center**. Disponível em: <https://transparency.fb.com/data/content-restrictions/>. Acesso em 03 nov. 2022.

MICHAELS, Ralf. **Economics of Law as Choice of Law**. Law and Contemporary Problems. 73-105 (2008). Disponível em: https://scholarship.law.duke.edu/faculty_scholarship/2203/. Acesso em: 22 ago. 2021.

MICHAELS, Ralf. Two Economists, Three Opinions? Economic Models for Private International Law – Cross Border Torts as Example. In: BASEDOW, Jürgen; KONO, Toshiyuki (Ed.) **An Economic Analysis of Private International Law**. Tübingen: Gulde-Druck, 2006

MICROSOFT. **O que é um firewall?** Disponível em: <https://support.microsoft.com/pt-br/office/o-que-%C3%A9-um-firewall-6870c88d-69b6-4db4-9cb1-0e4afa7a8603>. Acesso em 18 nov. 2022.

MIGALHAS. **Diretor do Google é preso por desobediência**. 27 de setembro de 2012. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/164738/diretor-do-google-e-preso-por-desobediencia>. Acesso em 09 jan. 2022.

MILES, Kate. **The origins of International Investment Law**. United Kingdom: Cambridge University Press, 2013.

MILES, Tom. **UN investigators cite Facebook role in Myanmar crisis**. Disponível em: <https://www.reuters.com/article/us-myanmar-rohingya-facebook/u-n-investigators-cite-facebook-role-in-myanmar-crisis-idUSKCN1GO2PN>. Acesso em 30 jul. 2022.

MILLS, Alex. **Retrinking Jurisdiction in International Law**. The British Yearbook of International Law – 2014. Disponível em: <https://academic.oup.com/bybil/article/84/1/187/2262836>. Acesso em 14 nov. 2022

MILLS, Alex. **The Confluence of Public and Private International Law: Justice, Pluralism and Subsidiarity in The International Constitutional Ordering of Private Law**. United Kingdom: Cambridge University Press, 2010.

MILLS, Alex. The identities of Private International Law: lessons from the U.S. and EU Revolutions. **23 Duke Journal of Comparative & International Law** (2013). Disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/djcil/vol23/iss3/2/>. Acesso em: 05 ago. 2020.

MILLS, Alex. Variable Geometry, Peer Governance and the Public International Perspective on Private International Law. In: MUIR WATT, Horatia. ARROYO, Diego. **Private International Law and Global Governance**. Oxford: Oxford University Press, 2014.

MORAES, José Diniz; TABAK, Benjamin Miranda. As heurísticas e vieses da decisão judicial: análise econômico-comportamental do Direito. **Revista Direito GV**. V. 14, n. 2. Maio-Agosto de 2018. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201824>. Acesso em 19 jun. 2022.

MORAES, Patricia Almeida de; PAMPLONA, Danielle Anne. Os significados dos casos Kiobel e Vedanta para a proteção de direitos humanos. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 16, n. 3, p. 9-22, 2019. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/6603/pdf>. Acesso em: 12 dez. 2021.

MOREIRA, Vital. **A ordem jurídica do capitalismo**, 3 ed. Coimbra: Centelha, 1978.

MURRAY, Charles. **Losing Ground: American Social Policy (1950-1980)**. United States: Basicbooks, 1984.

NEUHAUS, Paul Heinrich. **Savigny und die Rechtsfindung aus der Natur der Sache**. Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht. Volume 15. Ano 1949-1950. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/27872932>. Acesso em 07 jun. 2022.

NEW JERSEY SUPERIOR COURT. **Caspi v. Microsoft Network LLC**. Disponível em: <https://www.quimbee.com/cases/caspi-v-microsoft-network-llc>. Acesso em 10 jul. 2022.

NIC.BR. **Fascículos sobre a Infraestrutura da Internet – Endereços IP e ASNS: alocação para provedores Internet**. Disponível em: <https://www.nic.br/media/docs/publicacoes/13/fasciculos-sobre-a-infraestrutura-da-Internet-endere%C3%A7os-ip-e-asns-alocacao-para-provedores-Internet.pdf>. Acesso em 18 nov. 2022.

NORTH, Douglass C. **Economic Performance Through Time**. In: The American Economic Review, vol. 84, n.3, 1994.

NORTH, Douglass C. **Institutions, institutional change and economic performance**. New York: Cambridge University Press, 1990.

NORTH, Douglass. **Transaction costs, institutions, and economic performance**. United States: International center for Economic Growth: 1992

NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico**. 9ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

NYE Jr., Joseph. **The Future of Power**. New York: Perseus Books Group, 2011.

O'NEIL, Cathy. **Weapons of Math Destruction: how big data increases inequality and threatens democracy**. New York: Crown Publishers, 2016.

OBERMAN, Kieran. Immigration as a Human Right. In: FINE, Sarah; YPI, Lea. **The Ethics of Movement and Membership**. Oxford: Oxford University Press, 2016.

OCDE. **Diretrizes da OCDE para Empresas Multinacionais**. Disponível em: <https://www.gov.br/produtividade-e-comercio-exterior/pt-br/assuntos/camex/pcn/produtos/outros/diretrizes-da-ocde-edicao-completa-em-portugues-versao-final.pdf>. Acesso em: 18 dez. 2022.

