



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ (UENP)
CAMPUS DE JACAREZINHO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
PROGRAMA DE PÓS GRADUAÇÃO EM CIÊNCIA JURÍDICA DOUTORADO**

**AS NOVAS EMERGÊNCIAS DO CONSTITUCIONALISMO DIGITAL E A
RESSIGNIFICAÇÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: O OXÍMORO DA
ALTERIDADE NAS REDES SOCIAIS E OS DESAFIOS DOS DIREITOS
ESSENCIAIS NA ERA VIRTUAL**

RAFAEL ALTOÉ

Jacarezinho-PR – 2023

**UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ (UENP)
CAMPUS DE JACAREZINHO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIA JURÍDICA MESTRADO E
DOUTORADO**

**As novas emergências do constitucionalismo digital e a ressignificação da
jurisdição constitucional contemporânea: o oximoro da alteridade e os
desafios dos direitos essenciais na era virtual**

Função política do Direito e teorias da Constituição

Rafael Altoé

Tese apresentada para fins de obtenção do título de Doutor junto ao programa de Doutorado do Programa de Pós-graduação em Ciência Jurídica (Área de Concentração: Teorias da Justiça: Justiça e Exclusão), do Centro de Ciências Sociais Aplicadas da UENP/Campus de Jacarezinho
ORIENTADOR: PROF. DR. FERNANDO DE BRITO ALVES

Ficha catalográfica elaborada por Lidia Orlandini Feriato Andrade, CRB 9/1556, através do Programa de Geração Automática do Sistema de Bibliotecas da UENP

A469n Altoé, Rafael
 As novas emergências do constitucionalismo digital e a ressignificação da jurisdição constitucional: o oxímoro da alteridade nas redes sociais e os desafios dos direitos essenciais na era virtual / Rafael Altoé; orientador Fernando de Brito Alves - Jacarezinho, 2023.
 169 p. :il.

 Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Estadual do Norte do Paraná, Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica, 2023.

 1. Constitucionalismo digital. 2. Redes sociais. 3. Democracia. 4. Direitos fundamentais. 5. Jurisdição constitucional. I. Alves, Fernando de Brito, orient. II. Título. CDD: 342.08

**AS NOVAS EMERGÊNCIAS DO CONSTITUCIONALISMO DIGITAL E A
RESSIGNIFICAÇÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: O OXÍMORO DA
ALTERIDADE NAS REDES SOCIAIS E OS DESAFIOS DOS DIREITOS ESSENCIAIS
NA ERA VIRTUAL**

RAFAEL ALTOÉ

Esta tese foi julgada adequada para a obtenção do título de Doutor em Ciência Jurídica e aprovada em sua forma final pela Coordenação do Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná.

Jacarezinho/PR, em 19 de dezembro de 2023.

BANCA EXAMINADORA

Professor Doutor Fernando de Brito Alves - Orientador
UENP

Professor Doutor Arthur Ramos do Nascimento - Membro
UFGD

Professor Doutor Dirceu Pereira Siqueira - Membro
UNICESUMAR

Professora Doutora Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Membro
UNVEM/FMU

Professora Doutora Tânia Lobo Muniz- Membro
UEL

À Beatriz e ao Francisco, por terem tocado o caminho da minha vida. Que tenham, em nome do amor com que os guardo, a sabedoria que mora em disfrutar das coisas verdadeiras.

AGRADECIMENTOS

Aos meus filhos, Francisco e Beatriz, por terem compartilhado dessa jornada comigo. Mesmo pequenos, compreenderam, ao modo deles, que a vida implica em momentos de renúncia. A alegria deles é a razão desse esforço.

À minha esposa, Bruna Agostinho Barbosa Altoé, pelo companheirismo e incentivo ao longo da jornada. Foi protagonista dessa história. Embora trilhando o doutorado no mesmo período, não mediu esforços para me ajudar em tudo que foi possível.

Aos meus pais, Maria Adelina Vargas e Luiz Carlos Altoé, assim como à minha irmã, Mariana Vargas Altoé, pela compreensão em relação aos inevitáveis momentos de ausência que o doutorado exigiu, além de todo o apoio que sempre nos uniu. Ao meu avô, mesmo *in memoriam*, Prof. Geraldo Altoé, pelo exemplo de vida e de educação.

Ao meu orientador e amigo, Fernando de Brito Alves, por todo o acolhimento, aconselhamento e encaminhamento. A tese, ao final, é fruto da confiança que em mim depositou, sempre demonstrando, com simplicidade e segurança, o que deveria ser feito. Registro a humanidade com que trata todos e o raro incentivo, se comparado com o mundo acadêmico em geral, de que o doutorado pode se encaixar nas dificuldades da vida de cada um. Mesmo ciente de que minha esposa era doutoranda em outra instituição, que em breve haveria o nascimento do Francisco ao tempo da entrevista de ingresso (já tendo a Beatriz), confiou que o trabalho poderia ser realizado.

Aos amigos, que felizmente a vida tratou de me aproximar. Há tantos por quem preservo o carinho. Mas a menção aos nomes que aqui faço, além desse sentimento, é pela relação direta com essa jornada acadêmica. Ao Vinicius Mingati e à Renata Mesquita, que tanto me incentivaram e aconselharam sobre o doutorado no momento do ingresso em um profundo instante de dúvida. À Mariana Alcântara que, cotidianamente, no intervalo do trabalho para o café, pacientemente ouviu sobre as angústias inevitáveis dessa jornada acadêmica, sempre com palavras de incentivo. Ao Gustavo, por tantos conselhos sobre a pesquisa e por sempre me estimular nos episódios de desânimo. Ao Maurício, professor e parceiro do mundo do *Rock*, que com compreensão, quando conseguiu, alterou os horários de treinos, quando precisei por conta do programa. Ao Marcel, pelos conselhos e pela parceira de sempre. Aos

amigos da VI Turma do doutorado, por sua vez, farei um parágrafo próprio, como própria foi nossa caminhada no doutorado “pandêmico”.

Aos queridos colegas e amigos da VI Turma do doutorado em Direito da UENP, que desbravaram as trilhas dos créditos em um momento de pandemia, reinventando-se a partir das tecnologias disponíveis. Esse contato remoto, mesmo distante aos domínios físicos, permitiu que a jornada fosse, o quanto possível, um pouco mais leve. Cito a parceria da Andressa Andrade (que tanto compartilhou das angústias), do Florestan, da Ana, do Marcelo e de todos os demais.

Aos colaboradores do programa, com especial menção à Natalina, por sua incrível capacidade de organizar a vida de todos os alunos, professores e deixar o programa vivo como é. Além disso, por sua incomparável dedicação e paixão ao programa.

Por fim, à minha equipe de trabalho na magistratura, ao tempo deste trabalho, Beatriz, Ruhan, Letícia, Gabriela, Clara e Welington, pelo apoio técnico e pessoal nesse período, tornando possível conciliar o doutorado com a judicatura, no curso da elaboração desta tese.

*"Hello? (Hello? Hello? Hello?)
Is there anybody in there?
Just nod if you can hear me
Is there anyone home?"*
(Comfortably Numb, Pink Floyd)

Um empréstimo da letra para desenhar, neste trabalho, a solidão ontológica das redes sociais.

ALTOÉ, Rafael. **As novas emergências do constitucionalismo digital e a ressignificação da jurisdição constitucional**: o oxímoro da alteridade nas redes sociais e os desafios dos direitos essenciais na era virtual. Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná, 2023.

RESUMO

A atualidade não dialoga com uma divisão clara entre o analógico e o virtual. Diversos aspectos da vida são digitalizados, desde pagamentos até as interações intersubjetivas. A vida digital, incluindo-se a Inteligência Artificial, é uma realidade que trouxe vantagens para a implementação de direitos essenciais, mas também preocupações com as quais o constitucionalismo tradicional não lidou. Novos riscos democráticos e novos horizontes para os direitos essenciais surgem nessa era, com produção acadêmica incipiente, ilustrando o florescer de um movimento ainda pouco explorado, denominado constitucionalismo digital, cujas emergências (como urgência e emersão) carecem de aprofundamento. No presente trabalho, enfrentam-se dilemas ligados aos riscos democráticos que o constitucionalismo digital passa a assimilar, incluindo-se temas como a *deep fake* e a manipulação de dados, partindo-se de episódios concretos. No mesmo sentido, no campo sociológico, propõe-se o cotejo entre algumas das produções que buscam a compreensão do tecido social, marcado, segundo elas, pela emergência, ao tempo em que surgem tecnologias profundas que se aproveitam desse cenário para assumir, em tese, o protagonismo democrático. Nas redes sociais, rememora-se o paradigma de alteridade de Lévinas: há uma relação assimétrica entre o *Eu* e o *Outro*, mas essa relação reconhece um diálogo intersubjetivo entre eles. As redes sociais, no entanto, criam ambiente em que o *Outro* assume apenas caráter metafísico (dominado pelas maquiagens digitais), de modo a propiciar, pela quebra da estrutura apontada, ambiente fértil para a não alteridade. Esse problema é explorado no trabalho a partir três pontos: a) a destruição do *Outro* – aquele que não pensa como o *Eu* – pelos ataques à parte de seus direitos essenciais e como isso se projeta nas redes digitais; b) as redes sociais incrementam *discursos* de ódio pela não alteridade que implicam em questões constitucionais; e c) os usuários das redes sociais, diferentemente do que pensam, não são destinatários finais desse serviço, mas insumos para obtenção de dados que são utilizados para a tomada de decisões substanciais (incluindo democráticas). Os diferentes dilemas das emergências do constitucionalismo digital, ao final, propõem uma questão: se ocorrerá ou não o descrédito da Jurisdição Constitucional (as respostas das urgências digitais estariam apenas sob domínio das *big techs*?). Enfim, há a necessidade de revisitação crítica sobre o papel da Jurisdição Constitucional tradicional e seu caráter contramajoritário como possível contraponto necessário ao domínio tecnológico das empresas que produzem os riscos apontados. O método de pesquisa empregado é o dedutivo, amparado no modelo teórico baseado em revisão bibliográfica nacional e especialmente estrangeira sobre o tema (considerando a pouca produção nacional), além da análise de dados fornecidos por algumas pesquisas pretéritas já citadas e da compilação de casos concretos em que o problema do constitucionalismo digital se manifestou. A tese também foi confrontada, por meio de comparação sistemática da literatura, com análise do tema no banco de tese da CAPES e de obras publicadas, delimitando o aspecto de seu ineditismo mesmo dentro do constitucionalismo digital

(cujos detalhes se encontram na introdução). As conclusões extraídas, em relação ao constitucionalismo digital, detalhadas no corpo do texto, apontaram, em linhas gerais, para a necessidade de uma nova compreensão dos desafios constitucionalistas, incluindo-se a revisitação das estruturas da jurisdição constitucional clássica (que passa por uma ressignificação, ainda que tenha preservada a sua essencialidade, mesmo contramajoritária, para as respostas às novas emergências do constitucionalismo digital).

Palavras-Chave: Constitucionalismo digital; redes sociais; democracia; direitos fundamentais; jurisdição constitucional.

ALTOÉ, Rafael. **The new emergences of digital constitutionalism and the redefinition of constitutional jurisdiction: the oxymoron of otherness on social networks and the challenges of essential rights in the virtual era.** Thesis presented to the Postgraduate Program in Legal Science at the State University of Northern Paraná, 2023.

ABSTRACT

Nowadays, there is no clear division between the analogue and the virtual. Various aspects of life are digitized, from payments to intersubjective interactions. Digital life, including artificial intelligence, is a reality that has brought advantages for the implementation of essential rights, but also concerns that traditional constitutionalism has not addressed. New democratic risks and new horizons for fundamental rights emerge in this era, with incipient academic production, illustrating the flourishing of a movement still little explored, called digital constitutionalism, whose emergencies (such as urgency and emergence) need to be deepened. In this thesis, we face dilemmas linked to the democratic risks that digital constitutionalism starts to assimilate, including themes such as deep fake and data manipulation, considering specific episodes. In a sociological sense, we propose a comparison between some of the productions that seek to understand the social fabric, marked, according to them, by the emergence, at the same time as profound technologies emerge that take advantage of this scenario to assume, in theory, democratic protagonism. On social media, Lévinas' paradigm of otherness is recalled: there is an asymmetrical relationship between the Self and the Other, but this relationship recognizes an intersubjective dialogue between them. Social networks, however, create an environment in which the Other assumes only a metaphysical character (dominated by digital makeup), in order to provide, by breaking the mentioned structure, a fertile environment for non-otherness. This problem is explored in the work from three points: a) the destruction of the Other – the one who does not think like the Self through attacks on their fundamental rights and how this is projected onto digital networks; b) social networks increase hate speeches due to the non-otherness that they imply in constitutional issues; c) users of social networks, contrary to what they think, are not final recipients of this service, but inputs to obtain data that are used to make substantial decisions (including democratic ones). The different dilemmas of the emergencies of digital constitutionalism, in the end, pose a question: whether or not the Constitutional Jurisdiction will be discredited (would the responses to digital emergencies only be under the control of big techs?). Finally, there is a need for a critical revisitation of the role of traditional Constitutional Jurisdiction and its countermajoritarian character as a possible necessary counterpoint to the technological dominance of the companies that produce the risks highlighted. The research method used is deductive, supported by a theoretical model based on a national and, especially, foreign bibliographical review (considering the limited national production), in addition to the analysis of data provided by some past research already mentioned and the compilation of concrete cases. The thesis was also compared, through a systematic review of the literature, with an analysis of the topic in the CAPES thesis database and published works, delimiting the aspect of its originality even within digital constitutionalism (the details of which can be found in the introduction). The conclusions drawn, in relation to digital constitutionalism, is detailed in the body of the

text, pointed, in general terms, to the need for a new understanding of constitutionalist challenges, including the revisiting of the structures of classical constitutional jurisdiction (which undergoes a resignification, even though it has preserved its essentiality, even against the majority, for responses to the new emergencies of digital constitutionalism).

