

CONSTITUCIONALISMO DIGITAL E A DEMOCRACIA DAS “NUVENS”

DIGITAL CONSTITUTIONALISM AND “CLOUD” DEMOCRACY

Douglas Alencar Rodrigues¹

Luiz Felipe Gallotti Rodrigues²

Rodrigo Garcia Duarte³

Seria mesmo possível substituir os anacrônicos processos eleitorais das escolas democráticas por redes de consulta permanente e por referendos instantâneos? (...) Trata-se de saber se o constitucionalismo, sem abandonar as memórias, pode continuar a ter e ser história neutralizando o perigo de ser definitivamente colocado no lugar de memória (Canotilho, 2006. p. 345).

It is some time in the future. Technology has greatly increased people's ability to “filter” what they want to read, see, and hear. With the aid of the Internet, you are able to design your own newspapers and magazines. You can choose your own programming, with movies, game shows, sports, shopping, and news of your choice. You mix and match. (Sunstein, 2009. p. 1)

Resumo

O artigo busca abordar como as novas tecnologias de armazenamento e compartilhamento de dados impactam o funcionamento

1. Magistrado (TST), Mestre em Direito (PUC/SP) e Professor universitário em Brasília - DF (IESB).

2. Acadêmico do curso de Direito da Universidade de Brasília (UnB).

3. Acadêmico do curso de Direito da Universidade de Brasília (UnB).

da sociedade e das instituições democráticas. As reflexões aqui desenvolvidas possuem como marco teórico e propositivo o recente movimento do constitucionalismo digital, uma releitura do constitucionalismo contemporâneo à luz das transformações digitais, uma vez que a internet se revelou tanto um nascedouro de potencialidades de realização de direitos quanto seu exato oposto. Intenta-se, ao longo do texto, evidenciar os riscos à democracia representativa que advém do uso desregulado e abusivo dessas tecnologias, bem como demonstrar a necessidade de se repensar o papel do Estado e da Constituição no contexto da sociedade da informação, a fim de garantir que haja o devido controle dos limites dos poderes particulares e estatais no ambiente digital e a proteção aos direitos fundamentais.

Palavras-Chave: Eleições; democracia; ciberespaço; mídias digitais; *big-data*; inteligência artificial; constitucionalismo digital.

Abstract

The paper is addressed to know how new data storage and sharing technologies impact the functioning of society and democratic institutions. The reflections developed here have as their theoretical and propositional framework the recent movement of digital constitutionalism, a re-reading of contemporary constitutionalism in the light of digital transformations, since the internet has proved to be both a source of potential for the realization of rights and its exact opposite. Throughout the text, the intention is to highlight the risks to representative democracy arising from the unregulated and abusive use of these technologies, as well as to demonstrate the need to rethink the role of the state and the constitution in the context of the information society, in order to ensure that there is proper control of the limits of private and state powers in the digital environment and the protection of fundamental rights.

Keywords: Elections; democracy; cyberspace; digital media; big data; artificial intelligence; digital constitutionalism.

1. Introdução

Vivemos a era da informação. Há muito de fantástico nas

intermináveis possibilidades que se apresentam à humanidade a partir das tecnologias de *big data* e de inteligência artificial, que facilitam o armazenamento e processamento de dados digitais em um nível antes unimaginável (Doneda, 2020). De fato, a capacidade das grandes corporações de dados de prever as nossas preferências musicais, literárias e de consumo assume um nível absolutamente eficiente, sugerindo que os algoritmos sabem mais de nós do que nós próprios.⁴

As múltiplas vantagens que acompanham essas inovações são evidentes. Maximizando-se o conforto, tornou-se desnecessário que os consumidores se desloquem para os grandes centros a fim de adquirir produtos. As nossas preferências e interesses já se encontram mapeadas por algoritmos, que nos sugerem o item ou serviço mais condizente com o nosso perfil digital, bastando alguns cliques para se adquirir qualquer produto ou serviço comum.

Contudo, questionamentos ético-legais devem ser feitos quanto à possibilidade dessas tecnologias de prever o comportamento dos usuários, pois, conforme foi alertado em diversas pesquisas,⁵ a capacidade de prever o comportamento humano também possibilita que, por meio da psicologia comportamental aliada à propaganda micro-direcionada, seja possível instigar sentimentos e direcionar as opiniões dos consumidores.

Ademais, como apontado por Cass R. Sustein (2009), a sociedade “de filtros” apresenta características que podem não ser compatíveis com a democracia liberal, já que os inúmeros filtros de preferência tendem a tornar cada vez menor a chance de nos depararmos com gostos e opiniões diferentes das nossas.

Em tempos de eleição, tais questionamentos mostram-se significativamente mais relevantes, pois estão atrelados à polarização social e à formação de cidadãos cada vez mais infensos ao debate

4. Como alerta Yuval Noah Harari, “Pode ficar tão fácil manipular nossas opiniões e emoções que seremos obrigados a nos basear em algoritmos do mesmo modo que um piloto, ao sofrer um ataque de tontura, tem de ignorar o que seus sentidos estão lhe dizendo e depositar toda a sua confiança nos aparelhos”. (2019, p. 80)

5. Em estudo feito *Federal Trade Commission* estadunidense, analisou-se a forma como são armazenados e explorados os dados pessoais.

heterogêneo e mais desacreditados com a política.