OEA. **Carta da Organização dos Estados Americanos**. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/q.carta.oea.html>. Acesso em 14 nov. 2022.

OEA. **Convenção Interamericana sobre Prova e Informação acerca do Direito Estrangeiro**. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/B-43.htm#:~:text=CONVEN%C3%87%C3%83O%20INTERAMERICANA%20SOBRE%20PROVA%20E%20INFORMA%C3%87%C3%83O%20ACERCA%20DO%20DIREITO%20ESTRANGEIRO&text=Esta%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20tem%20por%20objeto,direito%20de%20cada%20um%20deles>. Acesso em 25 jun. 2022.

O-HARA, Erin; RIBSTEIN, Larry. **Conflict of Laws and Choice of Law**. U Illinois Law & Economics Research Paper No. LE09-030. Vanderbilt Law and Economics Research Paper No. 09-34. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1499311. Acesso em 18 jun. 2022.

OKONIEWSKI, Elissa A. Yahoo!, Inc v. LICRA: The French Challenge to Free Expression on the Internet. **American University International Law Review**. Volume 18. Issue 1. Article 6. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/235401821.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2021.

OLABOREDE, Adebola. **Cognitive Bias Affecting Decision-Making in the Legal Process**. *Obiter* 2020. March 2021. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/350414080_Cognitive_Bias_Affecting_Decision-Making_in_the_Legal_Process. Acesso em 19 jun. 2022.

OLIVEIRA, Erickson Araújo Santana. **Eficiência e Direito**: o papel da maximização da riqueza na análise econômica do Direito a partir da obra de Richard Posner. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito do Recife. Universidade Federal de Pernambuco. Recife: 2016.

OLIVEIRA, Jordan Vinicius. **Hashtag Hashtag Publi?** influenciadores Digitais, o CONAR e a Regulação da Publicidade Velada na Rede. Disponível em: <https://www.viannasapiens.com.br/revista/article/view/590>. Acesso em 14 mai. 2022.

ONU. **A Carta das Nações Unidas**. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/91220-carta-das-nacoes-unidas>. Acesso em 07 jan. 2023.

ONU. **Reports Of International Arbitral Awards** - Island of Palmas case (Netherlands, USA) - 4 April 1928. Disponível em: https://legal.un.org/riaa/cases/vol_II/829-871.pdf. Acesso em 19 nov. 2022.

ONU. **General Assembly A/HRC/RES/26/9**. Disponível em: <https://daccess-ods.un.org/tmp/1290281.41498566.html>. Acesso em: 07 nov. 2022.

ONU. **Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral** - Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <https://brasil.un.org/sites/default/files/2020-09/por.pdf>. Acesso em 20 nov. 2022.

OSTERDAHL, Inger. Internet Regulation. **The Hague Academy of International Law, 2021 Online Winter Course**, 22 de janeiro de 2021 - lecture.

OTA, Shozo. OTA, Shozo. Choice of Law and Economic Analysis: a methodological introduction. In: BASEDOW, Jürgen; KONO, Toshiyuki. **An Economic Analysis of Private International Law**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006.

OXFORD LANGUAGES. **World of the Year 2016**. Disponível em: <https://languages.oup.com/word-of-the-year/2016/>. Acesso em 12 nov. 2022.

PARISER, Eli. **The Filter Bubble** – What the Internet is Hiding From you. New York, The Penguin Press, 2011.

PERMANENT COURT OF INTERNATIONAL JUSTICE. **The Case of the S.S. “Lotus”**. Disponível em: https://www.icj-cij.org/public/files/permanent-court-of-international-justice/serie_A/A_10/30_Lotus_Arret.pdf. Acesso em 01 mar. 2022.

PICCIOTTO, Sol. **Regulating Global Corporate Capitalism**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

PIGOU, Arthur Cecil. **The Economics of Welfare**. Londres: Macmillan And Co., Limited, 1932.

PINHEIRO, Patricia Peck. **#Direito Digital**. 7ª. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

PIOVESAN, Flavia. **Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional**. 18ª ed. rev.atual, São Paulo: Saraiva Educação, 2018

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. 6 ed. rev. Ampl.e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

PIVARO, Gabriela Fasolo. A crença numa Terra Plana e os ambientes virtuais: identificando relações e construções de conhecimento. **XII Encontro Nacional de Pesquisa em Educação em Ciências** – XII ENPEC. Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN – 25 a 28 de junho de 2019. Disponível em: https://www.academia.edu/46862745/A_cren%C3%A7a_numa_Terra_plana_e_os_ambientes_virtuais_identificando_rela%C3%A7%C3%B5es_e_constru%C3%A7%C3%B5es_de_conhecimento. Acesso em 12 nov. 2022.