Keywords: *Digital constitutionalism; social media; democracy; fundamental rights; constitutional jurisdiction.*

ALTOÉ, Rafael. **Los nuevos surgimientos del constitucionalismo digital y la redefinición de la competencia constitucional: el oxímoron de la alteridad en las redes sociales y los desafíos de los derechos esenciales en la era virtual.** Tesis presentada al Programa de Posgrado en Ciencias Jurídicas de la Universidad Estatal del Norte de Paraná, 2023.

RESUMEN

Hoy en día no existe una división clara entre lo analógico y lo virtual. Se digitalizan varios aspectos de la vida, desde los pagos hasta las interacciones intersubjetivas. La vida digital, incluida la inteligencia artificial, es una realidad que ha traído ventajas para la implementación de derechos esenciales, pero también preocupaciones que el constitucionalismo tradicional no ha abordado. En esta era emergen nuevos riesgos democráticos y nuevos horizontes para los derechos fundamentales, con una producción académica incipiente, que ilustran el florecimiento de un movimiento aún poco explorado, llamado constitucionalismo digital, cuyas emergencias (como la urgencia y la emergencia) deben profundizarse. En este trabajo, enfrentamos dilemas vinculados a los riesgos democráticos que el constitucionalismo digital comienza a asimilar, incluyendo temas como el deep fake y la manipulación de datos, a partir de episodios concretos. En un sentido sociológico, se propone una comparación entre algunas de las producciones que buscan comprender la sociedad, marcada, según ellos, por la emergencia, al mismo tiempo que emergen tecnologías profundas que aprovechan este escenario para asumir, en teoría, la democracia. protagonismo. En las redes sociales se recuerda el paradigma de alteridad de Lévinas: hay una relación asimétrica entre el Yo y el Otro, pero esta relación reconoce un diálogo intersubjetivo entre ellos. Las redes sociales, sin embargo, crean un entorno en el que el Otro asume sólo un carácter metafísico (dominado por la constitución digital), para proporcionar, rompiendo la estructura antes mencionada, un entorno fértil para la no otredad. Este problema se explora en la tesis desde tres puntos: a) la destrucción del Otro –aquel que no piensa como el “Yo” a través de ataques a sus derechos fundamentales y cómo éste se proyecta en las redes digitales; b) las redes sociales incrementan los discursos de odio por la no otredad que implican en cuestiones constitucionales; c) los usuarios de las redes sociales, contrariamente a lo que piensan, no son destinatarios finales de este servicio, sino insumos para obtener datos que se utilizan para tomar decisiones sustanciales (incluidas las democráticas). Los distintos dilemas de las emergencias del constitucionalismo digital, al final, plantean una pregunta: si la Jurisdicción Constitucional quedará o no desacreditada (¿las respuestas a las emergencias digitales solo estarían bajo el control de las big techs?). Finalmente, existe la necesidad de una revisión crítica del papel de la Jurisdicción Constitucional tradicional y su carácter contramayoritario como posible contrapunto necesario al dominio tecnológico de las empresas que producen los riesgos destacados. El método de investigación utilizado es deductivo, sustentado en un modelo teórico basado en una revisión bibliográfica nacional y especialmente extranjera sobre el tema (considerando la limitada producción nacional), además del análisis de datos proporcionados por algunas investigaciones pasadas ya mencionadas y la recopilación de casos concretos. en el que se manifestó el problema del constitucionalismo digital. La tesis también fue comparada, a través de una revisión sistemática de la literatura, con un análisis del tema en la base de datos de tesis de la CAPES y con trabajos publicados,

delimitando el aspecto de su originalidad incluso dentro del constitucionalismo digital (cuyos detalles se encuentran en la introducción). Las conclusiones extraídas, en relación con el constitucionalismo digital, detalladas en el cuerpo del texto, apuntaron, en términos generales, a la necesidad de una nueva comprensión de los desafíos constitucionalistas, incluida la revisión de las estructuras de la jurisdicción constitucional clásica (que sufre una resignificación, aunque ha conservado su esencialidad para las respuestas a las nuevas emergencias del constitucionalismo digital).

Palabras clave: *Constitucionalismo digital; redes sociales; democracia; derechos fundamentales; jurisdicción constitucional.*

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	17
 1 O PRESENTE E O FUTURO DOS DIREITOS ESSENCIAIS: O CONSTITUCIONALISMO DIGITAL	25
1.1 NOÇÕES CONCEITUAIS E HISTÓRICAS DO CONSTITUCIONALISMO..	25
1.2 CONSTITUCIONALISMO X DEMOCRACIA: UM CRUZAMENTO TARDIO E RENOVADO NA ERA DIGITAL	39
1.3 DAS “EMERGÊNCIAS” DO “CONSTITUCIONALISMO DIGITAL”: SUA URGÊNCIA E SUA EMERSÃO	46
 2 MUNDO DIGITAL E O OXÍMORO DA ALTERIDADE: UM DESAFIO DO CONSTITUCIONALISMO DIGITAL	55
2.1 A NOÇÃO DE ALTERIDADE NO “ROSTO DO OUTRO”. O DESENHO DE JUSTIÇA DE LÉVINAS.	55
2.2 REDES SOCIAIS COMO AMBIENTE PROPÍCIO PARA A NÃO ALTERIDADE: A INEXISTÊNCIA DO ROSTO DO OUTRO.....	62
2.3 O APRISONAMENTO DO “EU” NAS REDES SOCIAIS: PRIVACIDADE DIGITAL, <i>FAKE NEWS</i> , <i>DEEP FAKES</i> E OS RISCOS DEMOCRÁTICOS.....	70
 3 SOCIEDADE DE EMERGÊNCIA E O TERRENO DA “DEEP FAKE”: TECIDO SOCIAL COM DEMANDA POR INFORMAÇÃO IMEDIATA E O DILEMA DA FALSIDADE PROFUNDA	89
3.1 NOÇÕES PRELIMINARES E ASPECTOS CONCEITUAIS DA CONTEMPORANEIDADE DE EMERGÊNCIA DA INFORMAÇÃO DIGITAL: PÓS-MODERNIDADE, MODERNIDADE TARDIA E OUTRAS.....	89
3.2 O PROBLEMA ATUAL DA IDENTIDADE COMO FATOR CONTRIBUTIVO DA DOMINAÇÃO DIGITAL DA INFORMAÇÃO	96
3.3 DA SOCIEDADE DE RISCO E DE EMERGÊNCIA NO CONTEXTO DA CONSOLIDAÇÃO DA VIDA DIGITAL.....	104

3.4 MEDO E SUA LIQUIDEZ COMO COMBUSTÍVEL PARA OS RISCOS CONSTITUCIONAIS DA ERA DIGITAL	111
--	-----

4 O DESAFIO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NA ERA DIGITAL: FALÊNCIA OU UMA NOVA ROUPAGEM?	117
--	------------

4.1 O QUE É UMA CONSTITUIÇÃO PARA FINS DE TUTELA CONSTITUCIONAL: O QUE A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL PROTEGE?	117
---	-----

4.2 CONSTITUIÇÃO NA CONCEPÇÃO POLÍTICA: A FISSURA PARA A VERTENTE AUTORITÁRIA?	121
--	-----

4.3 CONSTITUIÇÃO NA CONCEPÇÃO JURÍDICA: O CONTRAPONTO DE Kelsen A RESPEITO DA GUARDA DA CONSTITUIÇÃO	125
--	-----

4.4 A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ESTÁ EM CRISE NO CONTEXTO DO CONSTITUCIONALISMO DIGITAL?	129
--	-----

4.5 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL COMO RESPOSTA CONTRAMAJORITÁRIA PARA TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO CONSTITUCIONALISMO DIGITAL	133
---	-----

CONCLUSÃO	148
------------------------	------------

REFERÊNCIAS	152
--------------------------	------------

ANEXOS – FIGURAS	164
-------------------------------	------------

INTRODUÇÃO

O constitucionalismo é um movimento histórico que, desde suas origens mais remotas, buscou, de diferentes maneiras, limitações aos arbítrios frente aos valores humanos, tradicionalmente promovidos pelas estruturas de poder. Trata-se de um fluxo que tem suas marcas históricas, mas que ainda se apresenta – e assim sempre se projetará – como uma força em manifestação, absorvendo, naturalmente, demandas e características dos tempos correntes.

Pode-se falar, em realidade, em diferentes constitucionalismos, já que os valores essenciais são tópicos de distintas forças sociais, cada qual com abordagens próprias. Neste sentido, o presente texto observa o conceito tradicional de constitucionalismo, ligado às forças que, em linhas gerais, buscaram a limitação de poderes frente às liberdades, criando espaços para a autonomia humana.

O presente trabalho, aliás, vale-se da expressão constitucionalismo digital por ter sido este o conceito adotado, como se verá, quase de modo unânime, pela produção nacional e estrangeira para tratar dos dilemas que os direitos essenciais enfrentam na era digital.

Nesse aspecto, do mesmo modo que outros estudos ligados ao constitucionalismo como movimento histórico, entendido como a força que impõe limites como proteção de liberdades essenciais, o conceito eleito no trabalho não implica, naturalmente, em dizer que as inquietudes são aprisionadas ao âmbito nacional de cada país (como se fosse um problema da Constituição interna de cada localidade). Os estudos do constitucionalismo, aliás, não significam o estudo da Constituição de cada localidade (já que antecedem, em muito, o próprio conceito de Constituição). Em realidade, como se verá ao longo do texto, os dilemas dessa nova era de tutela dos direitos essenciais transbordam, por essência, os domínios nacionais, ainda que também exista a evidente pertinência de se tratar internamente da questão em cada localidade, dentro de cada jurisdição constitucional.

Hoje se diz que o constitucionalismo deve sofrer uma releitura crítica a partir dos inovadores (e preocupantes) dilemas que a era digital proporciona para os direitos essenciais (dentre eles, os direitos fundamentais). A vida hodierna tem um amálgama inevitável entre o mundo físico e o virtual, vide as pequenas coisas da vida realizadas,

em grande parte, em um *smartphone*. É nesse terreno que nascem as recentíssimas manifestações do denominado constitucionalismo digital.

Há diferença entre os conceitos de “virtual” e “digital”. Em linhas gerais, o virtual é aquilo que existe nas plataformas não físicas, sendo acessado, em regra, por meio de dispositivos eletrônicos. O digital, por seu turno, é a conversão das coisas físicas, a partir de códigos numéricos e algoritmos, para o conteúdo não físico. A ideia de “online”, de outro lado, é a conexão em rede de Internet, que permite o compartilhamento de dados. Mas as produções acadêmicas, apesar dessas diferenças estruturais, optaram, em maioria, pelo uso da expressão “constitucionalismo digital”. Assim, ainda que possa haver impropriedades pela definição, o presente trabalho, ao explorar esse novo âmbito de produção do constitucionalismo, seguirá com o uso do conceito majoritário mencionado.

O fenômeno constitucionalista aludido, adstrito à era digital, é multifatorial, contemplando diferentes consequências, ainda que partam, em regra, das mesmas premissas. Esse dado, aliás, pode sugerir uma aproximação como antes não vista entre as outrora antagônicas forças de democracia (que buscam liberdade), com as forças do constitucionalismo (que buscam limitações). As tensões de outros tempos, supostamente mitigadas no curso das revoluções liberais do século XVIII, perdem ainda mais força na contemporaneidade, considerando a homogeneidade que os dilemas digitais promovem: fatores idênticos geram simultaneamente diferentes questões democráticas e questões ligadas à proteção dos direitos fundamentais, humanos e da personalidade.

No campo das redes sociais, como uma espécie do problema, ora utilizado como amostragem, indica-se um cenário bastante desafiador para a tutela dos direitos essenciais. O presente trabalho, em formato de tese, como proposta inovadora, apresentará questões sobre o horizonte da tutela desses valores essenciais, partindo da particular demonstração de que os ambientes das redes sociais são propícios para alguns dilemas da tutela dos direitos fundamentais que o Direito “analógico” não conseguiu antever.

Amedeo Modigliani, reconhecido pintor italiano, falecido em 1920, tinha por característica única o fato de raramente pintar os olhos das pessoas em suas telas (Figura 1). Dizia ele “*quando conhecer sua alma pintarei seus olhos*”. Não por outra razão, um dos seus quadros mais famosos é um dos últimos retratos de sua amada,

Jeanne Hébuterne, em que, enfim, pintou o rosto dela com o desenho dos olhos (Figura 2). A figuração proposta introduz, ainda que como alegoria de linguagem, a ideia de que as relações intersubjetivas possuem carga ontológica que a era digital passa a redefinir, como logo se demonstrará. As mídias digitais, como mecanismos de conexão, não permitem mais ver os olhos alheios, ao menos quando se observam as ideias das redes sociais como estruturas que focam na captação de dados e na experiência individual, a partir de *insights* (não há uma experiência compartilhada nas redes, mas uma somatória de individualidades).