Por isso, a relevância do presente artigo encontra-se na proposição de reforma e retomada das bases do constitucionalismo contemporâneo, a fim de garantir que, na disputa pela regulação do espaço virtual por entes públicos e privados, prevaleçam os eixos constitucionais de limitação do poder e de garantia dos direitos fundamentais, tanto aqueles consolidados na Constituição de 1988 quanto os que emergem das transformações sociais provocadas pela tecnologia. Nesse sentido, é possível referir a um constitucionalismo digital, comprometido com a reformulação das bases do constitucionalismo moderno à luz dos desafios da tecnologia dos dados, a fim de proteger as garantias vitais da própria realização dos ideais democráticos.

2. República. com: a democracia deliberativa na era da (des)informação.

Em 2016, o Fórum Econômico Mundial apontou, como risco global relevante para todo mundo, o colapso dos governos nacionais e o alto grau de desconfiança popular com o sistema eleitoral. Embora não seja possível definir com certeza as causas para esses problemas, podemos apontar como fatores agravantes a intensa disseminação de notícias falsas, a polarização social, o desgaste dos sistemas partidários tradicionais, a proliferação de ideias radicais e nacionalistas e a perda de confiança nas instituições e na política, vistos por Adam Przeworski como a deterioração sub-reptícia da própria democracia (Przeworski, 2020).

Para entender melhor o problema, devemos começar pela premissa de que a democracia contemporânea que nos foi legada pela tradição política liberal, como descrita por Alexis de Tocqueville (2000), pressupõe as liberdades de pensamento, de expressão e de participação como fundamentos para garantir a legitimidade dos processos decisórios democráticos. Garantir que haja eleições livres e justas é, pois, o papel das instituições, visto que a confiança no processo eleitoral constitui a legitimidade do modelo representativo.

As transformações pelas quais passa a democracia contemporânea não são estranhas à teoria política. A democracia representativa vem enfrentando diversas crises desde o início do séc. XX, o que levou o sistema representativo a integrar certos elementos da democracia direta, especialmente a partir da maior difusão das variadas formas de liberdade expressão. É o que Bobbio denomina de passagem da democracia política, individual, para a democracia social, “onde o indivíduo é considerado na multiplicidade de seus status” (Bobbio, 2007. p. 156).

Ocorre que a democracia e o capitalismo liberal foram desenhados em uma época em que as transformações sociais acompanhavam o passo das evoluções tecnológicas. Mesmo a democracia atual, que sofreu inúmeras mudanças desde que foi descrita por Tocqueville, corre o risco de se tornar obsoleta diante do volume e da capacidade de se utilizar dados eletrônicos para prever e dirigir o comportamento humano (Harari, 2018).

Não é de hoje que se teoriza a respeito do impacto das novas e disruptivas tecnologias da informação. No entanto, os problemas que se enfrenta atualmente são muito diversos, em grau e qualidade, dos que se imaginava no início do século. A título de exemplo, antes do surgimento de aplicativos e algoritmos inteligentes, os temores expostos em populares obras ficcionais futurísticas relacionavam-se com a escravização ou a extinção da humanidade em razão de uma “revolução” ou dominação das máquinas. Algumas manifestações cinematográficas recentes desses temores ainda se fazem presentes, como retratado no dramático filme “Ex-Machina”, quase uma releitura do clássico “Eu, robô”. As previsões para esse século, no entanto, não se confirmaram ou ocorreram de forma bastante distinta da imaginada.

Caso alguém na década de 80 fosse perguntado como poderiam os robôs substituir os seres humanos, por exemplo, na direção de veículos, as respostas tenderiam a ser direcionadas à imagem de um robô humanoide conduzindo um automóvel. Hoje, a tendência é que o próprio carro dirija “sozinho”, guiado pelas direções fornecidas por sensores de proximidade, lasers e algoritmos de geolocalização.

Os aparelhos eletrônicos permitem hoje uma liberdade de escolha sem precedentes na história. Com alguns cliques, pode-se escolher o que assistir, com quem falar, o que ouvir, o que comprar, o que ser e como queremos que os outros nos vejam. É o que alguns autores denominam de quarta revolução industrial, na qual a velocidade e a intensidade das mudanças tecnológicas são sem precedentes na história humana, o que torna seus impactos radicalmente mais complexos (Schwab, 2016).

Mas tudo tem um preço, e, nesse caso, o custo imediato é a privacidade dos usuários,⁶ cujos dados são vendidos para as empresas de produtos e serviços a fim de que possam criar modelos de consumo o mais exatos possível. Assim, constata-se que os dados pessoais são um dos principais recursos econômicos da nossa época (Bioni, 2019. p. 38-64).

Nada obstante, a exploração econômica dos dados pessoais vem ocorrendo de forma atentatória à privacidade dos usuários, constituindo uma grave ameaça à dignidade da pessoa humana.⁷ Daí porque a proteção à privacidade dos dados pessoais tem se tornado uma das principais preocupações legislativas dos últimos tempos, inclusive alcançando o status de direito fundamental (Mendes, 2011).