POLANYI, Karl. **A grande transformação**: as origens de nossa época. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012

POLIDO, Fabricio Bertini Pasquot. ANJOS, Lucas Costa. Brandão, Luiza Couto Chaves. **Governança Global da Internet, Conflito de Leis e Jurisdição**. Belo Horizonte: Instituto de Referência em Internet e Sociedade, 2018

POLIDO, Fabricio Bertini Pasquot. **Por que o Brasil deve urgentemente aderir à Convenção de Budapeste**. 05 de julho de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jul-05/polido-brasil-urgentemente-aderir-convencao-budapeste>. Acesso em 16 jan. 2022.

POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot; MEYER, Emilio Peluso Neder. Using Digital Constitutionalism to Curb Digital Populism. **Blog of the International Journal of Constitutional Law**. I-CONnect. Disponível em: <http://www.iconnectblog.com/2021/07/using-digital-constitutionalism-to-curb-digital-populism/>. Acesso em 12 set. 2021.

POSNER, Eric A. **The Perils of Global Legalism**. Chicago: The University Chicago Press, 2009.

POSNER, Eric A.; SYKES, Alan O. **Economic Foundations of International Law**. Cambridge: Harvard University Press, 2013.

POSNER, Eric. **Análise econômico do direito contratual após três décadas**: sucesso ou fracasso? (tradução e adaptação ao direito brasileiro: Luciana Benetti Timm, Cristiano Carvalho e Alexandre Viola). São Paulo: Saraiva, 2010.

POSNER, Richard A. **Economic Analysis of Law**. 9th edition. New York: Wolters Kluwe Law & Business, 2014.

BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Medida Provisória nº 1068, de 2021**. Disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias/-/mpv/149726>. Acesso em 18 dez. 2021.

PRESIDENTE, Giorgio; FREY, Carl Benedikt. **The GDPR effect**: How data privacy regulation shaped firm performance globally. Disponível em: <https://cepr.org/voxeu/columns/gdpr-effect-how-data-privacy-regulation-shaped-firm-performance-globally>. Acesso em 04 dez. 2022.

PWC. **A privacy reset** — from compliance to trust-building. Disponível em: <https://www.pwc.com/us/en/services/consulting/cybersecurity-risk-regulatory/library/privacy-reset.html>. Acesso em 04 dez. 2022.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direito Internacional Privado**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

RAMOS, André de Carvalho. **Direito Internacional Privado e Direito Transnacional**: entre a unificação e a anarquia. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 13, n. 2, 2016.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. 5ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RAWLS, John. **A Theory of Justice**. Cambridge: Harvard College, 1999.

RAWLS, John. **O direito dos povos**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

RECHSTEINER, Beat Walter. **Direito Internacional Privado** – Teoria e Prática. 17ª ed., rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

REESE, Willis. Choice of Law Rules or Approach. **Cornell Law Review**. Volume 57. Issue 3. February 1992. Article 1. Disponível em: <https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3984&context=clr>. Acesso em 12 jun. 2022.

REESE, Willis. The Ever Changing Rules of Choice of Law. **Netherlands International Law Review**. Volume 9. Issue 4. October 1962, Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/journals/netherlands-international-law-review/article/abs/ever-changing-rules-of-choice-of-law/108F0EB7C4637CE5A2CF761D5ED30506>. Acesso em 04 jun. 2022.

REIMANN, Mathias. Better Law Approach. In: BASEDOW, Jurgen; RÜHL, Giesela; FERRARI, Franco; ASENSIO, Pedro de Miguel. **Encyclopedia of Private International Law**. Elgaronline, 2017.

REUTERS. **Banido de redes sociais, Trump processa Facebook, Twitter e Google**. Disponível em: <https://www.nexojornal.com.br/extra/2021/07/07/Banido-de-redes-sociais-Trump-processa-Facebook-Twitter-e-Google>. Acesso em 19 nov. 2022.

REZEK, Francisco. **Parecer de 29 de setembro de 2017**. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5320379>. Acesso em 24 nov. 2022.

RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. Racionalidade Limitada. In: RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (Coord.). **O que é análise econômica do Direito**: uma introdução. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; ALVES, Giovani Ribeiro Rodrigues. Do particularismo normativo em matéria de propriedade imaterial – legislar para quê(m)? In: DEMETERCO NETO, Antenor e CASTRO, Rodrigo Pironti (Org). **Temas de Direito Econômico: A Copa do Mundo de 2014 e os Jogos Olímpicos de 2016**. Curitiba: Clássica Editora, 2013.

RIBEIRO, Márcia Carla. DOMINGUES, Victor Hugo. Economia Comportamental e direito: a racionalidade em mudança. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 8, n. 2, 2018.

RIOS, Diego; CRESTO, Eleonora. Prisoner's Dilemma, One Shot and Iterated. In: **International Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences** (Second Edition), 2015. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/B9780080970868240270>. Acesso em 30 dez. 2022.

ROHR, Altieres. **Localização de Endereço de IP**: entenda como pode ser feito o rastreamento e o que é mito. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/blog/altieres-rohr/post/2021/03/02/localizacao-de-endereco-de-ip-entenda-como-pode-ser-feito-o-rastreamento-e-o-que-e-mito.ghtml>. Acesso em 15 nov. 2022.

ROLAND, Manoela Carneiro et. al. **Uma análise da ação SEC nº 8542 e a importância de um Tratado Internacional sobre Empresas e Direitos Humanos**. Disponível em: <http://homacdhe.com/wp-content/uploads/2018/02/Chevron-Diagramado-BR.pdf>. Acesso em: 18 dez. 2021.