Nesse sentido, a partir do rosto do Outro, conforme defende a concepção de alteridade de Emmanuel Lévinas, a alteridade manifesta-se. Em seu sentido mais puro, pressupõe a máxima abdicação do interesse pessoal em favor do próximo, reconhecendo que o bem-estar próprio é indissociável do alheio. A carga ética que permeia a noção de alteridade, nesse modelo de pensamento, por mais distante que possa parecer, é um agir que tem no outro, como se vê, o fundamento da existência. A justiça, inclusive, seria balizada pela projeção dessa alteridade.

Ocorre, porém, que as “conexões” intersubjetivas oriundas das redes sociais na atualidade nascem de um desenho que tem, no pressuposto da realização do prazer próprio, a sua finalidade. Em outras palavras, o desenho das redes sociais é promotor de terreno fértil para a *não alteridade*.

Figurativamente ou não, nas redes sociais, o Outro, de Lévinas, não existe em sentido material. O que se constitui, quando muito, é a mera projeção de alguém – manipulada e maquiada pelas entranhas da tecnologia, como se demonstrará – que fazem desaparecer, no sentido biológico, aquele que está do outro lado da tela.

Não há dúvidas de que as redes sociais podem promover boas condutas, quando bem-utilizadas. São exemplos: muitos negócios jurídicos se concretizam nesse ambiente, pessoas são localizadas a partir de mobilizações nas redes, contatos anteriormente impensáveis são proporcionados, campanhas coletivas de auxílio a vulneráveis, dentre outros. Esses exemplos comprovariam, para muitos, que as críticas acerca das questões éticas e da não alteridade nas redes sociais são descabidas, eis que o erro estaria no uso e não na estrutura.

Em projeção figurativa, a exemplo de um objeto doméstico cortante (v.g. uma faca), que é um instrumento contundente, a diferença entre ora ser uma arma branca, ora ser um mero objeto essencial do cotidiano, estaria na maneira de seu uso e não

em sua constituição. Tal comparação, no entanto, parece descabida, quando se observam episódios concretos e dados acerca das consequências que as redes sociais geram em diferentes campos classificados por essenciais na percepção jurídica, considerando sua constância. Os direitos essenciais (v.g. fundamentais e humanos), neste ponto, encontram um novo horizonte para a sua tutela, conforme se demonstrará ao longo do trabalho.

Por vezes, de forma não ostensiva, e outras, de forma muito clara, observam-se dilemas complexos ligados à influência que as redes têm na democracia, no incremento da lesão à personalidade alheia e também para os direitos fundamentais. Nesse cenário, destacam-se, por exemplo, fenômenos como o discurso de ódio e uma nova característica, antes não vista pelo plano normativo vigente, para a tutela da honra e da personalidade.

Destaca-se, como ponto de atenção, que muito do que se produziu em termos científicos acerca da alteridade teve por base uma realidade completamente dissociada das experiências humanas atuais vivenciadas nas redes sociais. A definição clássica de ética inerente à alteridade, que tem no rosto do Outro o seu pressuposto, parece, portanto, ter dificuldades de gerir os dilemas que as redes sociais proporcionam para a contemporânea proteção dos direitos essenciais. Cite-se, como amostragem, a existência atual dos chamados “alquimistas digitais”, que impulsionam questões sensíveis sobre a privacidade na atualidade, termo que será adequadamente explorado e explicado ao longo do texto.

Essa constatação indica a emergência em se desenhar uma nova ética, em um atual modelo de alteridade, dentro das redes sociais. No mesmo sentido, surgem novas “emergências” para o movimento constitucionalista, hoje indissociável do chamado “constitucionalismo digital”.

Além da questão anteriormente delineada, a era sociológica atual, derivada de uma sociedade de risco e de emergência, caracteriza-se por uma demanda de imediatismo da informação e da solução. De outro lado, ao tempo em que o terreno sociológico tem essa urgência, as falsidades de informação ganham contornos de profundidade que se assemelham à realidade.

O presente trabalho, nesse ponto, revisitando indagações democráticas, apresentará o paralelo das produções acadêmicas que desenham esse tecido social pós-moderno com dilemas democráticos do “constitucionalismo digital”, incluindo-se

as *shallowfakes*, as *fake News*, a *deep fake* e a manipulação de dados por *bots* e algoritmos, no plano da privacidade digital constitucional. Também apresentará, no sentido contemporâneo do conceito, a sugestão do Tribunal Superior Eleitoral para o uso do conceito “desinformação”, em detrimento dos estrangeirismos citados.

A hipótese de pesquisa, portanto, radica na averiguação a respeito das possíveis inovadoras consequências que os movimentos sociológicos da era digital podem implicar para os novos desafios da tutela dos direitos fundamentais e, pela mesma origem, para algumas questões democráticas. Mais precisamente, a hipótese a ser averiguada parte da premissa, formada a partir de episódios coletados, que sugere a existência de um cenário de novos riscos para os direitos fundamentais e para a democracia, episódios estes desenhados a partir de uma era digital que passou a se confundir com a própria existência do ser e cujos dilemas não foram conhecidos pelo constitucionalismo de outrora.

Dentro desse desenho, há, em avanço, o enfrentamento a respeito de qual é (ou qual será), de fato, o papel da jurisdição constitucional atualmente. Tal mecanismo foi, sem dúvidas, o protagonista de outrora para a tutela dos valores constitucionais essenciais, mas os dilemas da era virtual trazem questões intrincadas para a manutenção desse protagonismo.

Como hipótese de pesquisa, nessa linha acima desenhada, promove-se o confronto se a acepção da tutela constitucional passará inevitavelmente por uma revisão crítica: se a jurisdição, apesar de sua importância histórica e teórica, ainda será a resposta mais eficiente e tempestiva, frente às questões vertiginosas da era digital, ou se, em sentido contrário, como sugerem alguns, se a tutela preponderante será, apesar de não desejada, deslocada para o âmbito privado, local em que as respostas tecnológicas mais imediatas para as inquietações do “constitucionalismo digital” podem estar presentes, notadamente pelo domínio instrumental promovido pelas *big techs*.

O método de pesquisa empregado é o dedutivo, amparado no modelo teórico, baseado em revisão bibliográfica nacional e especialmente estrangeira sobre o tema (considerando a pouca produção nacional), além da análise de dados fornecidos por algumas pesquisas pretéritas já citadas e da compilação de casos concretos, em que o problema do constitucionalismo digital se manifestou.

A linha adotada junto ao programa do Doutorado, para os fins de pesquisa, foi a *Função política do Direito e teorias da Constituição*. Neste ponto, em linhas gerais, a pesquisa encontrou aderência com o âmbito mencionado, a partir da junção de questões intrincadas que marcam uma conexão das questões de democracia com as questões políticas, de importância constitucional, da era digital. Em resumo, a aderência ao programa e à linha de pesquisa se dá a partir das minúcias que as tensões contemporâneas da era digital geram para o constitucionalismo contemporâneo (chamado de “constitucionalismo digital”), criando inevitáveis paradoxos entre elementos políticos da era digital e a tutela dos direitos fundamentais.

Nesse ponto, inserem-se, por exemplo, os oximoros de alteridade das redes sociais que implicam em novos dilemas para a tutela dos direitos fundamentais, e, mesmo sendo tema diverso, mas partindo da mesma premissa sociológica, o surgimento de novas tensões democráticas, a exemplo das *deep fakes* em um tecido social pós-moderno, que prefere informações de pouca checagem, próprias de uma sociedade de emergência.

Quanto ao caminho percorrido, logo de saída, é apresentada, em forma de primeiro capítulo, a noção sobre a dupla emergência contemporânea do chamado “constitucionalismo digital”: a primeira, no sentido da necessidade de sua emersão no atual cenário; e a segunda, sobre a sua urgência, considerando os horizontes intrincados que a tutela dos direitos fundamentais passa a encontrar no ambiente cibernético.

Na sequência, em capítulo subsequente, desenhou-se o risco dos direitos fundamentais dentro das redes sociais. Nesse ponto, será apresentado o conceito de alteridade, de Lévinas, e sua peculiar relação com as redes sociais, apontando-se os dilemas contemporâneos que as novas “relações humanas” promovem no campo da alteridade. Constrói-se, nesse capítulo, a razão pela qual as redes sociais podem ser ambientes proporcionadores da não alteridade e, por consequência, de local que promove inovadores desafios para os direitos fundamentais.

Como decorrência lógica das premissas anteriores, no mesmo tópico foram apontados aspectos ligados à destruição da imagem alheia nas redes sociais, em especial, o ataque aos atributos da personalidade daquele que pensa de forma diferente do agressor, indicando um cenário diferente do proposto para a tutela constitucional clássica. Aqui, demonstrou-se, a partir de exemplos concretos, o

desenho do *eu* Levinaisano como finalidade última das relações digitais, autorizando, se necessário, a supressão do Outro. Nesse mesmo capítulo, como decorrência dessa premissa, desenhou-se o discurso de ódio nas redes sociais como forma de não alteridade que promove desafios únicos para a tutela dos direitos fundamentais. Aborda-se, ainda, mesmo que com brevidade, questões afetas à democracia, e como as redes sociais tem sido o principal instrumento de controle do jogo político, inclusive manipulando, em parte, as “escolhas” de seus usuários. O sequestro do *eu*, de Lévinas, nesse ambiente, aqui entendido como problema diverso do capítulo pretérito, revela também uma grave crise de alteridade.

A partir de todas as reflexões pretéritas, foi proposto, como tópico final desta apresentação, a discussão sobre a necessidade ou não da reformulação do papel da jurisdição constitucional na atualidade, dentro do “constitucionalismo digital”, fundamentalmente porque as respostas oriundas do constitucionalismo clássico, que entrega a tal jurisdição uma importância substancial para a proteção dos direitos fundamentais, passa a encontrar dificuldades para responder às atuais e inovadoras questões que nascem nas redes sociais.

Como possíveis elementos de inovação a justificar a elaboração da tese no conjunto acadêmico nacional, resumem-se, em caráter introdutório, as seguintes afirmações:

a) Ainda que o “constitucionalismo digital” conte com algumas publicações bastante pontuais, inclusive no campo acadêmico nacional¹, ainda é um tema bastante recente e com necessidade de aprofundamento no Brasil. O trabalho buscou minudenciar esse fenômeno, inclusive o diferenciando das características tradicionais do movimento constitucionalista, contemplando suas questões democráticas e a

¹ Ao digitar a expressão “constitucionalismo digital” no banco de dados da CAPES, para fins de produções acadêmicas, são apresentados apenas oito resultados. Apurando-se o resultado, apenas um possuía menção direta, em seu título, acerca do constitucionalismo digital. O trabalho, no entanto, possuía enfoque diverso: a discussão da responsabilidade civil de intermediários *online* no tratamento de dados privados, sem o aprofundamento conceitual aqui proposto (ex.: não há a revisão bibliográfica estrangeira sobre o tema). Os demais trabalhos não tiveram o constitucionalismo digital como enfoque específico, embora tenham mencionado o conceito apenas em termos gerais e indiretos no corpo do texto, em termos de contextualização geral do problema enfrentado em cada um. O presente trabalho, ainda, ingressará, em caráter inovador em outros campos, a exemplo da correlação da antialteridade nas redes sociais e na ressignificação da jurisdição constitucional que todas essas questões digitais impuseram.

relação com os direitos fundamentais, valendo-se da produção nacional e estrangeira que existe.

b) Como um dos exemplos desses riscos, sugeriu-se, em caráter inovador, a correlação da noção de alteridade, de Lévinas, com as redes sociais. Trata-se de um ambiente propício para algumas lesões aos direitos fundamentais, por não existir, nesse ambiente, conforme explicação detalhada, o *rostro do Outro*, exigindo uma nova ética. Esse fator gera riscos antes não vistos para alguns direitos essenciais absorvidos pela Constituição. As afirmações foram confrontadas com episódios nacionais e internacionais que atestaram a emergência da questão (tanto para direitos fundamentais, privacidade digital; quanto para democracia).

c) No trabalho, para demonstração dos tópicos acima citados, ainda se fez uma avaliação a respeito das noções sociológicas contemporâneas (para alguns, definidas como pós-modernidade) que implicam, por algumas características, em ambiente fértil para a manipulação digital (tema que contempla elementos como a *deep fake*, a privacidade digital, dentre outros). Demonstrou-se, aqui, que a tecnologia, por si só, não é capaz de gerar os mais profundos dilemas do “constitucionalismo digital”: é preciso também um tecido social que esteja propício a essa influência.

d) Há movimentos recentes, a partir do que foi dito, que sugerem que a jurisdição constitucional, tradicionalmente celebrada, cairá em declínio irreversível na era do “constitucionalismo digital”, já que as respostas estariam nas mãos das empresas de tecnologia. O trabalho, na linha dos temas anteriores, abordou, a partir dessa inquietação, uma proposta de releitura do tema, a partir do caráter *contramajoritário*, próprio da jurisdição constitucional, como elemento de balanceamento entre os fatores de poder das *big techs* e a preservação das promessas constitucionais.

1 O PRESENTE E O FUTURO DOS DIREITOS ESSENCIAIS: O CONSTITUCIONALISMO DIGITAL

O primeiro capítulo, em caráter inaugural, buscou a definição do recente instituto do “constitucionalismo digital”, decorrência contemporânea de um movimento histórico e sociológico que antecede o próprio direito constitucional.

Trata-se, basicamente, das formulações contemporâneas acerca dos riscos que os valores essenciais recebem na era tecnológica. É evidente que os problemas ligados aos direitos fundamentais na contemporaneidade não se encerram na questão digital. O enfoque, em realidade, está na leitura acerca dos novos dilemas que essa era trouxe; muitos deles sem respostas prontas, se observado o arcabouço de soluções da era analógica.