Ressalte-se que o denominado princípio da autodeterminação informativa -reconhecido como direito fundamental no paradigmático julgamento da Suprema Corte Alemã de Reclamações Constitucionais ajuizadas contra a Lei do Censo de 1983 (Mendes, 2020) – já foi reconhecido perante o ordenamento brasileiro pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento conjunto das ADIs, 6387,

6. O professor Simon Chesterman produziu importante livro em que analisa se ainda é possível falar na existência do direito à privacidade na era digital, especialmente levando em conta que as empresas privadas e órgãos governamentais possuem amplo acesso às nossas conversas e dados mais particulares. Ao final, analisa o paradigma da liberdade versus a segurança e defende a adoção de um novo contrato social que exija posições mais ativas do governo e dos usuários em relação à posse dos dados (Chesterman, 2011).

7. A própria ideia de que o consentimento expresso autoriza a utilização dos dados pessoais já se encontra em franco declínio, tendo em vista as complexidades da vida na “sociedade da informação”, conforme retratam Laura Schertel Mendes e Gabriel Fonseca (2020, p.507-533).

6388, 6389, 6393, 6390.⁸

De fato, nota-se que passou a ser determinante para a competitividade das empresas possuir o modelo de consumo que fosse mais capaz de prever os comportamentos dos consumidores, no que alguns autores denominam “capitalismo de vigilância”.⁹

Problematizando a esse respeito, Cass R. Sustein (2009), no seu celebrado livro “república.com”, questiona se a democracia deliberativa e representativa possui os instrumentos adequados para lidar com o capitalismo de vigilância, as redes sociais e a filtragem de conteúdos digitais. É cediço que os pilares do nosso sistema de governo, conforme as lições de John Rawls, residem na existência de esferas públicas de debate que, de uma forma ou de outra, se insinuam no cotidiano dos cidadãos até mesmo sem a sua anuência (Rawls, 2020).

Como afirma Cass R. Sustein (2009), a qualidade da democracia depende que a formação de maiorias se legitime por meio da mais diversa dialética possível. O problema é que os filtros de preferência utilizados pelos titãs da informação tendem a direcionar os usuários a ter contato apenas com os autores ou influenciadores que pensam de forma semelhante à sua, assim gerando um viés de confirmação das suas opiniões e preconceitos já existentes. A sociedade da informação impôs, portanto, o conflito entre a supremacia do consumidor e a necessidade democrática do conflito, às vezes não desejado e não esperado, de ideias e opiniões heterogêneas.

Esses efeitos, a partir de uma perspectiva macro, impactam a forma como as opiniões políticas se disseminam e se radicalizam. O impacto danoso da altíssima velocidade de disseminação de *fake news* é amplamente estudado e conhecido,¹⁰ e todos os incentivos

8. Victor Oliveira Fernandes (2017) associou esse importante julgamento à emergência de novos direitos no ambiente digital.

9. Shoshana Zuboff (2019) explica de forma precisa o que se entende como capitalismo de vigilância a partir da ideia da produção de anúncios publicitários especialmente desenhados para atingir os consumidores cujos dados pessoais apontam para determinado perfil de consumo.

10. Os impactos das notícias inverídicas nas eleições 2016 foram particularmente significativos, pois verificou-se que as notícias falsas foram muito mais comentadas, compartilhadas e curtidas do que as notícias verdadeiras, conforme reportado por Craig Silverman (2016).

econômicos parecem ser no sentido de que a produção de notícias falsas é mais rentável do que a de notícias verdadeiras e checáveis.¹¹ Também a filtragem de conteúdo, da forma como está desenhada, ajuda a dividir a sociedade em polos políticos intolerantes com o “outro” ou com o estranho.

Colocando o sistema eleitoral no foco da discussão, as possibilidades de manipulação e distorção das eleições a partir das tecnologias da informação são altamente preocupantes, especialmente à luz dos recentes escândalos envolvendo a empresa Cambridge Analytica. A empresa foi acusada de utilizar estratégias antiéticas de manipulação para influenciar o resultado de diversos processos eleitorais em escala global, notadamente no Brexit e nas eleições estadunidenses de 2016. A esse respeito, estudos e questionamentos acerca da possibilidade de manipulação e direcionamento dos eleitores revelaram que empresas como a Cambridge analytica não são apenas corporações de *data-science*, mas também e principalmente empresas de mudança comportamental, que combinam psicologia, a tecnologia da *big data* e as propagandas voltadas a alterar o sentimento dos usuários expostos.

A fim de coletar dados para pesquisas mais estudadas mais aprofundadas sobre esse panorama, a Universidade de Oxford e o Instituto da Internet de Oxford lançaram o “*Computational Propaganda Research Project*”, cujo objetivo é monitorar a organização global de tentativas de manipulação política organizadas por meio de mídias sociais. Em 4 anos de estudo, o relatório de 2021 identificou que 81 países sofrem com o problema de disseminação de desinformação e propaganda no ambiente digital, inclusive o Brasil. Adicionalmente, foi identificado o agravamento da questão durante a pandemia do COVID-19, e em 48 países houve a atuação de empresas semelhantes à Cambridge Analytica, normalmente contratadas por atores políticos para tentar influenciar a opinião pública e o resultado de eleições.

O cenário acima descrito parece saído diretamente das histórias ficcionais de Isaac Asimov, especialmente se fizermos para-

11. Um interessante estudo econômico e político acerca do fenômeno das *fake news* nas eleições estadunidenses de 2016 foi proposto por Allcott e Genzkow (2017).

lelos com a trilogia Fundação (1982), que descreve uma sociedade capaz de prever o futuro por meio da “psico-história”, uma ciência de processamento de dados e informações.