ROOSEVELT III, Kermit. Certainty versus flexibility in the conflict of laws. In: FERRARI, Franco; ARROYO, Diego. (Ed.) **Private International Law: Contemporary Challenges and Continuing Relevance**. Northampton, USA: Edward Elgar Publishing, 2019.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social**: princípios do direito político. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Edipro. Edição do Kindle, 2020.

ROUVROY, Antoinette. BERNS, Thomas. Algorithmic Governmentality and Prospects of Emancipation: Disparateness as a Precondition for Individuation through Relationships? [2013] **Réseaux** 163. Disponível em: https://www.cairn-int.info/article-E_RES_177_0163--algorithmic-governmentality-and-prospect.htm. Acesso em 07 fev. 2021.

RUHL, Giesela. **Methods and Approaches in Choice of Law**: an economic perspective. Berkeley Journal of International Law, vol. 24, 2006, p. 802. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=920999. Acesso em: 22 ago. 2021.

RUHL, Giesela. Smart (legal) contracts or: which (contract) law for smart contracts? In: CAPPIELLO, Benedetta; CARULLO, Gherardo. **Blockchain, Law and Governance**. Springer, 2020.

RUSSOMANO, Gilda Maciel Corêa Mayer. **O Objeto do Direito Internacional Privado**. Rio de Janeiro: José Konfino, 1956.

RYNGAERT, Cedric. **Jurisdiction in International Law**. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2015.

RYNGAERT, Cedric; TAYLOR, Mistale. **The GDPR as global data protection regulation?** AJIL Unbound. Vol. 114. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-core/content/view/CB416FF11457C21B02C0D1DA7BE8E688/S2398772319000801a.pdf/th-e-gdpr-as-global-data-protection-regulation.pdf>. Acesso em 03 dez. 2022.

SALIBA, Aziz Tuffi; BAHIA, Amael Notini Moreira. A jurisdição da ICANN: desafios atuais e perspectivas futuras. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 16, n. 2, p. 334-345, 2019. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/6143/pdf>. Acesso em 15 nov. 2022.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da Atividade Econômica** (Princípios e Fundamentos Jurídicos). São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2001.

SANDEL, Michael. **O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

SANTOS, Adilson. A tragédia grega: um estudo teórico. **Revista Investigações**. Disponível em: <https://periodicos.ufpe.br/revistas/INV/article/view/1501>. Acesso em 05 mar. 2022.

SANTOS, Alexandre Leite dos. O Direito Internacional Público como jogo institucional. **Economic Analysis of Law Review**. V. 1, n° 2, Jul-Dez – 2010, p. 184. Disponível em: <http://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/1%20EALR%20174/1%20EALR%20174>. Acesso em: 10 nov. 2014.

SAVELYEV, Alexander. Contract Law 2.0: <<Smart>> Contracts as the beginning of the end of Classic Contract Law. **Higher School of Economics Research Paper No. WP BRP 71/LAW/2016**. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2885241. Acesso em: 12 jan. 2020.

SAVIGNY, Friedrich Carl Von. Sistema do Direito Romano Atual – Volume VIII – Introdução de Erik Jayme. **Coleção clássicos do Direito Internacional**. Tradução de Ciro Mioranza. Ijuí: Ed. Unijuí, 2004.

SCHIRRU, Luca. **A Internet das coisas: possíveis aplicações e implicações**. Boletim GEDAI. Junho de 2017. Disponível em: <https://www.gedai.com.br/a-Internet-das-coisas-possiveis-aplicacoes-e-implicacoes/>. Acesso em: 15 ago. 2021.

SCHIRRU, Luca; GONÇALVES, Lukas Ruthes; HASTREITER, Michele Alessandra. Um mundo de dispositivos conectados: a Internet das Coisas, a indústria 4.0 e a digitalização de serviços. In: WACHOWICZ, Marcos; CANUT, Letícia (Org.) **Análise da Estratégia Brasileira para a Transformação Digital: Comentários ao Decreto nº 9.319/2018**. Curitiba: GEDAI, UFPR, 2018. Disponível em: https://www.gedai.com.br/wp-content/uploads/2018/08/livro_An%C3%A1lise-da-estrat%C3%A9gia-brasileira-para-transforma%C3%A7%C3%A3o-digital.pdf. Acesso em: 15 ago. 2021.

SCHNITZER, Adolf. Les contrats internationaux em droit international privé suisse. **Collected Courses of the Hague Academy of International Law**. Volume 123. Disponível em: https://referenceworks.brillonline.com/entries/the-hague-academy-collected-courses/*A9789028616028_06. Acesso em 16 jan. 2022.

SCHULTZ, Thomas. Carving up the Internet: Jurisdiction, Legal Orders and the Private/Public International Law Interface. **The European Journal of International Law** Vol. 19 no.4. 2008. Disponível em: <https://academic.oup.com/ejil/article/19/4/799/349335>. Acesso em 19 nov. 2022.

SCHWAB, Klaus; MALLERET, Thierry, Covid-19: The great reset. **Geneva: World Economic Forum**, 2020.