Nesse sentido, foi apresentado o conceito do constitucionalismo, suas relevantes diferenças para os movimentos de democracia e, ao final, como as estruturas atuais desse fenômeno estão sofrendo importantes impactos na era da vida digital, lidando com dilemas que seu modelo clássico não contemplou.

1.1 NOÇÕES CONCEITUAIS E HISTÓRICAS DO CONSTITUCIONALISMO

Antes de imergir na noção do objeto do “constitucionalismo digital”, é oportuno entender primeiramente as noções conceituais clássicas de Constituição e Constitucionalismo, já que são indissociáveis da própria definição do tema da tese. Nesse aspecto, destaca-se a conclusão de que a Constituição, ao menos em sua forma atual, não se confunde (como instituto ou como estrutura) com o movimento constitucionalista.

O constitucionalismo, por essência, é um movimento² anterior ao Direito Constitucional e precede à própria concepção de Constituição. Sabe-se que o texto

² Segundo a Doutrina, é um movimento que sequer nasceu de modo democrático, mas paulatinamente foi se democratizando (uma busca, inclusive, da essência do constitucionalismo) (Negri, 2017).

constitucional, como documento primário de um sistema jurídico, que introduz e organiza o Estado, sendo a principal vertente ideológica e vinculativa de uma nação, traduz-se em um fenômeno recente no constitucionalismo (por isso, com ele não se confunde) (Negri, 2017).

Compreender a Constituição³ exige, em alguma medida, o entendimento acerca da própria sociedade, tomando-se por paradigma os valores de cada momento, variáveis conforme distintos recortes históricos. Não se trata, é claro, de afirmar que uma Constituição é necessariamente um espelho fiel de determinada conjuntura (Hesse, 1991), mas que ela sofre inevitáveis influências, ao tempo de sua criação, das estruturas metajurídicas de cada época. Entende o sentido de uma Constituição do passado, como recomenda a história do direito; contempla a compreensão de outrora, sem a régua balizadora do presente. Uma coisa é criticar o passado, pela perspectiva de alteração, com a evolução dos valores da atualidade; outra coisa distinta é fazer a interpretação do passado, sem reconhecer a sua conjuntura própria.

É evidente – e isso parece ser indissociável – que não é possível compreender o texto constitucional de uma forma inteiramente dissociada da realidade de sua criação; ainda que essa realidade, posteriormente, apresente-se distante dos anseios populares próprios da atualidade, evitando-se, com isso, o indesejável anacronismo. Há, por outro lado, quem diga que é a sociedade que espelha a Constituição (Bittar, 2007).

Conforme defende a maior parte da doutrina, a Constituição norte-americana de 1787 e a francesa, de 1791, seriam as primeiras Constituições propriamente ditas, ao menos assim entendidas na atual visão do que é uma Constituição escrita. Ambas nasceram no seio das revoluções liberais⁴ que marcaram aquele período histórico, com a crescente demanda pela limitação do Estado em relação às múltiplas

³ O conceito de Constituição é complexo e pode ter diferentes sentidos. Por exemplo, Eduardo Carlos Bianca Bittar aduz que o Conceito de Constituição pode: a) ser uma matriz de validade do sistema; b) sofrer influências do direito comparado; e c) incorporar direitos fundamentais na dimensão do conceito. (Bittar, 2007, p. 40–55).

⁴ Francis Marília Pádua Fernandes esclarece, de forma resumida, o contexto das referidas revoluções: “A Declaração dos Direitos da Virgínia proclamada em 1776, feita pelos representantes do povo de Virgínia, em decorrência dos anseios de independência das 13 colônias inglesas, que culminaram com a formação dos Estados Unidos da América em 1787 e a Revolução Francesa em 1791, levaram a promulgação das constituições escritas dos Estados Unidos da América (1787) e da França (1791)” (Fernandes, 2011. p. 93-104).

liberdades do indivíduo e pela delimitação mais cristalina do funcionamento dos poderes, marcando-se o surgimento do que se denomina *constitucionalismo clássico*. Neste instante, consolida-se a ideia, mesmo que embrionária, do Estado de Direito (Fernandes, 2011, p. 93-104).

Por outro lado, documentos pretéritos, como a *Magna Carta*, de 1215⁵, ainda que não sejam Constituições propriamente ditas, já que desprovidos de seus predicados, carregaram marcas próprias do constitucionalismo que contribuíram para a evolução do que hoje se convencionou chamar de Direito Constitucional, em especial porque também possuem a capacidade de promover a limitação do arbítrio do Estado frente ao indivíduo, uma indelével marca do constitucionalismo.

Rememore-se, nesse ponto, que o constitucionalismo se traduz, em parte, pela permanente luta do indivíduo por suas mais elementares liberdades (Negrl, 2017) e pela contenção de toda forma de absolutismo, em especial, a limitação do arbítrio do poder público em sentido histórico. Neste sentido, o constitucionalismo protege direitos essenciais.

Para os fins do presente trabalho nessa linha, ao se falar em direitos “essenciais”, é importante elucidar que se afirma, neste âmbito, o conjunto normativo dos valores mais caros, internamente ou internacionalmente, à condição de dignidade humana, conclusão esta que se projeta em suas múltiplas concepções. Direitos essenciais, por isso, implicam em um gênero. Apesar das diferentes concepções, almejando a distinção dos direitos essenciais como gênero, contemplam-se, nas inquietudes deste texto, elementos que tangenciam as *espécies* de direitos essenciais; quais sejam, os direitos da personalidade, os direitos humanos e os direitos fundamentais.

Para alguns, direitos humanos, direitos fundamentais e direitos dos homens, embora em seu núcleo tenham a mesma dimensão substancial de justificação e pertinência, encontram diferenciação no campo de sua aplicação normativa. Os direitos humanos radicariam no âmbito da previsão internacional; ao tempo em que os chamados direitos fundamentais encontrariam guarida, em termos positivos, nas Constituições Internas; enquanto que os direitos da personalidade, mesmo que

⁵ Uma explicação detalhada a respeito da *Magna Carta* é apresentada no quarto capítulo, quando se explora o conceito de constituição para fins de tutela.

colidentes em pontos com os demais, estariam na normatividade infraconstitucional. Há outras projeções desses conceitos com diferentes concepções, mas, para fins do presente trabalho, o termo “direitos essenciais” assim será tratado para os propósitos de elucidação do problema.

Feito esse esclarecimento, a compreensão ora exposta do constitucionalismo, como um movimento de defesa dos valores individuais, frente aos arbítrios do poder (estabelecendo as esferas de sua limitação), é definida por alguns como “constitucionalismo garantista”⁶, modelo que estabelece uma presunção, definida por Sergio Ricardo (2022), de que o poder soberano é potencial e historicamente capaz de suprimir liberdades individuais essenciais. Não se trata, evidentemente, de sugerir que o poder é dispensável, mas que ele precisa, como qualquer fluxo acrítico que incide sobre as liberdades, sofrer controles democráticos:

A ideia de que é preciso neutralizar o eventual abuso do poder de quem o detém, partindo-se da ideia de que do poder há sempre de se esperar esse abuso, é antiga. Esse potencial abuso do poder pode ser neutralizado fazendo do direito um sistema de garantias, de limites e de vínculos ao poder estabelecido. É por isso que as Constituições contemporâneas estabelecem um rol de direitos fundamentais e primam pelo modelo de Estado Social e Democrático de Direito. Do poder há sempre de se esperar um potencial abuso que é preciso neutralizar: é disto que se deve tratar quando da abordagem do estudo do Garantismo Constitucionalista (ou Constitucionalismo Garantista) (Mota, 2022, p. 128).

O constitucionalismo é amplo e, mesmo em um mesmo momento, pode ter leituras variadas; múltiplos constitucionalismos, por assim dizer. Dentro da ideia dos constitucionalismos contemporâneos – e suas possíveis variações –, há linhas de pensamento que desenham o inevitável constitucionalismo em níveis transnacionais, a exemplo de Eduardo Ribeiro Moreira (2010), citando-se a construção das cláusulas pétreas globais⁷. Um dos indicativos desse modelo, para além de fronteiras específicas, revestido de uma universalidade sem precedentes, está no conjunto de

⁶ Termo que em nada se relaciona, no sentido conceitual, com o movimento de garantismo penal, já que constituídos de sentido e razões históricas com particularidades.

⁷ O termo *constitucionalismo digital*, por isso, a exemplo de outros “constitucionalismos”, não afasta a investigação da amplitude dos problemas que trata; que, muitas vezes, rompe fronteiras, dialogando, por essência, com elementos hoje nominados, por exemplo, de constitucionalismo multinível ou transconstitucionalismo (cada qual com sua dimensão).

limitações mundiais para a criação e expansão de armas de destruição em massa (em especial as nucleares):

Cláusulas pétreas pensadas para a projeção global poderiam evitar as maiores ameaças da humanidade. Pela natureza das cláusulas pétreas, a proteção máxima recairia em um núcleo essencial de temas. Assim, os poderes mundiais submetidos a um núcleo da esfera do indecível global, que funcionariam como cláusulas pétreas em que seu descumprimento sujeita a todo o tipo de sanção. Exemplos de cláusulas pétreas mundiais: produção de bombas atômicas. Somente se autorizadas pelo governo global, a energia atômica poderia ser voltada para a criação de armas de destruição. E não só armas atômicas, mas químicas e todas que causarem destruição de massa seriam proibidas *a priori* (Moreira, 2010, p. 6).

Naturalmente, como se vê, o constitucionalismo é um caminhar que ainda se desenvolve e jamais findará, marcando-se, sempre, pela busca de contenção dos arbítrios que cada tempo apresentam nova roupagem.

A ideia do constitucionalismo como força histórica unilateral em manifestação não é precisa. O movimento é complexo e com múltiplas faces. Não por outra razão, é razoável dizer que, dentro das variadas leituras contemporâneas do constitucionalismo, há algumas delas com feições antagônicas. Há vozes que defendem um constitucionalismo de inovação, quase iluminista, capaz de trazer luzes de “justiça” antes não vistas, próprias do chamado “neoconstitucionalismo”; há vozes, por outro lado, que criticam essa promessa de correção, apontando riscos relevantes desse pensar de ampla abertura metajurídica, capaz de corrigir o Direito, notadamente sob perspectivas ativistas.

O “constitucionalismo digital” (que pode ser lido como um novo movimento ou, apenas, para outros setores, como um problema atual do constitucionalismo tradicional) é uma das diferentes questões introduzidas a respeito desse complexo movimento. Porém, apesar de suas variantes, há a necessidade de sua compreensão conceitual a partir de um tecido social digitalizado. Seja como um novo marco do constitucionalismo, ou mesmo como uma nova questão de um mesmo constitucionalismo contemporâneo, o seu enfrentamento é uma emergência da vida que se ressignificou a partir da ebulição de um existir tecnológico (nem sempre voluntário).

O constitucionalismo, ao menos em sentido clássico, tem uma feição pública acentuada, já que estruturado a partir da relação das liberdades individuais em relação

aos domínios estatais (âmbito em que tradicionalmente ocorreu o exercício do poder limitador de liberdades).

Mesmo os conceitos mais contemporâneos, que dialogam com o chamado movimento “neoconstitucionalista”, ainda encontram, na projeção pública, própria da eficácia vertical, o núcleo primordial de sua estrutura. Sua diferenciação está, em verdade, mais na redefinição axiológica do sistema, atribuindo-se, por exemplo, importante carga normativa ao uso de princípios.

Não se trata de querer, evidentemente, ignorar a indiscutível irradiação das normas constitucionais também às relações privadas, conforme externa a chamada *eficácia horizontal dos direitos fundamentais* (Sarmiento, 2006).

É verdade que de longa data se entende que o constitucionalismo contemporâneo reconhece que a Constituição – em especial, os direitos fundamentais – imergem em todas as relações jurídicas, públicas ou não, sendo seu parâmetro final de controle. A observação ora feita, em realidade, demonstra que a construção do constitucionalismo tem, na projeção pública, sua razão histórica; ainda que contemporaneamente, com acerto, não se limite, como não se deve limitar, à chamada projeção vertical.

Esse modelo, como se aprofundará na sequência, sofre um abalo mais profundo do que as próprias vozes da chamada *eficácia horizontal* defendiam (projeção privada da irradiação dos direitos fundamentais), considerando-se que os agentes atuais de tecnologia absorvem um potencial de risco aos direitos fundamentais com o qual o pensamento clássico antes não dialogara (Sarmiento, 2006).