É claro, ainda não conseguimos prever com exatidão os eventos futuros, mas a tecnologia e a ciência já são capazes de antecipar o comportamento humano a partir do gigantesco volume de dados que cedemos constantemente a ponto de suficientemente manipular o comportamento do consumidor. Saber se estamos cada vez mais próximos de cenários distópicos nos moldes do que descrevem obras literárias e cinematográficas, como o livro 1984, de George Orwell, e “Admirável Mundo Novo”, de Aldous Huxley, está fora do escopo e da capacidade do presente artigo, mas vale apontar as desconcertantes semelhanças.

Assim, a questão que precisa ser respondida é como fazer incidir as garantias e limites típicas dos espaços públicos regulados pelo Estado para o ambiente digital (Thake, 2018). Devemos confrontar o fato de que as eleições podem ser corrompidas e desacreditadas por tecnologias que utilizamos diretamente e nas quais depositamos nossos detalhes pessoais mais íntimos (Manheim; Kaplan, 2018). É preciso pensar como garantir a legitimidade de eleições que podem ser influenciadas por grandes corporações tecnológicas que navegam pela incerteza e ineficiência da capacidade das instituições democráticas em regular o espaço digital.¹²

Embora as plataformas digitais sejam espaços eminentemente privados, também assumem caráter público, especialmente por serem, hoje, o principal meio de exercício de direitos fundamentais como a liberdade de expressão, de reunião e de acesso à informação. No ponto, a consolidação de cartas nacionais e internacionais de direitos digitais são um passo importante em direção à constitucionalização do espaço digital,¹³ mas é necessário que a doutrina realize

12. Nesse sentido, Lauren Yawney (2018) apresentou interessante dissertação de mestrado que buscou entender a personalização de propagandas políticas nas eleições municipais de Ontário em 2018. Semelhante estudo foi conduzido por Noxolo Gwala sob a perspectiva da instigação de violência eleitoral por meio de plataformas digitais.

13. Lex Gill, Dennis Redeker e Urs Gasser (2015) realizaram um amplo mapeamento dos esforços legislativos em prol da edição de documentos que de *soft law* que impõem a proteção de direitos políticos, o respeito a normas de governança e aos limites do exercício do poder na internet, dando destaque para o nosso Marco Civil da Internet.

esforços hermenêuticos e criativos a fim de pensar no instrumental epistemológico que permita a atualização constante dos limites e proteções constitucionais no espaço digital.

3. Definindo o constitucionalismo digital

As páginas anteriores se prestaram a destacar a relevância social que as mídias digitais vêm conquistando no séc. XXI. Os algoritmos e as tecnologias da informação passaram a ter influência direta sobre a formação dos gostos, das vontades e das opiniões da sociedade como um todo e, conseqüentemente, têm provocado impactos no processo eleitoral.¹⁴ Conclui-se, ainda, que o ambiente digital impacta sobremaneira a esfera de direitos fundamentais, como a privacidade e a dignidade da pessoa humana (Balkin, 2017), bem como se revela um ambiente de disputa entre poderes predominantes em uma sociedade (Dobner, 2010).

Cite-se como exemplo o efeito do ambiente digital sobre o direito à liberdade de expressão: por um lado, a facilidade e a velocidade com que este meio proporciona a transmissão de informação ampliou significativamente as possibilidades de exercício deste direito, por outro, o protagonismo atribuído ao ambiente digital viabiliza o compartilhamento em larga escala de conteúdos como notícias falsas (*fake news*), *cyberbullying* ou discursos odiosos.

Em suma, observa-se que o protagonismo atribuído ao ambiente digital produz substancial influência sobre dois grandes alicerces do constitucionalismo: a garantia de direitos fundamentais e o controle dos poderes predominantes em uma sociedade (Teubner, 2012). Ocorre que se trata de circunstância que não foi e nem poderia ter sido prevista pela constituinte de 1987/1988 e que, conseqüentemente, gera desequilíbrio na ordem constitucional vigente.

14. “As recentes suspeitas de manipulação do resultado de eleições, como no caso do Brexit, Donald Trump e mesmo Jair Bolsonaro no Brasil ajudam a compreender a dimensão de poder político que pode ser exercida, direta ou indiretamente – por intermédio de seus parceiros comerciais – pelas plataformas digitais. Isso sem contar nas inúmeras outras formas de influência política praticada por tais agentes, tais como lobby, captura de agências reguladoras e mesmo de pesquisas e resultados acadêmicos, entre outros” (Frazão, 2019. p. 10-25).

Nesse contexto, emerge o fenômeno do constitucionalismo digital, entendido como uma “constelação de iniciativas que se articulam para definir direitos, normas de governança e limites ao exercício do poder na Internet” (Dantas; Coni Junior, 2017). Ressalva-se, no entanto, haver divergência quanto ao conceito e o objeto de estudo dessa corrente da teoria constitucional, como analisado por Edoardo Celeste, que apresenta uma nova sistematização dogmática que explora os princípios e valores do constitucionalismo contemporâneo como chaves-guia para a compreensão do espaço digital, no qual os atores privados rivalizam com o poder normatizador dos Estados nacionais (Celeste, 2019).