SCHWABACH, Aaron. **Internet and the Law: Technology, Society and Compromises**. Santa Barbara, California: ABC-CLIO, 2014.

SCOTT, Robert E.; STEPHAN, Paul B. **The limits of Leviathan: contract theory and the enforcement of international law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Tradução de Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

SEN, Amartya. **Sobre Ética e Economia**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

SEN, Amartya; KLIKSBURG, Bernardo. **As pessoas em primeiro lugar: a ética no desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado**. Tradução: Bernardo Ajzenberg e Calos Eduardo Lins da Silva. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SHIKIDA, Claudio. Efeito Peltzman. In: RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; DOMINGUES, Victor Hugo; KLEIN, Vinicius. **Análise Econômica do Direito: justiça e desenvolvimento**. Curitiba, PR: CRV, 2016.

SILBERMAN, Linda. The Counter-Revolution in Private International Law in the United States: From Standards to Rules. **The Hague Academy of International Law**, 2021 Online Summer Course – 26 de julho a 13 de Agosto de 2021 – lecture.

SILVA JR, Alonso B.; LAGES, André M. G.; SILVA, Vanderlúcia F. A.; Razão e emoção: o comportamento humano na tomada de decisão em um ambiente econômico incerto. **Nexus Econômicos** – PPGE/UFBA, v. 13, n. 1, jan-jun. 2019.

SIMON, Herbert. Bounded Rationality. In: EATWELL, John; MILGATE, Murray; NEWMAN, Peter (Ed). **Utility and Probability**. United Kingdom: The Macmillan Press Limited, 1990.

SINCLAIR, Davidson; DE FILIPPINI, Primavera; POTTS, Jason. **Disrupting governance: The new institutional economics of distributed ledger technology**. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2811995. Acesso em: 07 out. 2019.

SOLIMINE, Michael E. An Economic and Empirical Analysis of Choice of Law. **Georgia Law Review**. 49 (1989-1990). Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/geolr24&div=10&id=&page=> . Acesso em 18 jun. 2022.

SOUZA, Marcelo Lopes de. **Os conceitos fundamentais da pesquisa sócio-espacial**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2013.

SPENCE, Michael. **Os desafios do futuro da economia: o crescimento econômico mundial nos países emergentes e desenvolvidos**. Tradução de Leonardo Abramowicz. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

SPITZ, Lidia. **Homologação de Decisões Estrangeiras no Brasil: a Convenção de Sentenças da Conferência de Haia de 2019 e o controle indireto da Jurisdição Estrangeira**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2021.

STANFORD UNIVERSITY. **World Intermediary Liability Map**. Disponível em: <https://wilmap.stanford.edu/>. Acesso em 26 jul. 2022.

STATISTA. **Global market share of search engines 2010-2022**. Disponível em: <https://www.statista.com/statistics/216573/worldwide-market-share-of-search-engines/>. Acesso em 19 nov. 2022.

STATISTA. **Leading online companies ranked by revenue from 2017 to 2021**. Disponível em: <https://www.statista.com/statistics/277123/Internet-companies-revenue/>. Acesso em 19 nov. 2022.

STATISTA. **Most popular social networks worldwide as of January 2022, ranked by number of monthly active users**. Disponível em: <https://www.statista.com/statistics/272014/global-social-networks-ranked-by-number-of-users/>. Acesso em 19 nov. 2022.

STEIN, Allan R. The Unexceptional Problem of Jurisdiction in Cyberspace. **The International Lawyer** 1167 (1998). Disponível em: <https://scholar.smu.edu/til/vol32/iss4/10/>. Acesso em 12 set. 2021.

STEPHAN, Paul B. Courts, Tribunals and Legal Unification – The Agency Problem. **Chicago Journal of International Law**. Volume 3. Number 2. Article 7. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1436&context=cjil>. Acesso em 07 jan. 2023.

STIGLITZ, Joseph E. **Globalização: como dar certo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

STORY, Joseph. Commentaries on the Conflict of Laws. Miami: Hardpress, 2017 (Ed. Kindle).
SUNDARARAJAN, Arun. **Economia compartilhada: o fim do emprego e a ascensão do capitalismo de multidão**. São Paulo: Editora Senac, 2016.

SUPREME COURT OF BRITISH COLUMBIA. Equustek Solutions Inc. v. Jack, **2014 BCSC 1063**. Disponível em: <https://www.canlii.org/en/bc/bcsc/doc/2014/2014bcsc1063/2014bcsc1063.html>. Acesso em: 05 mar. 2022.

SUPREME COURT OF CANADA. Club Resorts Ltd. v. Van Breda, **2012 SCC 17**, [2012]. Disponível em: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/8004/index.do>. Acesso em 15 jan. 2023.

SUSTEIN, Cass. **#Republic** – Divided democracy in the age of Social Media. Princeton: Princeton University Press, 2017.

SVANTESSON, Dan Jerker B. **Private International Law and the Internet**. The Netherlands: Kluwer Law International BV, 2016.

SVANTESSON, Dan Jerker B. **Solving the Internet Jurisdiction Puzzle**. Oxford: Oxford University Press, 2017.