Para além do modelo clássico do constitucionalismo, há estudos no exterior, como o promovido por Golia (2023), que apresenta uma crítica atual aos modelos de viés sociológico, que seriam, em seu entendimento, incapazes de compreender as reais potencialidades dos problemas da era digital. No entendimento do autor, a produção do constitucionalismo contemporâneo deve compreender um novo cenário – de mitigação entre o público e o privado – que os modelos de outrora não enfrentaram:

Baseando-se no constitucionalismo social, enquadram o constitucionalismo digital como o “processo de elaboração de regras constitucionais que surge de grupos sociais como a sociedade civil ou as corporações empresariais transnacionais” e incluiu a limitação do poder público e privado no âmbito do

constitucionalismo digital. No entanto, incluem no âmbito do constitucionalismo digital apenas documentos, cartas e declarações que visam explicitamente estabelecer diferentes tipos de uma “Declaração de Direitos da Internet” e centram-se em questões políticas e comunitárias (Golia, 2023, p. 11, tradução nossa).⁸

A partir dessas premissas, é possível apontar que a difusão vertiginosa das tecnologias apresentará (e as minúcias será objeto dos capítulos próprios) um incremento muito particular para os riscos dos direitos essenciais no mundo digital. Celeste (2023), com obra específica sobre o “constitucionalismo digital”, evidencia que o espalhamento massivo das tecnologias, com o rompimento das antigas fronteiras, aponta para o surgimento de um protagonismo de atores de poder que não são estatais, desenhando novos e particulares desafios para os direitos fundamentais (não respondidos pelo constitucionalismo tradicional, de origem preponderantemente pública em sua projeção vertical):

[...] hoje, a difusão massiva de instrumentos de tecnologia digital entre os indivíduos, combinada com o papel dominante que estas empresas privadas desempenham neste setor, aumenta a probabilidade de violações de direitos perpetradas por intervenientes não estatais. As empresas tecnológicas controlam um componente substancial da vida quotidiana de um número sem precedentes de pessoas. A possibilidade de estes intervenientes não estatais interferirem com os nossos direitos fundamentais torna-se mais provável e intensa e, ao mesmo tempo, esta circunstância não é adequadamente abordada pelos mecanismos existentes de equilíbrio de poder (Celeste, 2023, p. 16).⁹

A ideia de um “ciberespaço”, lido como algo diverso do mundo real, sofreu modificações importantes. A vida de hoje, em verdade, tem pontos inevitáveis em que a própria relação passou a ser digital (Tegmark, 2020). Desde a utilização de *smartphones* para atividades outrora físicas (um pagamento ou o armazenamento de

⁸ No original: “Relying on societal constitutionalism, they frame digital constitutionalism as the ‘process of constitutional rule-making that arises from social groups like civil society or transnational business corporations’ and included the limitation of both public and private power within the subject matter of digital constitutionalism. However, they include within the scope of digital constitutionalism only documents, charters and declarations that explicitly aim to establish different types of an ‘Internet Bill of Rights’ and focus on political questions and communities” (Golia, 2023, p. 11).

⁹ No original: “[...] today, the massive diffusion of digital technology instruments among individuals, combined with the dominant role that these private corporations play in this sector, increases the likelihood of rights violations perpetrated by non-state actors. Technology companies control a substantial component of the everyday life of an unprecedented number of people. The possibility that these non-state actors interfere with our fundamental rights becomes more likely and intense, and, at the same time, this circumstance is not adequately addressed by existing mechanisms of power balancing” (Celeste, 2023, p. 16).

fotos, por exemplo), até exemplos mais extremos, porém frequentes, de relacionamentos intersubjetivos no plano puramente virtual e o surgimento do *metaverso* mostram que as fronteiras¹⁰ entre o “real” e o digital não são mais tão nítidas¹¹. Sobre o tema, registra-se que: “Se o ciberespaço já pareceu transcendente em outro lugar, em algum lugar diferente do mundo que normalmente habitamos, essa relação se inverteu assim como a rede se inverteu” (Jones, 2014, p. 19, tradução nossa).¹²

Sugere-se, por isso, que não se deve mais, sequer, utilizar as expressões “real e virtual” no desenho da problemática (o virtual pode ser real). Em termos didáticos, ao menos para os fins do presente trabalho, utilizar-se-á a separação entre o mundo físico e o virtual. Realidade é uma coisa distinta, que existe em ambos os campos (hoje tão misturados). Os conceitos de virtual e digital, igualmente, não se confundem e foram esclarecidos na introdução.

Feito essa elucidação conceitual, cabe dizer que, em estudo no campo da psicologia, elemento indissociável do caráter multidisciplinar que a indagação carrega, Hasky e Fortes (2022) trazem conclusões acerca da potencial falência dos modelos que ainda hoje possuem a pretensão de entender que o mundo *online* e *off-line* podem ser inteiramente separados, como se fossem espaços distintos de convivência. Em interessante reflexão aduzem, por exemplo, que uma pessoa em situação de pobreza

¹⁰ “Essa é a complexidade que os operadores e usuários do metaverso enfrentam, mediante a fluidez do mundo atual – ao migrar de um universo digital para um metaverso cujas fronteiras mesclam o físico e o virtual, em uma nova fase da sociedade, cada vez mais liberta e controlada ao mesmo tempo” (Longo; Tavares, 2022, p. 15).

¹¹ “the idea that the network itself was essentially a virtual world, a second life, lost some of its power, as network technology became increasingly intertwined with everyday activities. The MMORPG (massively multiplayer online role-playing game) World of Warcraft was taking off at the same time as a mainstream entertainment, but the interface for that game was decidedly video gamelike in its mixed menus, chat, and 3D graphics. The experience of playing it for many people, with their headsets on, talking to their guild, was closer to using social-network software than to immersive VR as it had been imagined in the era of cyberspace during the 1990 (Jones, 2014, p. 21). Tradução livre: “a ideia de que a própria rede era essencialmente um mundo virtual, uma segunda vida, perdeu parte do seu poder, à medida que a tecnologia de rede se tornou cada vez mais interligada com as atividades quotidianas. O MMORPG (jogo de RPG *on-line* multijogador massivo) World of Warcraft estava decolando ao mesmo tempo que um entretenimento convencional, mas a interface desse jogo era decididamente semelhante a um videogame em seus menus mistos, bate-papo e gráficos 3D. A experiência de jogar para muitas pessoas, com seus fones de ouvido, conversando com pessoas, estava mais próxima do uso de *software* de rede social do que da realidade virtual imersiva, como havia sido imaginada na era do ciberespaço durante a década de 1990”.

¹² “If cyberspace once seemed a transcendent elsewhere, someplace other than the world we normally inhabit, that relationship has inverted as the network has everted” (Jones, 2014, p. 19).

alimentar não deixará de sentir fome, caso tenha adesões no mundo virtual. Isso indicaria, em um nível ainda mais aprofundado, que a separação desses mundos não passa de uma projeção ilusória, mas não de uma realidade:

Apesar de concordarmos que muitos sujeitos contemporâneos têm tentado se apartar das mazelas de suas realidades mergulhando suas vidas no mundo virtual, consideramos problemáticos os posicionamentos que tendem a separar real e virtual, posicionamentos que dão a entender que podemos viver vidas paralelas que não se afetam mutuamente. A essa separação entre os mundos online e offline subjaz a ideia de que no primeiro o impossível pode se tornar possível. No entanto, sabemos que os que são totalmente felizes no virtual, como sugere a peça teatral, certamente não o são no real. E ainda que se enganem momentaneamente sobre suas condições ou que façam os outros acreditarem que estão ótimos, experimentam dissabores. O mendigo que se finge de homem bem-sucedido na rede social não deixa de passar fome, de não ter onde dormir; a internet não extrai dele as suas mazelas (Hask; Fortes, 2022, p. 5).

O fato de que não exista uma separação completa (como realidades distintas) entre esses dois “mundos”, como bem indicado por Hasky e Fortes (2022), não significa, naturalmente, que não existam diferenças pontuais em cada ambiente. A crítica, em verdade, radica no afastamento da noção de outrora que entendia que era possível um próprio *existir* separado do outro. Contudo, é claro que as maneiras de se relacionar podem ter diferenças. O diagnóstico, em outras palavras, mora na afirmação de que o existir contemporâneo é, para a maioria das pessoas, a necessidade de se relacionar, mesmo que involuntariamente, com um mundo digitalizado e virtualizado.

A relação interpessoal realizada em redes sociais na Internet, na realidade, é muito particular, mas tem moldado boa parte da existência contemporânea. Há, inclusive, redes que definem os horizontes das relações profissionais de pessoas, sendo o único meio de divulgação e acesso às oportunidades profissionais (há empresas que apenas contratam por esses meios). Entretanto, é oportuno lembrar, acerca da complexidade desse modelo sociológico que cria os riscos que são objeto do “constitucionalismo digital”, o estudo formulado por Robin Dunbar (1998), que demonstrou, tomando-se por base experiências empíricas que promoveu, que um ser humano tem o limite cognitivo de se relacionar com real densidade com apenas 150 pessoas ao longo da sua vida (*número de Dunbar*).

A partir desse paradigma, a vivência digital – com milhares de seguidores em uma rede social – não é um relacionamento “real” para além do limite ontológico proposto, mas uma relação de *voyeurismo*, conforme defendem Bauman e Lyon (2013, p. 46): “[...] você pode estabelecer ‘amizade’ com 500 mil, até 5 mil pessoas, em sua página do Facebook, mas todos, com exceção de 150, são meros voyeurs observando a sua vida cotidiana”.

A complexidade desse modo atual de “relacionamento” ilustra bem a extensão dos dilemas e das vantagens que a era digital propõe. O próprio existir, em realidade, começa a tomar contornos diferentes com novos desenhos da atuação humana, incluindo-se os mecanismos (em franca expansão) do metaverso. Há, até mesmo, obras contemporâneas que buscam compreender o metaverso como um fenômeno social atual que merece estudo aprofundado como uma maneira inovadora de se inserir socialmente, porém sem as fronteiras do mundo não digital. Cite-se, por exemplo:

É possível pensarmos no metaverso, portanto, não apenas como um ecossistema de entretenimento e consumo, mas como um laboratório para práticas sociopolíticas. Aquilo que antes era limitado agora é ilimitado, e cabe a nós, humanos, criar e sonhar, além de apenas produzir e realizar” (Longo; Tavares, 2022, p. 87).

O metaverso é uma sequência natural, em termos sociológicos, do que as redes sociais representam. A rede social foi uma espécie de treinamento da população para o metaverso, uma vez que elas já levaram as pessoas a experimentar e entender o convívio no mundo digital (Longo; Tavares, 2022, p. 45 e 46).

Dentro dessa linha de pensamento, até aqui desenvolvida, pode-se dizer que os próprios ambientes de convivência assumem uma feição interdimensional na atualidade (vive-se no físico, mas o sujeito pode, mesmo não querendo, ver-se obrigado a ter pontos de contato com a vida não física). Aeroportos que fazem controle de alfândega por reconhecimento facial, locais de trabalho que compartilham reuniões por plataformas, até coisas mais prosaicas, como o fornecimento do cardápio de um restaurante pela leitura de *QR codes* são todos mecanismos digitais que implicam em um grau de exposição digital do existir de hoje. Jones (2014), em obra publicada sobre o tema, revela como a vida de hoje é conectada com ambientes não necessariamente físicos:

Os ambientes contemporâneos em rede, as ruas das cidades, os aeroportos, os locais de trabalho ou as casas, muitas vezes parecem interdimensionais, como se os pontos de contato com os dados digitais fossem buracos de minhoca ou pequenas fissuras no tecido da vida cotidiana, revelando (por vezes com um arrepio de estranho reconhecimento) o quão próximo a dimensão digital já existe há algum tempo (Jones, 2014, p. 39, tradução nossa).¹³

Bauman e Lyon (2013), nessa linha exemplificada anteriormente, definem que hoje se vive, a partir desse rompimento dos muros de separação do mundo físico e virtual, uma era de vigilância como nunca antes se viu, com presença em todos os locais do mundo, ainda que com suas particulares variações tecnológicas (Bauman; Lyon, 2013, p. 9). Os autores também alegam que o ambiente privado sofreu mitigações no mundo digital, de modo que a vida de todos é, em alguma medida, potencialmente pública (mesmo daqueles que não querem se expor, mas que convivem em ambientes em que a tecnologia assume a detenção das informações). Nesse sentido, ambos fazem importante advertência sobre uma crise da ideia de privacidade:

[...] tudo que é privado agora é feito potencialmente em público – e está potencialmente disponível para consumo público; e continua sempre disponível, até o fim dos tempos, já que a internet “não pode ser forçada a esquecer nada registrado em algum de seus inumeráveis servidores” (Bauman; Lyon, 2013, p. 28 e 29).

Segundo Bauman e Lyon (2013), é um equívoco acreditar que essa exposição de dados, por eles citadas – muitas voluntárias, mas a maioria involuntárias – seja um problema geracional, adstrito a uma juventude supostamente irresponsável na relação com a tecnologia. Segundo os autores (2013, p. 35), a “[...] nova tendência à confissão pública não pode ser explicada por fatores específicos de idade”. É a conformação da vida atual, segundo eles, que expõe os indivíduos.

Trata-se, portanto, de um movimento de ruptura com a maneira de existir de antes. Há vozes que entendem que a transformação em curso, de um mundo que não

¹³No original: “Contemporary networked environments, city streets or airports or workplaces or homes, often feel interdimensional, as if points of contact with digital data were wormholes or tiny rifts in the fabric of everyday life, revealing (sometimes with a chill of uncanny recognition) how close the digital dimension has been for some time now” (Jones, 2014, p. 39).

mais separa com clareza o mundo real do não físico, pode se equiparar às revoluções industriais e laborais que alteraram significativamente a sociedade nos últimos séculos (Celeste, 2023). Para esse setor, ligado especialmente às produções estrangeiras, haveria o surgimento do *homo sapiens informactus*:

As transformações que a sociedade contemporânea atravessa são comparáveis às que conduziram às grandes alterações constitucionais anteriores. O alvorecer do novo milênio está a testemunhar uma transição do *homo faber/economicus/lundens* do século XX para o *homo sapiens informaticus* (Celeste, 2023, p. 11, tradução nossa).¹⁴

Esse ser atual, inevitavelmente inserido em um mundo com questões digitais, mesmo que não seja essa a sua vontade, é demandado por uma estrutura que não descansa. As demandas de labor, pela facilidade do acesso, invadiram o ambiente privado, já que não se limitam mais às barreiras físicas do “local” de trabalho. Byung-Chul Han, quanto a esse diagnóstico, adverte que “[...] o mundo atual é pobre de interrupções, pobre de entremeios e tempos intermédios. A máquina não pode fazer pausas” (Han, 2019, p. 11 e 12).