Em estudo a respeito do desenvolvimento histórico do constitucionalismo digital, Giovanni de Gregorio identifica três fases distintas: a primeira, liberal, caracterizada pela não interferência do Estado com base na ideia de autorregulação da comunidade digital: “*every digital community would be capable of participating in the creation of the new rules governing their digital world*”; a segunda, centralizada no “*judicial activism*”, foi marcada por revisões legislativas direcionadas à proteção dos dados pessoais, cujo objetivo é dar mais certeza e transparência para o modo de atuação das grandes empresas no mercado de dados pessoais; e a terceira, marcada pelo constitucionalismo digital (Giovanni, 2020).

Dentre os exemplos de reformas legislativas nesse sentido, destacam-se, no contexto brasileiro, o Marco Civil da Internet (MCI) e a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), diplomas legais adaptados às inovações causadas pela popularização do meio digital e que consagram postulados de natureza eminentemente constitucional, tais quais, a proteção da privacidade (art. 3º, II, MCI) e a autodeterminação informativa (art. 2º, II), daí a se falar na constitucionalização do ambiente digital (Celeste, 2021). Não obstante, conforme apontam Diego Werneck e Luiz Fernando Marrey Moncau, o sucesso dessas leis em regular o ambiente virtual ainda está por ser posto à prova, mas sinalizam um movimento importante em prol da transparência e da proteção dos usuários (Moncau; Arguelhes, 2020).

Veja que essa corrente constitucional não se exaure apenas na formulação de cartas de direitos que consolidam garantias –

como a proteção dos dados pessoais e a autodeterminação informativa – mas também, e principalmente, constitui um movimento de reformulação constante da hermenêutica constitucional a partir do espaço digital em transformação, a fim de que novos direitos e situações possam ser tuteladas à luz da Constituição sem que precisem ser positivados (Suzor, 2019).

Nessa linha, vale ressaltar que a noção de constitucionalismo digital prescinde da positivação de uma Declaração de Independência do Ciberespaço universal como a defendida por John Perry Barlow, que advogava pela separação absoluta entre o mundo físico e o digital, até mesmo para a tutela de direitos (Barlow, 1996). Com efeito, em um dos mais célebres trabalhos sobre o tema – *Towards Digital Constitutionalism? Mapping Attempts to Craft an Internet Bill of Rights* – Edoardo Celeste analisou o fenômeno da constitucionalização do ciberespaço por meio do mapeamento de diversos documentos – alguns não institucionais – que visavam justamente a consagrar direitos fundamentais no âmbito digital (Celeste, 2018).

Como resultado da análise supramencionada e objetivando dar tangibilidade ao seu objeto, conclui-se que as disposições do constitucionalismo digital se dividem em sete categorias temáticas: (i) direitos fundamentais e liberdades; (ii) limites ao poder estatal; (iii) governança e participação civil nos meios digitais; (iv) direitos de privacidade e vigilância; (v) acesso e educação; (vi) estabilidade das redes; e (vii) direitos econômicos e responsabilidades.

Logo, para os fins do presente artigo, compreende-se constitucionalismo digital como um fenômeno de limitação dos poderes públicos e privados no ambiente digital, visando garantir direitos fundamentais no espaço virtual, bem como a instituir governança justa e inclusiva na Internet, que possibilite a todos usufruir do espaço digital de maneira condizente com seus fins.

4. O constitucionalismo digital e as eleições: garantindo direitos fundamentais.

Como vimos, atentas à necessidade de fazer prevalecer a ordem estatal dentro do ambiente informático, naturalmente hostil a

qualquer tentativa de controle, várias nações e órgãos multilaterais vêm buscando editar cartas de direitos que protejam os usuários.

O esforço em prol da edição de documentos nacionais e internacionais que se proponham a regular e organizar o espaço digital são importantíssimos. No entanto, a estonteante velocidade das transformações dessas tecnologias e as alterações legislativas de forma alguma conseguem acompanhar esse ritmo de alterações. Por essa razão, se mostra necessária a renovação da teoria constitucional para que se possa identificar quais são os direitos e as restrições ao poder que devem ser tutelados no ambiente digital.

Uma importante reflexão que deve ser feita é quanto à melhor maneira de regulação da internet, de forma responsável e adequada. Para isso, é possível se utilizar da doutrina constitucionalista do fórum público, a qual leciona que os espaços públicos são o lócus do debate democrático e da livre manifestação política por excelência. Nesse sentido, a Suprema Corte dos Estados Unidos assentou, no paradigmático caso *Hague v. Committee for Industrial Organization*, a ideia de que a “rua” é um ambiente de livre manifestação de opinião, mesmo que possa ser inconveniente ou desconfortável para alguns cidadãos, contanto que exercido de forma pacífica e nos limites da lei.

Não é mais a rua o principal meio de encontro entre pessoas, mas sim a internet. O espaço digital passou a retratar, de forma quase idealizada, a ideia do encontro fortuito de opiniões e indivíduos, especialmente por ser um contato em tempo real não restrito a limitações espaciais. A expressividade da intensificação da troca de mensagens e informação não pode ser subestimada, lembremos as lutas por direitos civis que foram motivadas e possibilitadas pelos fóruns digitais de debate, como evidenciado na primavera árabe.