SVANTESSON, Dan Jerker B. A Jurisprudential Justification for Extraterritoriality in (Private) International Law. **Santa Clara Journal of International Law**. Volume 13. Issue 2. Article 8. September 17th, 2015. Disponível em: <http://digitalcommons.law.scu.edu/scujil/vol13/iss2/8>. Acesso em 09 jan. 2022.

SVANTESSON, Dan Jerker B. Internet & Jurisdição: Relatório de Status Global 2019. **Internet & Jurisdiction Policy Network publication**, 2019. Disponível em: <https://www.Internetjurisdiction.net/uploads/pdfs/Portuguese-IJPN-Global-Status-Report-2019.pdf>. Acesso em 22 ago. 2021, p. 53.

SVANTESSON, Dan Jerker. Extraterritoriality and targeting in EU data privacy law: the weak spot undermining the regulation. *International Data Privacy Law*, 2015, vol. 5., n. 4. Disponível em: Extraterritoriality and targeting in EU data privacy law: the weak spot undermining the regulation, **International Data Privacy Law** | <https://doi.org/10.1093/idpl/ipv024> | DeepDyve. Acesso em 15 de Janeiro de 2023.

SVANTESSON, Dan Jerker. The holy trinity of legal fictions undermining the application of law to the global Internet. **International Journal of Law and Information Technology**, June 2015. Disponível em: <http://ijlit.oxfordjournals.org/>. Acesso em 10 jul. 2022.

SVANTESSON, Dan Jerker. Time for the Law to Take Internet Geolocation Technologies Seriously. **Journal of Private International Law**, 8:3, 473-487, DOI: 10.5235/JPRIVINTL.8.3.473. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.5235/JPRIVINTL.8.3.473>. Acesso em 15 jan. 2023.

SYMEONIDES, Symeon C. **The American Choice of Law Revolution**: Past, present and future. The Netherlands, 2006.

SYMEONIDES, Symon C. The American Revolution and the European Evolution in Choice of Law: Reciprocal Lessons. **Tulane Law Review**. Vol. 82. N. 5. 2008. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1104284. Acesso em 05 ago. 2020.

TAPSCTOTT, Don; TAPSCOTT, Alex. **Blockchain Revolution**: how technology behind bitcoin and other cryptocurrencies is changing the world. New York: Porfolio/Penguin, 2016.

TECHTARGET. **Silicon Valley** – Definition. Disponível em: <https://www.techtarget.com/searchcio/definicao/Silicon-Valley#:~:text=Silicon%20Valley%20is%20in%20northern,number%20of%20silicon%20chip%20manufacturers>. Acesso em 19 nov. 2022.

TECHTUDO. **O que são cookies?** Entenda os dados que os sites guardam sobre você. Disponível em: <https://www.techtudo.com.br/noticias/2018/10/o-que-sao-cookies-entenda-os-dados-que-os-sites-guardam-sobre-voce.ghtml>. Acesso em 01 fev. 2023.

TECMUNDO. **Porque apps com GPS consomem tanta bateria?** E como evitar? Disponível em: <https://www.tecmundo.com.br/dispositivos-moveis/133341-apps-gps-consumem-tanta-bateria-evitar.htm>. Acesso em: 18 nov. 2022.

TECNOBLOG. **Google Tradutor é mais um serviço descontinuado na China.** Disponível em: <https://tecnoblog.net/noticias/2022/10/04/google-tradutor-e-mais-um-servico-descontinuado-na-china/>. Acesso em 28 nov. 2022.

TECNOBLOG. **O que é Código fonte?** Disponível em: <https://tecnoblog.net/responde/o-que-e-codigo-fonte/#:~:text=Resumindo%2C%20%C3%A9%20o%20conjunto%20de,%C3%A9%20conhecido%20como%20c%C3%B3digo%20Objeto>. Acesso em: 13 nov. 2022.

TECNOBLOG. **O que é HTML?** (Guia para iniciantes). Disponível em: <https://tecnoblog.net/responde/o-que-e-html-guia-para-iniciantes/>. Acesso em 15 nov. 2022.

TECNOBLOG. **O que é HTTP?** Disponível em: <https://tecnoblog.net/responde/o-que-e-http/>. Acesso em 15 nov. 2022.

TECNOBLOG. **O que é URL?** Disponível em: <https://tecnoblog.net/responde/o-que-e-url/>. Acesso em 15 nov. 2022.

TECNOBLOG. **Quem inventou o computador?** Disponível em: <https://tecnoblog.net/responde/quem-inventou-o-computador/>. Acesso em: 16 nov. 2022.

TELEGEOGRAPHY. **Submarine Cable.** Disponível em: <https://www.submarinecablemap.com/>. Acesso em 18 nov. 2022.

TELLINI, Denise Estrela. **Regime de Direito Internacional Privado na Responsabilidade dos Provedores de Internet:** Content Service Providers e Intermediary Service Providers pela qualidade dos serviços executados online. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.

THE HUMAN RIGHTS COUNCIL OF THE UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY. **The promotion, protection and enjoyment of human rights on the Internet.** Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/G12/147/10/PDF/G1214710.pdf?OpenElement>. Acesso em: 06 fev. 2021.