Se a transformação do próprio ser recebe essa densidade, é natural também compreender que os destinos das tutelas dos valores essenciais também sofrerão necessária e indissociável revisitação, merecendo, ao menos, um olhar crítico que indague se as estruturas constitucionais de outrora estão, de fato, preservadas. Nesse cenário, nasce o chamado “constitucionalismo digital”.

Na mesma linha, os direitos da personalidade, no que concerne às próprias definições da extensão do conceito de pessoa, recebem novas provocações por força desse cenário. Rodrigo Róger Saldanha (2022), por amostragem, elaborou importante tese doutoral em que aponta que a geração da ultratecnologia conduziu a uma possível quarta expressão dos direitos da personalidade, instigando as estruturas clássicas do civilismo contemporâneo. Em sua pesquisa, Saldanha (2022) aprofunda dilemas que somente a era digital foi capaz de proporcionar, delimitando, por exemplo, aspectos da privacidade digital e da existência humana nesse contexto (no pré e no

¹⁴ No original: “The transformations that contemporary society is experiencing are comparable to those which led to the previous major constitutional changes. The dawn of the new millennium is witnessing a transition from the *homo faber/oeconomicus/lundens* of the twentieth century to the *homo sapiens informaticus*” (Celeste, 2023, p. 11).

pós-vida biológica) que ganham contornos próprios. Elementos como a honra e a imagem, com caráter descontrolados nas redes de tecnologia (sem respostas para o cenário normativo atual) se inserem, segundo o autor, em um movimento de redesenho, notadamente por conta da extensão, alcance e definitividade que tais informações galgam na era contemporânea, marcada pela ultratecnologia e pelo rompimento das estruturas físicas a partir das balizas digitais/virtuais.

Hodiernamente, há um momento de inquietação dentro do Direito. Os caminhos mais comuns do “constitucionalismo digital” apontam para um risco que as estruturas de tecnologia, notadamente as privadas, podem promover para o futuro dos direitos fundamentais, a ponto de avocar um novo desafio para a jurisdição constitucional (até mesmo o questionamento de sua essencialidade). Na linha exposta, já é possível introduzir uma conceituação a respeito do tema, que diferencia a potencialidade do que, para alguns, é um novo movimento; enquanto, para outros, é apenas uma nova problemática do constitucionalismo já existente:

O constitucionalismo digital é o resultado da junção de dois termos distantes, em que o digital se refere à tecnologia em que a internet e as plataformas se baseiam, a forma como tratam dados e moderam o espaço público digital, e o constitucionalismo, que sempre conhecemos, e assenta na ideia de limitação do poder de quem o tem, evitando que o seu exercício seja realizado de forma discricionária e arbitrária (Sousa, 2022, p. 101).

A “tradicional”¹⁵ visão sobre esse fenômeno digital tem nos agentes privados, mormente as chamadas *big techs*, os possíveis atores de poder. Porém, não há como deixar de registrar o posicionamento de que também o Estado, como projeção tradicional da eficácia dos direitos fundamentais, reforça o seu poder sobre os indivíduos na era da ultratecnologia, já que dialogam e se abastecem (vide casos específicos de eleições), em determinados casos, dos dados de violação da privacidade digital. Sobre o tema:

[...] na era digital, o Estado reforça os seus poderes sobre os indivíduos através da utilização de tecnologias sofisticadas que monitoram as nossas vidas digitais. Ao mesmo tempo, a natureza global do espaço virtual favorece o surgimento de novos atores poderosos além do Estado. Hoje, as empresas multinacionais de tecnologia controlam as tecnologias digitais e, ao fazê-lo,

¹⁵ Aspas intencionais, considerando que a produção do constitucionalismo digital é ainda bastante recente, não se podendo sugerir, com exatidão, um modelo clássico e um modelo atualizado.

moldam inevitavelmente o nosso eu digital (Celeste, 2023, p. 12, tradução nossa).¹⁶

Na obra de Simão Mendes de Sousa (2022), que se dedica internacionalmente à compreensão introdutória do constitucionalismo digital, há advertência indicando uma perigosa assimetria na relação entre o usuário e a rede social, considerando que a informação selecionada à parte é derivada dos algoritmos preditivos que estudaram a pessoa que realiza o acesso, o que gera a impossibilidade de um contraditório sociológico adequado sobre a informação, além de gerar um questionável direcionamento (não solicitado) de conteúdo:

É sabido, desde logo, que a informação que o utilizador tem acesso, através do seu *feed* é filtrada e personalizada pelo algoritmo preditivo que, previamente segmentou, analisou e categorizou o perfil do utilizador, criando uma assimetria de poder entre o utilizador e a plataforma que retira ao utilizador, por um lado, a liberdade de escolher o que pretende consultar e, por outro, lhe dificulta o acesso ao contraditório (Sousa, 2022, p. 49 e 50).

Partindo-se do mesmo fundamento, agora com enfoque na dicotomia clássica da eficácia dos direitos fundamentais, as revoluções sofridas pelo constitucionalismo, nessa era, indicam uma possível superação da dualidade que separava atores privados dos atores públicos¹⁷, em relação aos riscos para os direitos fundamentais (Floridi, 2015). Há, doravante, uma conjunção de atores em um mesmo cenário, tal qual se dá quando o Estado, por exemplo, se vale das empresas privadas de tecnologia para lidar com o indivíduo:

Assim, em vez de falar de privado *versus* público, há necessidade de enfatizar a importância do contexto: tudo o que é contestado no espaço público já não é puramente privado. A globalização, sobretudo devido à difusão da

¹⁶ No original: “In the digital age, the state reinforces its powers over the individuals through the use of sophisticated technologies that monitor our digital lives. At the same time, the global nature of the virtual space favours the emergence of new powerful actors besides the state. Today, multinational tech companies control digital technologies, and by doing so, unavoidably shape our digital selves” (Celeste, 2023, p. 12).

¹⁷ “The Internet is an important extension of the public space, even when operated and owned by private actors. The notions of fragmented publics, of third spaces, and of commons, and the increased focus on use at the expense of ownership all challenge our current understanding of the public-private distinction” (Floridi, 2015, p. 6 e 7). “Internet é uma extensão importante do espaço público, mesmo quando operada e propriedade de intervenientes privados. As noções de públicos fragmentados, de terceiros espaços e de bens comuns, e o foco crescente no uso em detrimento da propriedade desafiam a nossa compreensão atual da distinção público-privado (tradução nossa)”.

tecnologia da informação, implica a ruptura de qualquer distinção clara entre o sector privado e o público (Floridi, 2015, p. 29, tradução nossa).¹⁸

Tais reflexões preliminares são essenciais para entender o que, de fato, é o recentíssimo movimento que alguns classificam como “constitucionalismo digital” e quais as questões que esse momento enfrenta de forma particular, tema este que será melhor explorado em tópicos subsequentes, dada às particularidades que carrega.

1.2 CONSTITUCIONALISMO X DEMOCRACIA: UM CRUZAMENTO TARDIO E RENOVADO NA ERA DIGITAL

O tema do “constitucionalismo digital” exige uma breve digressão a respeito de dois elementos que fazem parte da estrutura constitucional contemporânea: as indagações sobre democracia e sobre a sua relação com o constitucionalismo. A era tecnológica tem proporcionado dilemas que atingem, pela mesma origem e pelas mesmas características, simultaneamente os dois âmbitos:

A conectividade em rede na sociedade de informação permite que as trocas informacionais atinjam uma escala global, sem precedentes. A democracia na era digital e todos os processos que lhe são inerentes ganham novos contornos no atual contexto, com potencialidade e desafios (Michelon; Pinheiro, 2021, p. 58).

Essa afirmação avoca, nessa linha de pensamento, a revisitação das análises históricas que mostravam as tensões e dicotomias entre os dois movimentos, nem sempre conviventes no passado. Conclui-se que as duas forças (democracia e constitucionalismo) partirão, como nunca antes, de uma análise conjunta, possivelmente atingindo uma feição única para o tratamento dos dilemas constitucionais da era digital.

¹⁸ No original: “Thus, rather than speaking of private versus public there is a need to emphasise the importance of context: whatever is contested in public space is no longer purely private. Globalisation, not least due to the spread of information technology implies a breakdown of any clear cut distinction between private and public” (Floridi, 2015, p. 29).

O recente encontro histórico entre movimentos de democracia e do constitucionalismo, em outras palavras, passa a ter um contorno ainda mais significativo no curso da contemporaneidade tecnológica, uma nova cor.

Ainda que em termos atuais a democracia e o constitucionalismo encontrem indissociáveis pontos comuns, compartilhando o mesmo trilhar em muitos sistemas contemporâneos (incluindo o brasileiro), esse encontro ocorreu de modo razoavelmente tardio, tomando-se por base o paradigma histórico do fenômeno constitucional que remonta às suas mais primitivas aparições (Lima, 2022).

De um lado, as forças de democracia buscam, como essência, a criação de maior âmbito de liberdade do indivíduo, contemplando-se, por exemplo, a assimilação do poder pelo povo e as mais variadas perspectivas de escolhas derivadas desse poder (Bellamy; Castiglione; 1997, p. 595-618).

Já os movimentos constitucionalistas, como se viu no tópico precedente, tradicionalmente buscaram a criação de limites, impondo-se balizas ao poder soberano de modo geral. Isso demonstra que não há uma predisposição hierárquica entre essas forças. Em realidade, os exageros de um frente ao outro causam dilemas que a pesquisa científica sempre enfrentará. Nesse ponto, cite-se trecho do importante trabalho de Loughlin, publicado em 2022, em que aponta pertinentes críticas acerca a respeito dos limites apropriados ao que se define como constitucionalismo (que também precisa de razoáveis balizas):

Se o constitucionalismo fosse concebido como um conjunto de salvaguardas institucionais para limitar o governo, a crítica de que se trata de uma teoria do século XVIII que reflete os valores de uma época passada seria convincente. Afinal de contas, já não vivemos num mundo de governo limitado. Em todo o mundo e independentemente do caráter do regime, dificilmente existe uma área da vida cívica em que o alcance do governo não seja sentido. Os desafios de limitar e dirigir o governo hoje são muito mais profundos do que aqueles apresentados por um governante hereditário que exerce poder arbitrário (Loughlin, 2022, p. 3, tradução nossa).¹⁹

¹⁹ No original: “If constitutionalism were conceived as a set of institutional safeguards to limit government, the criticism that it is an eighteenth-century theory relecting the values of a bygone era would be compelling. Atfer all, we no longer live in a world of limited government. Across the world and irrespective of the character of the regime, there is scarcely an area of civic life in which government’s reach is not felt. he challenges of limiting and directing government today are much more profound than those presented by a hereditary ruler exercising arbitrary power” (Loughlin, 2022, p. 3).

José Roberto Dromi, jurista argentino, celebrado por concepções atuais do que se denominou de “constitucionalismo do futuro” (um possível modelo de equilíbrio que imponha controle à suposta atual abertura imoderada do Direito, que também não deve recair no fechamento acrítico de um sistema objetivo), resgata a ideia de que o constitucionalismo é estruturalmente dinâmico e mutável (Dromi, 2011). Dessas lições, em síntese, pode-se sugerir que a posição do poder sempre foi diferente ao longo do tempo, não necessariamente avocando, pelos constitucionalistas, as mesmas inquietações ao longo do tempo.

O mesmo autor indica que o Estado mudou de posição ao longo do fluxo evolutivo do constitucionalismo (que definiu, em seus termos, como a expressão jurídica da organização política dos povos), passando desde um modelo de abstenção em relação à efetivação de valores essenciais, até a criação de modelos de responsabilidade para a implementação de medidas em favor dos desfavorecidos. Extraí-se esse aspecto da seguinte passagem (em que também se esclarece a diferença entre o constitucionalismo, clássico, liberal e social):

O constitucionalismo é a expressão jurídica da organização política do povo. Historicamente, o constitucionalismo manifesta-se em duas fases: o constitucionalismo clássico ou liberal (segunda metade do século XVIII) e o constitucionalismo social (início do século XX). A realidade social impõe uma mudança na concepção e na forma do sistema jurídico. O Estado abandona a sua posição abstencionista e deve intervir na regulação da atividade económica, tendo em vista a justiça distributiva, para salvaguardar os direitos dos sectores sociais indefesos contra poderosos interesses económicos nacionais e extranacionais. A Constituição “real” prevalece sobre a Constituição “formal” (Dromi, 2011. p. 135-142, tradução nossa). ²⁰

A diferenciação em questão cria, em alguns momentos, pontos de tensão ou conflito entre o movimento constitucionalista e a democracia. Segundo Gavião (2013), não é uma questão de se estabelecer uma hierarquia entre democracia e

²⁰No original: “El constitucionalismo es la expresión jurídica de la organización política de los pueblos. Históricamente el constitucionalismo se manifiesta en dos etapas: el *constitucionalismo clásico o liberal* (segunda mitad del siglo XVIII) y el *constitucionalismo social* (comienzos del siglo XX). La realidad social impone un cambio en la concepción y forma del ordenamiento jurídico. El Estado abandona su posición abstencionista y debe intervenir en la regulación de la actividad económica, en vista de la justicia distributiva, para salvaguardar los derechos de sectores sociales indefensos frente a poderosos intereses económicos nacionales y extranacionales. La Constitución “real” se impone a la Constitución “formal” (Dromi, 2011. p. 135-142).

constitucionalismo, mas que, na história, esses inevitáveis pontos de tensão ocorreram com naturalidade, a partir dos objetivos contrários de cada força:

[...] pode-se já afirmar que, em verdade, inexiste um ponto de equilíbrio passível de ser apontado entre a chamada democracia e o constitucionalismo. Não há primazia de um sobre o outro, uma vez que ambos parecem ser constitutivos do Direito (Gavião, 2013, p. 238).