Passa-se a compreender que a internet não é um domínio puramente privado. Por meio da internet, as pessoas se conectam e acessam informações, o que já atrairia uma função pública importante exercida por esse meio. Além disso, mais recentemente, o próprio poder público se utiliza de aplicativos e programas de computadores como instrumentos de agilização e publicização de seus procedimentos. Tome-se, como exemplo, a iniciativa do governo federal

de digitalizar a Carteira de Trabalho Digital, pela qual, para todos os contratos de trabalho novos ou já existentes, todas as anotações serão feitas apenas eletronicamente, devendo ser acompanhadas pelo aplicativo ou pela internet. Também podemos mencionar a volumosa expansão do mercado de criptomoedas, apresentando-se como uma possível substituição das moedas fiduciárias, e a crescente utilização de tecnologias como a *blockchain* para a autenticação de documentos, ao invés de cartórios.

Assim, o espaço digital também passou a ser dotado de grande relevância social, especialmente a partir da dissolução da separação dos ambientes físicos e virtuais que, levado a nível mais extremo, se aproxima da concretização de um metaverso (Duarte, 2022). A doutrina do fórum público construída pela Suprema Corte dos Estados Unidos, nesse sentido, parece absolutamente aplicável também ao mundo virtual e ao metaverso, de forma que deve ser garantido o direito positivo e negativo de liberdade de expressão, condicionado somente por outros direitos fundamentais (Berman, 2000).

Um aspecto interessante da ideia do fórum público é que ela reflete sobre o direito de os cidadãos escutarem e dialogarem com pessoas com diversidade de opiniões. Ou seja, caso se entenda que a doutrina do fórum público se aplica também ao meio digital, então existiria o direito positivo de que o governo tome medidas no sentido de possibilitar que as pessoas tenham contato com indivíduos que pensam diferente das suas próprias opiniões, e não com microbolhas produzidas artificialmente de forma deliberada.

Tendo esse contexto em mente, a retomada do constitucionalismo e do papel do Estado como garantidor de direitos fundamentais deve ser encarado como o maior desafio para a democracia e, em um futuro mais próximo, para as eleições que ocorrerão em breve. A Constituição da República fornece vetores hermenêuticos e normas fundamentais que permitem corrigir o desequilíbrio entre os setores estatais e não-estatais provocado pelas tecnologias em análise, mas que devem ser reinterpretados a fim de que a necessária regulação da internet não descambe para os indesejados caminhos do autoritarismo e da censura.

Como alerta Gunther Teubner (*apud* Gáscon, 2019), o constitucionalismo digital não pode ser superestimado e não deve ser transformado em uma panaceia. Há limites para o quanto essa corrente de pensamento consegue formular respostas justas e eficientes para enfrentar os problemas aqui colocados, da mesma forma que o constitucionalismo tradicional não foi capaz de resolver todos os desafios que se apresentaram à modernidade.

É preciso pensar além dos tradicionais “recipientes” de direitos, como a lei e a Constituição. Nesse sentido é a contribuição da releitura de Eduardo Celeste acerca do escopo do constitucionalismo digital, segundo o qual essa corrente consiste em expandir o objeto de análise do constitucionalismo para além das respostas normativas provenientes dos atores estatais, alcançando também os instrumentos criados pelas grandes empresas de informação, cuja eficácia e alcance superam, até o momento, os instrumentos normativos tradicionais.

Assim, um dos principais focos de análise do debate constitucional deve passar pela análise dos termos e serviços das empresas de dados, aplicativos e redes sociais, cujas normas possuem expressivos impactos na liberdade de expressão, de reunião e acesso à informação (Celeste, 2018). Relembre-se que a clássica distinção entre espaços públicos e privados, bem como os respectivos regimes de direitos, não é mais impeditivo para a eficácia das normas constitucionais e da realização dos ideais do Estado Democrático de Direito (Berman, 2000).

Dessa forma, não convence a pretensão de autonomia absoluta e impossibilidade de regulação do ambiente virtual. Como demonstrado no livro *“Lawless: The Secret Rules That Govern Our Digital Lives”*, de Nicolas Suzor, a ausência de regulação governamental não é liberdade, pois as grandes empresas de tecnologia detêm hoje o quase absoluto monopólio da regulação da internet, e sem o império da lei e do direito não há como garantir que tais normas serão observadas e fundamentarão decisões justas, não sendo, portanto, legítimas (Suzor, 2019). Nessa visão, os termos de serviços das plataformas digitais não podem ser os únicos instrumentos que exercem força normativa sobre o espaço com-

partilhado da internet. Entender dessa forma seria legar o papel do Estado de administrar os conflitos sociais às empresas de comunicação digital, e o custo seria, é claro, os nossos dados, e, de forma mediata, a liberdade.

De fato, o poder de autorregulação dos grandes *players* do mercado digital não pode ignorar os direitos fundamentais à privacidade, à proteção de dados pessoais e à autodeterminação informativa. Dessa forma, questões como a exclusão de postagens e perfis das redes sociais, direito ao esquecimento, direito a saber se está conversando online com um ser humano ou não, são sensíveis ao constitucionalismo digital, uma vez que a restrição do usufruto dessas plataformas deve ser condicionada à garantia mínima da preservação dos direitos dos usuários, especialmente, a liberdade de expressão e o direito à autodeterminação.