THE NEW YORK TIMES. **The spying that changed Big Tech.** 16 de setembro de 2021. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2021/09/16/technology/snowden-spying-big-tech.html>. Acesso em 14 nov. 2022.

THE UNITED STATES DEPARTMENT OF JUSTICE. **Justice Department Sues Monopolist Google For Violating Antitrust Laws.** Press Release. Disponível em: <https://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-sues-monopolist-google-violating-antitrust-laws>. Acesso em 22 nov. 2022.

THE UNITED STATES DEPARTMENT OF JUSTICE. **United States of America vs. Microsoft Corporation. Civil Action No. 98-1232** (TPJ). Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/us-v-microsoft-courts-findings-fact>. Acesso em 14 mai. 2022.

THE WORLD BANK. World Development Report 2016 – **Digital Dividends**. Washington, DC: The World Bank, 2016, p. 4. Disponível em: <https://elibrary.worldbank.org/doi/book/10.1596/978-1-4648-0671-1?chapterTab=true>. Acesso em: 06 jan. 2022.

TOMIO, Fabrício Ricardo de Limas and ROBL FILHO, Ilton Norberto. Accountability e independência judiciais: uma análise da competência do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Revista de Sociologia Política**. 2013, vol.21, n.45, pp.29-46. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0104-44782013000100004>. Acesso em: 30 jan. 2023.

TRACHTMAN, Joel P. **Economic Analysis of Prescriptive Jurisdiction and Choice of Law**. (March 2001) Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=258183. Acesso em: 22 jan. 2022.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. **Acórdão do Tribunal de Justiça. 07 de março de 1995**. Disponível em: <https://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=3F770F886425FC743A7AB4F8FC22FA97?text=&docid=98911&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=69591>. Acesso em 07 jun. 2022.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. **ACÓRDAO NO PROCESSO C-131/12. Google Spain SL. Google INC. contra Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) e Mario Costeja González**. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:62012CJ0131&from=en>. Acesso em 29 ago. 2021.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. **Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) vs. Google**. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:62017CC0507&from=en>. Acesso em 03 nov. 2022.

TUDO CELULAR. **Argentina, Chile e outros países são afetados pelo bloqueio do WhatsApp**. Disponível em: <https://www.tudocelular.com/android/noticias/n65020/Argentina-Chile-e-outros-paises-sao-afetados-pelo-bloqueio-do-WhatsApp.html>. Acesso em 28 nov. 2022.

UN HUMAN RIGHTS COMITEE. **Concluding observations on the seventh periodic report of Germany**. Disponível em: https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CCPR/Shared%20Documents/DEU/CCPR_C_DEU_CO_7_47161_E.pdf. Acesso em 26 nov. 2022.

UNCITRAL. **United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods** (Vienna, 1980) (CISG). Disponível em: https://uncitral.un.org/en/texts/salegoods/conventions/sale_of_goods/cisg#:~:text=It%20has%20also%20inspired%20contract,of%20business%20in%20Contracting%20States. Acesso em 15 jan. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. **Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Seção) de 25 de outubro de 2011.** Processos C-509/09 e C-161/10. Disponível em: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=3C7FB6567254397A76EEF852EFA76AB2?text=&docid=111742&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=797263>. Acesso em 16 nov. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Outubro de 1995, relativa à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados. **Jornal Oficial nº L 281 de 23/11/1995** p. 0031 – 0050. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:31995L0046&from=PT>. Acesso em 12 set. 2021.

UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (CE) N.º 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho de 17 de Junho de 2009 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I). **Jornal Oficial da União Europeia**. 04 jul. 2008. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32008R0593&from=PT>. Acesso em 20 jun. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho De 27 De Abril De 2016 Relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE** (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados). Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0679>. Acesso em 14 nov. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. **REGULAMENTO (UE) 2022/2065 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO de 19 de outubro de 2022.** Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32022R2065&from=EN>. Acesso em: 22 nov. 2022.

UNITED NATIONS. **Guiding Principles on Business and Human Rights.** Disponível em: https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_en.pdf. Acesso em 18 dez. 2022.

UNITED STATES COURT OF APPEALS, First Circuit. **HUFFINGTON v. GROUP LLC LLC.** Disponível em: <https://caselaw.findlaw.com/us-1st-circuit/1557384.html>. Acesso em 10 jul. 2022.

UNITED STATES DISTRICT COURT WESTERN DISTRICT OF ARKANSAS FAYETTEVILLE DIVISION. **Sioux Transp., Inc. v. XPO Logistics, Inc.** Disponível em: <https://casetext.com/case/sioux-transp-inc-v-xpo-logistics-inc>. Acesso em 15 jan. 2023.

UNITED STATES OF AMERICA. **Court of Appeals of New York. Babcock v. Jackson.** Disponível em: http://www.courts.state.ny.us/reporter/archives/babcock_jackson.htm. Acesso em 05 ago. 2020.

US SUPREME COURT. **Calder v. Jones**, 465 U.S. 783 (1984). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/465/783/>. Acesso em: 22 maio 2022.