Em conceitos gerais, a democracia busca a liberdade para decidir o bem comum e os interesses gerais, enquanto as forças constitucionalistas lutavam (e lutam) pela limitação dos poderes (Lima, 2022).

Existem, no fluxo histórico, diferentes tipos de democracia. Há aquelas em sentido liberal; outras, mais restritivas. No modo de seu exercício, existem países mais próximos do modelo direto, enquanto outros, como o Brasil, assumem uma feição semidireta, mesmo que sua face mais proeminente seja a eleição de representantes do povo (traço da democracia indireta).

Já se fala hoje, por exemplo, em conceitos como a *e-democracia* (Magraf; Santos; Magraf, 2018), uma forma de maior participação direta do indivíduo a partir de mecanismos virtuais (um possível benefício das redes, que serve de contraponto aos riscos explorados ao longo deste texto).

Para fins do presente trabalho, em termos objetivos, os riscos aqui mencionados se referem, ao menos em termos gerais, todos os modelos democráticos que encontram, na pertinência da decisão do povo, a sua estrutura de sustentação (seja direta, indireta ou indireta), já que este é o núcleo potencialmente afetado pelas indagações digitais.

Assim, na mais pura essência, em realidade, a democracia e o constitucionalismo buscaram (e ainda almejam) objetivos distintos, embora que tenham traçado passos coincidentes na atualidade, em alguns sistemas jurídicos. Em linhas gerais, os movimentos de força democrática sempre buscaram espaços para maior liberdade, enquanto o constitucionalismo, considerando os dados históricos apresentados anteriormente, caminhou em busca da criação de limites ao poder exercido (em especial, o poder público).

Não é de hoje que a ideia do constitucionalismo, assim entendido como movimento isolado, é um anacronismo, conforme classificação de alguns autores. A

visão do modelo clássico, unicamente focado na criação de liberdades, não dialogou com as demandas de tempos posteriores, que reconheceram que a interação entre poderes e a criação de um sistema que tenha a capacidade de impor deveres ao Estado no campo das essencialidades (algo que segundo Loughlin, não é só importante, como inevitável):

Esta é uma das razões pelas quais o constitucionalismo clássico, outrora um arranjo institucional para proteger as liberdades da classe proprietária, é agora um anacronismo. Longe de instituir um esquema de governo limitado, as constituições recentes impõem múltiplos deveres ao governo que procuram a conversão dos seus valores inscritos em realidade política. Estas constituições aspiracionais convertem o papel legislativo em ação executiva direcionada para a realização desses valores (Loughlin, 2022, p. 192 e 193, tradução nossa).²¹

O encontro dos dois movimentos (democracia e constitucionalismo) se dá apenas no transcorrer do século 18 (Bellamy, 2013, p. 5 e ss), diante das constituições revolucionárias e das revoluções liberais. Nesse contexto, como amostragem, emergem as primeiras constituições escritas (a dos Estados Unidos, em 1787, e a da França, em 1791). No caso brasileiro, a primeira Constituição escrita é de 1824 (classificada de Constituição Imperial).

O tardio cruzamento (aproximação), entretanto, em nada significa que o direito constitucional não carregue a necessidade de se preocupar hodiernamente com os riscos democráticos que a era virtual vem apresentando.

Essas distinções carregam pertinência à discussão dos particulares dilemas que o constitucionalismo digital carrega. A dicotomia em questão, que no passado tinha clareza evidente, sofre manifesta mitigação na era digital, já que as indagações que surgem – sejam elas democráticas ou sobre direitos fundamentais —bebem da mesma origem e, por vezes, confundem-se.

Nesse ponto, é razoável concluir, em outras palavras, que o “constitucionalismo digital” eliminou, em alguma medida, essa dicotomia do passado, já que substancial parte das questões inerentes ao seu âmbito de pesquisa tangenciam, ao mesmo

²¹ No original: “[...] this is one reason why classical constitutionalism, once an institutional arrangement to protect the liberties of the propertied class, is now an anachronism. Far from instituting a scheme of limited government, recent constitutions impose manifold duties on government that seek the conversion of its inscribed values into political reality. These aspirational constitutions convert the legislative role into executive action directed toward the realization of those values” (Loughlin, 2022, p. 192 e 193).

tempo, esferas de liberdades individuais e a necessidade de imposição de limites aos poderes que os agentes de poder da era digital exercem. Os dois movimentos compartilham, em termos gerais, problemas de mesma origem (e são forças que conjuntamente devem entender a questão digital).

Na linha desse pensamento, o constitucionalismo que venha a reger as plataformas digitais (naquilo que for possível), deverá observar um conjunto de princípios constitucionais que dialogam, ao menos no modelo brasileiro constitucional de 1988, com diferentes princípios constitucionais (alguns ligados à liberdade e outros ligados ao modelo democrático), mas não haverá suficiência no tratamento individualizado, ou seja, de só um dos movimentos. Embora não trate da questão brasileira, em publicação de Portugal, feita por Sousa (2022), há uma reflexão doutrinária que ampara tal afirmação:

Ao constitucionalismo coube sempre o papel de proteger o cidadão do exercício excessivo do poder e, por isso, a constitucionalização que deve ocorrer dentro das plataformas, deve partir destas, com os poderes públicos, para entidades que lhe sejam externas e por isso as governem de acordo e em respeito com os mais variados princípios constitucionais (Sousa, 2022, p. 74).

Em outras palavras, como adiante se explorará em capítulo próprio, os mesmos fatores da era digital criam, simultaneamente, problemas de democracia (gerando novos riscos à liberdade de escolha) e problemas da tutela de direitos essenciais que exigem, como resposta, a criação de limites aos atores de poder.

Assim sendo, as potenciais soluções, portanto, poderão exigir, como regra, um olhar unificado que se distancia, como nunca, do separado caminhar que o constitucionalismo e a democracia empregaram no passado.

Com o propósito de melhor compreender tal sugestão, torna-se oportuno contextualizar, primeiramente, como ocorreu o surgimento do “constitucionalismo digital” e o porquê desse movimento, que tem suas cores próprias e que carrega particular urgência para os temas de democracia e para a teoria constitucional.

Observando os ensinamentos de Loughlin (2022), há uma inevitável tensão dos modelos de democracia constitucional com o reconhecimento de direitos individuais (o que reforça a diferença das origens históricas dos movimentos constitucionalistas da democracia). Esse aparente conflito, hoje mitigado na era digital (ambos os

movimentos dialogam com problemas com as mesmas fontes), ganha novo enfrentamento. Para compreensão da tensão mencionada de outrora, de que o vertente trabalho indica ter se relativizado, são oportunas as seguintes compreensões clássicas sobre o confronto:

[...] conceito de democracia constitucional contém tensões aparentemente inerradicáveis entre democracia e direitos, vontade e razão, poder e direito e, em última análise, entre fatos e normas. À sua maneira, os pensadores do contrato social ajudam-nos a avaliar como estas tensões podem ser negociadas. O estudo de Habermas sobre a democracia constitucional é o mais recente deste tipo. Ele esclarece o caráter e amplia a ambição da democracia constitucional, sobretudo ao sintetizar o constitucionalismo clássico de Locke e o constitucionalismo aspiracional de Rousseau. Mas, tal como os dos seus predecessores do contrato social, este parece ser, em última análise, um relato em que as conclusões decorrem de pressupostos incorporados (Loughlin, 2022, p. 107, tradução nossa).²²

Pode-se sugerir, desde já, que a era do “constitucionalismo digital” reforça, com nova e mais profunda intensidade, um encontro que já se firmou (ao menos nas democracias ocidentais) no curso das revoluções do século 18.

Isso acontece, além de outros fatores, pelo amálgama que a era digital propõe no ambiente (tema a ser abordado em tópico próprio), criando problemas que nascem das mesmas fontes. Usando o critério da origem das indagações, hoje os problemas que possuem o paradigma da essência originária do constitucionalismo (que buscam limitação aos poderes) se confundem, de forma mais acentuada, com os problemas dos movimentos democráticos (que almejam maior tutela da liberdade), diante das características únicas da era digital. Essa é, possivelmente, uma das marcas mais proeminentes que diferencia o constitucionalismo digital como um setor merecedor de estudo próprio.

²² No original: “[...] the concept of constitutional democracy contains apparently ineradicable tensions between democracy and rights, will and reason, power and right, and ultimately between facts and norms. In their different ways, social contract thinkers help us appreciate how these tensions might be negotiated. Habermas’s study of constitutional democracy is the latest of this type. He clarifies the character and extends the ambition of constitutional democracy, not least in synthesizing the classical constitutionalism of Locke and the aspirational constitutionalism of Rousseau. But like those of his social contract predecessors, this seems ultimately to be an account in which the conclusions follow from built-in assumptions” (Loughlin, 2022, p. 107).

1.3 DAS “EMERGÊNCIAS” DO “CONSTITUCIONALISMO DIGITAL”: SUA URGÊNCIA E SUA EMERSÃO

Conforme esclarecem Gilmar Ferreira Mendes e Victor Oliveira Fernandes, a ideia do constitucionalismo digital surgiu inicialmente com o propósito de se referir a um “[...] movimento constitucional de defesa da limitação do poder privado de atores da internet, em oposição à ideia de limitação do poder político estatal” (Mendes; Fernandes, 2020, p. 10). Esse mesmo sentido, de acordo com a referência, teria já sido utilizado por diversos outros autores, citando um deles, Suzor (2010).

Essa concepção originária do constitucionalismo digital, ligada mais ao seu movimento inicial e com caráter mais restrito, atualmente tem recebido maior alargamento, a ponto de abarcar basicamente toda questão que implique em riscos aos direitos fundamentais que derivem das características únicas dos ambientes virtuais (Mendes; Fernandes, 2020, p. 12).²³ Nesse sentido, reconhecendo a complexidade do tema, os autores citados adotaram, como conceito para fins de pesquisa o que segue:

Para os fins o presente estudo, entende-se que o Constitucionalismo Digital corresponde, de forma ainda mais abstrata, a uma corrente teórica do Direito Constitucional contemporâneo que se organiza a partir de prescrições normativas comuns de reconhecimento, afirmação e proteção de direitos fundamentais no ciberespaço (Mendes; Fernandes, 2020, p. 12).

Em um dos poucos livros específicos sobre o tema, ao tempo da elaboração desse trabalho, Sousa (2022), na doutrina estrangeira, reforça a concepção ampliativa acima mencionada, indicando que o constitucionalismo digital, em sua gênese, tem por objetivo compreender o futuro e a atualidade dos direitos fundamentais no ambiente *online*, notadamente para compreender o limite para seu exercício e quais os riscos inovadores que enfrentarão nessa revolução contemporânea:

²³ Esse sentido mais alargado tem sido utilizado por diferentes autores: Ex: Gill, Lex; Redeker, Dennis; Gasser, Urs. Towards Digital Constitutionalism? Mapping Attempts to Craft an Internet Bill of Rights. Berkman Klein Center for Internet & Society Research Publication, v.15, p. 1-22. 2015 (propondo “digital constitutionalism’ as a common term to connect a constellation of initiatives that have sought to articulate a set of political rights, governance norms, and limitations on the exercise of power on the Internet”).

O constitucionalismo digital permite que se percecionem quais os Direitos fundamentais que são exercidos online, quais os Direitos fundamentais que devem ser protegidos online e quais os comportamentos que devem ser vedados ao seu exercício online (Sousa, 2022, p. 103).

As visíveis transformações experimentadas pelo tecido social, portanto, criam um desafio que o tradicional aparato constitucional não foi desenhado para solucionar. A transição experimentada por um sistema arquitetado em um contexto analógico, que viu surgir o existir digital, exige que haja a revisitação de certas estruturas e conceitos para que os valores constitucionais sejam preservados nessa nova conjuntura (mesmo que por mutação constitucional):

Uma série de transformações em curso na sociedade contemporânea está a desafiar os aparatos jurídicos constitucionais existentes. As transformações provocadas pela Revolução Digital em relação a nós mesmos, às nossas relações com outros indivíduos e, em última análise, na sociedade em geral, fermentam sob uma abóbada de normas constitucionais moldadas para comunidades “analógicas” (Celeste, 2023, p. 24, tradução nossa).²⁴

Pode-se notar que, a partir das diferentes produções que começam a surgir, há uma inegável *emergência* no constitucionalismo digital dentro da teoria constitucional contemporânea, o que, para alguns, seria a necessidade de uma reação à velocidade dos problemas “digitais” no campo dos valores essenciais, que as respostas hoje existentes, presas ao momento analógico de sua origem, estariam em descompasso:

A emergência do constitucionalismo digital assenta na ideia segundo a qual as plataformas digitais afetam a evolução do constitucionalismo enquanto movimento cujas dinâmicas e efeitos se encontram já sedimentados, mas também pela forma como este deve reagir perante o poder emergente e descontrolado das plataformas digitais implementadas e dirigidas por entes privados (Sousa, 2022, p. 101 e 102).