Nesse ponto, as discussões referentes à remoção de conteúdos ofensivos, odiosos ou controversos da internet não podem escapar do escopo de atuação das instituições democráticas, que devem exercer o devido papel de fazer prevalecer a lei e não permitir a ameaça ou lesão a direitos. Destaca-se o importante papel dos Tribunais de Cúpula para a constitucionalização do ambiente virtual, com especial destaque para os julgados das cortes alemãs que enfrentaram variadas questões relacionadas ao tema. (Mendes; Fernandes, 2020; Coleste, 2021).

É claro, não se pode olvidar os problemas envolvendo a dificuldade do cumprimento da legislação e os limites da jurisdição nacional, uma vez que as sedes das grandes empresas de tecnologia, bem como seus servidores, estão fisicamente situadas em países muitas vezes diversos dos locais em que são prestados os serviços.

O caso paradigmático *Us. vs. Microsoft Inc.* retratou essas questões, no qual a empresa Microsoft se recusou a divulgar e-mails armazenados em um servidor na Irlanda, e a Suprema Corte dos Estados Unidos entendeu que o ato relevante para fins de territorialidade da legislação é o ato de violação à privacidade ou à proteção dos dados pessoais. Da mesma sorte, merece destaque o caso *Equustek Solutions Inc. V. Jack*, no qual o Tribunal Supremo da Colúmbia Britânica entendeu possuir jurisdição

universal sobre os dados pessoais canadenses, ainda que os servidores e a sede empresas não se localizem em solo canadense, determinando a remoção de links tanto dos servidores da google canadense quanto do servidor-mãe.

O Direito precisará lidar com questões relacionadas ao transconstitucionalismo e à interconstitucionalidade enquanto fenômenos do mundo em transformação. Dessa forma, os debates que surgirão acerca do papel da internet e das plataformas digitais no contexto das eleições brasileiras de 2026 devem levar em conta a necessidade de se exigir maior transparência e responsabilidade na forma de atuação de empresas como o *Facebook* e o *Google* como intermediadores do debate público. Nesse sentido, a atuação do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) será de suma importância a fim de identificar a contratação e utilização de serviços de *micro-targeted propagandas* e, idealmente, penalizar a disseminação deliberada de *fake news*, contudo, deve-se criar mais respaldo legal e normativo para essa interferência, a fim de se produzir o mínimo de previsibilidade na atuação.

Conclusão

Ainda é cedo para afirmar se está em vigência a transição para um novo paradigma constitucional, mas repensar valores e princípios constitucionais ante os desafios impostos pelas novas tecnologias é absolutamente necessário à sociedade contemporânea. A efetivação dos ideais constitucionais é esforço constante que se torna ainda mais árduo em tempos de crise democrática e de constantes ameaças à liberdade e privacidade dos usuários, como evidenciado ao longo do texto.

Por essa razão, propõe-se que a internet não pode ser considerada “terra sem lei”, regulada apenas pelas normas internas das plataformas digitais, mas constitui verdadeira “Ágora” do livre debate e do exercício de direitos fundamentais. Assim, foram desenvolvidas ao longo do presente excerto reflexões acerca do surgimento de novos direitos e da dificuldade de se encontrar a justa medida entre o exercício de liberdades fundamentais e o controle do espaço virtual.

Ao fim, o trabalho buscou fazer um panorama do atual debate constitucional que se desvela no mundo acerca da proteção de dados pessoais e o questionamento referente à liberdade de escolha em um mundo que ameaça ser governado por algoritmos capazes de decidir com mais precisão do que os próprios seres humanos. Em breve, a sociedade irá exigir a resposta para o problema da sociedade da informação, e o direito deverá estar pronto para, se não a fornecer, garantir que os direitos fundamentais não serão deletados e o constitucionalismo não se perderá na memória.

Referências

ALLCOTT, Hunt; GENTZKOW, Matthew. *Social Media and Fake News in the 2016 Election*. **Journal of Economic Perspectives**, v. 31, n. 2, 2017. P. 211-236. Disponível em: <<https://web.stanford.edu/~gentzkow/research/fakenews.pdf>>. Acesso em: 22 jul. 2023.

BALKIN, Jack M. *Free Speech in the Algorithmic Society: Big Data, Private Governance, and New School Speech Regulation*. UC Davis Law Review, set. 2017. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3038939>>. Acesso em: 22 jul. 2023.

BARLOW, John Perry. A Declaration of the Independence of Cyberspace. **Duke Law & Technology Review**, v. 18. p. 5-7, 2019.

BERMAN, Paul Schiff. *Cyberspace and the State Action Debate: The Cultural Value of Applying Constitutional Norms to 'Private' Regulation*. Colorado: University of Colorado Law Review, v. 71, n. 4, mai. 2000. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=228466> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.228466>>. Acesso em: 22 jul. 2023.

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade: por uma teoria geral da política**. 14 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2007.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **"Brançosos" e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 2006.

CHESTERMAN, Simon. *One Nation Under Surveillance: A New Social Contract to Defend Freedom Without Sacrificing Liberty*. Oxford University Press, 2011.

CELESTE, Edoardo. *Digital constitutionalism: a new systematic theorisation*. **International Review of Law, Computers & Technology**, v. 33, n.1, 2019, p. 76-99.

CELESTE, Edoardo. *Digital punishment: social media exclusion and the constitutionalising role of national courts*. **International Review of Law, Computer & Technology**, v. 35, 2021. p. 162-184.