VALINSKI, Jordan. **Yahoo encerra operações na China em meio a desafios para setor privado.** 02 de novembro de 2021. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/business/yahoo-encerra-operacoes-na-china-em-meio-a-desafios-para-setor-privado/>. Acesso em 24 out. 2022.

VALLEJO, Maria Antonia Sánchez. **Estados Unidos processam Facebook por monopólio.** El País. 09 dez. 2020. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/economia/2020-12-09/estados-unidos-processam-facebook-por-monopolio.html>. Acesso em 14 mai. 2022.

VAN LOON, Hans. The Global Horizon of Private International Law. **Collected Courses of the Hague Academy of International Law.** Volume 380. Disponível em: https://referenceworks.brillonline.com/entries/the-hague-academy-collected-courses/*A9789004321311_01#notesup72. Acesso em: 13 jan. 2023.

VERDROSS, Alfred. **O fundamento do Direito Internacional.** Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 10, n. 2, 2013.

WALKER, Kent. **A deeply flawed lawsuit that would do nothing to help consumers.** Disponível em: <https://blog.google/outreach-initiatives/public-policy/response-doj/>. Acesso em 22 nov. 2022.

WAROFKA, Alex. **An Independent Assessment of the Human Rights Impact of Facebook in Myanmar.** Disponível em: <https://about.fb.com/news/2018/11/myanmar-hria/>. Acesso em 30 jul. 2022.

WATT, Horatia Muir. *Aspéctes économiques du droit international privé: réflexions sur l'impact de la globalisation économique sur les fondements des conflits de lois et de juridictions.* **Recueil des Cours de l'Academie de Droit International de La Haye.** V.307, 2004, p. 53.

WATT, Horatia Muir. **Hospitality, Tolerance and Exclusion in Legal Form: Private International Law and the Politics of Difference.** Current Legal Problems. Vol. 70. N. 1 (2017). Disponível em: <https://doi.org/10.1093/CLP%2FCUX004?sid=semanticscholar>. Acesso em 11 dez. 2022.

WATT, Horatia Muir. **Private International Law Beyond the Schism.** Transnational Legal Theory. Disponível em: <https://www.semanticscholar.org/paper/Private-International-Law-Beyond-the-Schism-Watt/ee33742e9b17af4ad2c288ff36921f03d5f7e27e>. Acesso em: 29 ago. 2021.

WATT, Horatia Muir. *Theorizing transnational authority: a private international law perspective.* In: COTTERREL, Roger. DEL MAR, Maksymilian. **Authority in Transnational Legal Theory: Theorising Across Disciplines.** Northampton: Edward Elgar Publishing, 2016.

WATT, Horatia Muir. *Yahoo! Cyber-collision of cultures: who regulates?* **Michigan Journal of International Law.** Vol. 24. Iss. 3 (2003). Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/mjil/vol24/iss3/2/>. Acesso em: 12 ago. 2021.

WHEELER, Tom. **U.S. regulatory inaction opened the doors for the EU to step up on Internet.** Disponível em: <https://www.brookings.edu/blog/techtank/2022/03/29/u-s->

[regulatory-inaction-opened-the-doors-for-the-eu-to-step-up-on-Internet/](#). Acesso em 22 nov. 2022.

WILLIAMSON, Oliver. **Opportunism and its critics. Managerial and decision economics**. Vol. 14. 1993. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/pdfdirect/10.1002/mde.4090140203>. Acesso em 01 jan. 2023.

WILLIAMSON, Oliver. **The Economic Institutions Of Capitalism: Firms, Markets, Relational Contracting**. New York: The Free Press, 1985.

WIPO. **WIPO-Administered Treaties**. Disponível em: <https://www.wipo.int/treaties/en/index.html>. Acesso em: 04 fev. 2023.

WSIS. Tunis Agenda for the Information Society. Document: **WSIS-05/TUNIS/DOC/6(Rev.1)-E**. Disponível em: <https://www.itu.int/net/wsis/docs2/tunis/off/6rev1.html>. Acesso em 13 nov. 2022.

WU, Tim. **The Attention Merchants: the epic scramble to get inside our heads**. New York: Alfred A. Knopf, 2016.

XTECH. **O que é Web Filtering e por que devo usá-lo?** Disponível em: <https://xtech.com.br/Blog/O-Que-E-Web-Filtering-E-Por-Que-Devo-Usa-Lo/b/50/>. Acesso em 12 fev. 2022.

YALE LAW SCHOOL. **Treaty of Westphalia**. Disponível em: https://avalon.law.yale.edu/17th_century/westphal.asp. Acesso em 14 nov. 2022.

YNTEMA, Hessel E. **The Comity Doctrine. Michigan Law Review**. Volume 65. Issue 1. 1966. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5681&context=mlr>. Acesso em 03 out. 2021.

YNTEMA, Hessel E. The Historic Bases of Private International Law. **The American Journal of Comparative Law**, Vol. 2, N. 3 (Summer, 1953), Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/837480>. Acesso em 05 ago. 2020.

ZITTRAIN, Jonathan. **Internet Points of Control. Boston College Law Review**. Disponível em: http://ssrn.com/abstract_id=388860. Acesso em 15 nov. 2022.