CELESTE, Edoardo. **Digital Constitutionalism: Mapping the Constitutional Response to Digital Technology's Challenges**. HIIG Discussion Paper Series nº 2018-02. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3219905> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3219905>>. Acesso em: 22 jul. 2023.

DANTAS, Miguel Calmon; JUNIOR, Vicente Coni. Constitucionalismo digital e a liberdade de reunião virtual: protesto e emancipação na sociedade da informação. **Revista de Direito, Governança e Novas Tecnologias**, v. 3, nº 1, 2017, p. 44-65.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. 2 ed (livro eletrônico). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

DUARTE, Rodrigo Garcia. **Metaverso e multiverso: o Direito não deve se perder na memória**. Migalhas, 27 maio. 2022. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalha-trabalhista/366862/metaverso-e-multiverso-o-direito-nao-deve-se-perder-na-memoria>>. Acesso em: 25 ago. 2023.

GÁSCON, Ricardo Valenzuela. Constitutional sociology and corporations: A conversation with Gunther Teubner. **Tempo Social, Revista de Sociologia da USP**, v. 31, n. 1. Disponível em: <<https://doi.org/10.11606/0103-2070.ts.2019.146006>>. Acesso em: 22 jul. 2023.

GILL, Lex and Redeker, Dennis and Gasser, Urs, **Towards Digital Constitutionalism? Mapping Attempts to Craft an Internet Bill of Rights**. Berkman Center Research Publication for Internet & Society at Harvard University, 2015. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2687120> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2687120>>. Acesso em: 22 jul. 2023.

HARARI, Yuval Noah. **Homo Deus: uma breve história do amanhã**, 1 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

HARARI, Yuval Noah. **Sapiens: uma breve história da humanidade**. Porto Alegre: L&PM, 2018.

MANHEIM, Karl M; KAPLAN, Lyric. **Artificial Intelligence: Risks to Privacy and Democracy**. **Yale Journal of Law and Technology**, v. 21, out. 2018. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3273016>>. Acesso em: 22 jul. 2023.

MENDES, Gilmar Ferreira; FERNANDES, Victor Oliveira. Constitucionalismo Digital e Jurisdição Constitucional: uma agenda de pesquisa para o caso brasileiro. **Revista Brasileira de Direito**, v. 16, n. 1, p. 1-33, out. 2020.

MENDES, Laura Schertel; FONSECA, Gabriel C. Soares da. Proteção de dados para além do consentimento: tendências contemporâneas de materialização. **REI – Revista Estudos Institucionais**. v. 6, n. 2, 2020. p. 507-533.

MENDES, Laura Schertel; FONSECA, Gabriel C. Soares da. O direito fundamental à proteção de dados pessoais. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 20, n. 79, 2011, p. 45-82.

MENDES, Laura Schertel; FONSECA, Gabriel C. Soares da. Autodeterminação informativa: a história de um conceito. In: **Revista de Ciências Jurídicas Pensar**, v. 25, n. 4, 2020.

PRZEWORSKI, Adam. **Crises da democracia**, 1 ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2020.

RAWLS, John. **O liberalismo político**. 2 ed. São Paulo: Editora Presença, 2000.

SILVERMAN, Craig. *This Analysis Shows How Viral Fake Election News Stories Outperformed Real News On Facebook*. BuzzFeed, 2016. Disponível em: <<https://www.buzzfeednews.com/article/craigsilverman/viral-fake-election-news-outperformed-real-news-on-facebook>>. Acesso em: 22 jul. 2023.

SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. 1 ed. World Economic Forum, 2016.

SUSTEIN, Cass. R. **Republic.com 2.0**. Princeton: Princeton University Press, 2009.

SUZOR, Nicolas. **Lawless: The Secret Rules That Govern our Digital Lives**. Cambridge: Cambridge University Press, 2019. doi:10.1017/9781108666428

GÁSCON, Ricardo Valenzuela. **Constitutional sociology and corporations: A conversation with Gunther Teubner**. São Paulo: Tempo Social, v. 31, n. 1, abr. 2019, p. 323-334.

TEUBNER, Gunther. **Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization**. Oxford: Oxford University Press, 2012.

TOCQUEVILLE, Alexis. **Democracy in America**. Chicago: The University of Chicago Press, 2000.

TORRES HINOSTROZA, L. E. **Fact checking vs. Fake News: La importancia de la verificación de la información en tiempo de elecciones presidenciales**. Casos: Ojo Biónico – Perú 2016 y Verificado2018. México 2018.

THAKE, Anne Marie. **Democratic Governance in the Digital Age, Public Policy conference**. University of Malta, 2018, House of Representatives, Parliament, Valletta. Disponível em: <<https://www.um.edu.mt/library/oar/handle/123456789/76264>>. Acesso em: 22 jul. 2023.

FERNANDES, Victor Oliveira. **Constitucionalismo digital e direitos: para que servem as leis gerais da internet?** Migalhas, 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mai-09/observatorio-constitucional-direitos-fundamentais-servem-leis-gerais-internet>>. Acesso em: 22 jul. 2023.

YAWNEY, Lauren. **Understanding the “Micro” in Micro-Targeting: An Analysis of the 2018 Ontario Provincial Election**. Dissertação de mestrado. Departamento de Ciência Política da Universidade de Victoria, 2018.