É oportuno esclarecer, nesse ponto, que os dilemas que serão detalhados ao longo do presente trabalho não implicam em reconhecer que as novas tecnologias

²⁴ No original: “A series of ongoing transformations in contemporary society are challenging existing constitutional law apparatuses. The transformations prompted by the digital revolution in relation to ourselves, our relationships with other individuals, and, ultimately, in the society at large ferment under a vault of constitutional norms shaped for ‘analogue’ communities” (Celeste, 2023, p. 24).

são configuradas apenas como riscos aos valores constitucionais. A vida de hoje, para grande parte do tecido social, é indissociavelmente digitalizada (Tegmark, 2020), e esse cenário tende a se acentuar ao longo do tempo, o que se pode chamar de *colonização digital da vida e dos dados* (Jones, 2014).

Nesse sentido, os mecanismos digitais efetivam direitos fundamentais, a exemplo do que ocorre com a criação de maiores possibilidades educacionais, novos mecanismos de acesso às informações, melhores contextos de vigilância pública para fins de segurança, dentre outros (Celeste, 2023).

Também cooperam para o aprimoramento da máquina pública, conforme importante revolução tecnológica no campo da tecnologia da informação; contribuem para as reformas administrativas, em termos de transparência e celeridade:

Como resultado do desenvolvimento tecnológico, ações privadas e públicas foram amplamente reconfiguradas. Não é espantoso que as Tecnologias de Informação e Comunicação (TICs) tenham, então, induzido novas percepções dos espaços e ações públicas. No Brasil, desde a reforma administrativa da década de 1990, a Administração Pública tem empregado as TICs como forma de consolidação do chamado Governo eletrônico, notadamente em sua rotina burocrática e na promoção/ampliação de acesso à informação (Cristóvam, 2020, p. 210).

A esfera pública é, em outras palavras, redefinida na era digital, em todos os seus termos. A maneira de se comunicar com o indivíduo ganha acesso inovador e revestido de característica única. São exemplos as interações de agentes de poder com a população por intermédio das redes sociais. Isso significa, então, que a digitalização do mundo global reestruturou a própria definição do que é público e o que é privado:

A digitalização do mundo global, veio proceder a um câmbio da esfera pública que, passou para o mundo digital proporcionado pelas plataformas, assumindo estas um papel determinante de *nouvelle* esfera pública digital. Como já vimos, na concepção ampla que preconizamos, as redes sociais e formas de comunicação vulgarmente apelidadas de media sociais são, também elas, plataformas digitais e por isso, é ainda destas que falamos quando nos referimos a meios de comunicação alicerçados na 'constelação digital' (Sousa, 2022, p. 55).

Esse fator demonstra que o problema enfrentado neste trabalho é indissociável de uma natural ambiguidade: todo avanço revolucionário é acompanhado de uma

oportuna releitura de novos riscos²⁵. Não se trata de condenar a Revolução Digital (útil e inevitável), mas, sim, de compreender que, ao lado das alvissareiras novidades, existem interrogações a serem enfrentadas, já que não compreendidas pelas estruturas clássicas. Em outros termos, as tecnologias criaram um conceito natural de ambiguidade, uma vez que, ao tempo em que promoveram importantes e incentiváveis avanços, a revolução trouxe, como efeito de ricochete, novas questões que implicam em importantes desafios para os direitos essenciais. É, segundo Sousa (2022), a ambiguidade dessa era:

Na verdade, se com o poder de permissão que todos tenham voz, as plataformas digitais abriram uma caixa de esperança nos seus utilizadores, rapidamente utilizaram essa esperança em seu proveito próprio, permitindo que os novos populistas e potenciais ditadores sejam, em primeiro lugar, os novos influenciadores digitais (Sousa, 2022, p. 73).

Em sentido análogo, as mídias digitais, notadamente as redes sociais, também promoveram uma aproximação da população em relação ao agente político, muitas vezes criando canais de comunicação direta e, mais importante do que isso, instrumentos de cobrança e fiscalização. Por outro lado, como outra face da mesma moeda, essa lógica também pode reforçar os próprios poderes dos governantes, servindo de instrumento de dominação, ao terem contato direto – sem os filtros legais de controle geral – com os destinatários das mensagens:

As redes sociais que permitiram falar diretamente com os políticos deram simultaneamente aos políticos um canal direto com os seus apoiantes e o público em geral. Portanto, as redes sociais também podem atuar a favor dos poderes constituídos (Hendricks; Vestergaard, 2019, p. 57, tradução nossa).

²⁶

Quer-se pontuar, portanto, que, apesar das grandes vantagens, a Revolução Digital trouxe a necessidade de se adotar postura crítica a respeito do que isso também pode significar como contexto de risco para valores essenciais ao ser humano

²⁵ “[...] há uma constante complexificação da sociedade imposta pela inserção de novas tecnologias. A tecnologia surge para otimizar processos que, em contrapartida, implementam mais complexidade aos sistemas sociais na medida em que trazem também a necessidade de aquisição de competências, inovação e regulação e, por fim, novos problemas ou complexidades a serem reduzidas” (Arrabal; Krepsky, 2021, p. 101).

²⁶No original: “The social media that made it possible to speak directly to the politicians simultaneously gave the politicians a direct channel to their supporters and the general public. Therefore, social media may also act in favor of the powers that be” (Hendricks; Vestergaard, 2019, p. 57).

(Arrabal; Krepsky, 2021), algo que é essencialmente característico, aliás, do movimento constitucional, quando ocorre alguma alteração significativa na sociedade:

Ao olhar para o impacto que a tecnologia digital tem no equilíbrio constitucional através da lente da proteção dos direitos fundamentais, observa-se um cenário paradoxal. Os avanços tecnológicos mostram uma atitude com cara de *Janus* em relação aos direitos fundamentais. Por um lado, a tecnologia digital aumenta, ou mesmo concretiza, a possibilidade de exercer uma ampla gama de direitos fundamentais relacionados com a troca de informações. Hoje, a utilização da tecnologia digital parece tão indispensável ao exercício destes direitos que esta situação levanta mesmo a questão da existência de novos direitos, acessórios aos anteriores, e intrinsecamente relacionados com a era digital: em suma, os direitos digitais, poderiam dizer. Por outro lado, o desenvolvimento das tecnologias digitais aumenta os riscos de violações dos direitos fundamentais (Celeste, 2023, p. 17, tradução nossa).²⁷

Manuel Castells (2022), como um dos autores de referências sobre a revolução da vida digital, acredita nos benefícios de uma sociedade conectada (uma comunidade em rede), o que não significa, naturalmente, uma vida em redes sociais apenas. Trata-se de uma leitura sociológica acerca de um modelo de viver que encontrou, nas tecnologias atuais, a interação comunicativa que pode até mesmo redesenhar (ou reafirmar) as estruturas democráticas. Há, em outras palavras, uma perspectiva de empoderamento do povo sob a perspectiva da capacidade da interação com os atores de poder a partir das redes.

Essa é uma vantagem inegável do mundo amplamente conectado, desprovido das fronteiras físicas na era digital. Mas juntamente com a premissa do avanço, como todo caminhar, novos dilemas surgem. Ao lado dessas promessas positivas radicam, como face da mesma moeda, indagações que a valorização dos direitos essenciais necessariamente terá que assimilar. Esse pensamento mostra que o “constitucionalismo digital”, como uma emergência dessa era tecnológica, é um pensamento crítico (Golia, 2023) sobre os desafios dos direitos essenciais, em um

²⁷No original: “When looking at the impact that digital technology has on the constitutional equilibrium through the lens of the protection of fundamental rights, one can observe a paradoxical scenario. Technological advancements show a Janus-faced attitude in relation to fundamental rights. On the one hand, digital technology enhances, or even concretises, the possibility to exercise a broad range of fundamental rights related to the exchange of information. Today, the use of digital technology seems so indispensable to exercising these rights that this situation even raises the question of the existence of new rights, ancillary to the previous ones, and intrinsically related to the digital age: in brief, digital rights, one could say. On the other hand, the development of digital technologies increases the risks of fundamental rights infringements” (Celeste, 2023, p. 17).

contexto ainda não enfrentado (e cujas projeções ainda são pouco compreendidas, não sendo o objeto deste trabalho a pretensão de seu exaurimento):

[...] para enfrentar os desafios colocados pelas novas tecnologias, o constitucionalismo digital deve abraçar um discurso explicitamente crítico, questionando vários pressupostos da teoria constitucional liberal e centrada no Estado. Ao superar as suas contradições internas, o constitucionalismo digital poderia ser enquadrado como uma teoria constitucional mais ambiciosa para a era digital e como uma oportunidade para um reconhecimento há muito esperado da teoria constitucional consigo mesma (Golia, 2023, p. 30, tradução nossa).²⁸

A revolução experimentada pelo mundo digital afeta a qualidade e a quantidade de informações que são absorvidas. Hendricks e Vestergaard (2019, p. 22) apontam que há uma crise a respeito dos valores das informações na era tecnológica, um contexto que implicará em problemas sensíveis explorados no capítulo seguinte com mais detalhamento. Os autores descrevem que, em termos gerais, há um grande número de pessoas que se recusa a pagar valores (mesmo que baixos) para receber informações de jornais e livros, acreditando que a informação gratuita *online* é suficiente e segura:

A era da informação oferece tanta informação que afogar-se nela ou engasgar-se com ela é um risco. A vasta oferta de informação disponível gratuitamente *online* fez com que o valor da informação caísse vertiginosamente. As pessoas que cresceram com a Internet esperam obter informações gratuitamente e recusam-se a pagar por jornais, livros ou produtos de entretenimento. Poucas pessoas estariam dispostas a caminhar quilômetros para conseguir um livro nos dias de hoje (Hendricks; Vestergaard, 2019, p. 22).²⁹

Esse movimento de dupla feição, de qualidade e quantidade, que também promove disseminação de conhecimento, tem maior evidência a partir do crescimento do emprego da Inteligência Artificial (IA) no cotidiano das pessoas. A tecnologia

²⁸No original: “[...] in order to address the challenges posed by new technologies, digital constitutionalism should embrace an explicitly critical discourse, questioning several assumptions of liberal, state-centred constitutional theory. By overcoming its inner contradictions, digital constitutionalism could be framed as a more ambitious constitutional theory for the digital age and as an opportunity for a long-overdue reckoning of constitutional theory with itself” (Golia, 2023, p. 30).

²⁹No original: “The information age offers so much information that drowning in it, or chocking on it, is the risk. The vast offer of freely available information online has made the value of information drop steeply. People grown up with the Internet expect to get their information for free and refuse to pay for newspapers, books, or entertainment products. Not too many people would be willing to walk for miles to get hold of a book in this day and age” (Hendricks; Vestergaard, 2019, p. 22).

projeta-se de diferentes formas, sendo espécies desse gênero os mecanismos de criação automática de conteúdo (Melo; Andrade, 2022). Tal conjunto, ao mesmo tempo em que efetiva direitos fundamentais e promove inclusões, também traz riscos para tais direitos que o constitucionalismo contemporâneo precisa enfrentar em sentido crítico (um movimento que a Europa, por exemplo, começou a avançar recentemente):

A ampla expansão na utilização de ferramentas de IA não é isenta de riscos e desafios. Além da preocupante questão dos vieses algorítmicos, observam-se situações em que há evidente violação de direitos fundamentais dos cidadãos. Atenta a toda essa problemática, a Comissão Europeia apresentou, no dia 21 de abril deste ano, uma proposta regulatória para a Inteligência Artificial, que recebeu o nome de *Artificial Intelligence Act* (Melo, Andrade, 2022, p. 204).³⁰

A Inteligência Artificial começa a ganhar espaço nas esferas de controle. Um dos casos emblemáticos está na leitura facial, a partir das estruturas de tecnologia, para reconhecimento de foragidos em espaços públicos. Já são frequentes episódios mundo a fora que pessoas, mesmo inseridas em multidões, foram reconhecidas, gerando-se o alerta para abordagem a partir de meios de Inteligência Artificial. Esse avanço – que também levanta questões importantes sobre o tamanho do controle do Estado se essa tecnologia não for regulamentada – não implica em um modelo de perfeição, indene a erros e problemas.

Cite-se o recente caso de uma mulher de 31 anos que estava em uma micareta na cidade de Aracajú, quando foi associada equivocadamente como uma foragida criminal pelo mecanismo de Inteligência Artificial (Santiago, 2023). Foram duas abordagens distintas, em curto intervalo de tempo. Na abordagem final dentre outros constrangimentos, urinou nas próprias roupas em razão do estresse sofrido. O mecanismo de Inteligência Artificial falhou na leitura (Santiago, 2023).

A Inteligência Artificial, nesse ponto, talvez seja um dos principais pontos de indicação da revolução que o constitucionalismo tem sofrido. Trata-se, em realidade, de uma formulação tecnológica capaz de proporcionar um conjunto de desafios novos para o constitucionalismo tradicional.

³⁰ Proposta aprovada preliminarmente em 14 de junho de 2023.

Kai-Fu-Lee (2019, p 129-160) desenvolve a ideia de Inteligência Artificial a partir de quatro ondas. Em seu livro, como exemplo da revolução, aponta um vídeo em que então presidente dos EUA, Donald Trump, se comunica de modo fluente em chinês, ainda que saiba não ser essa a sua língua materna. A empresa responsável pela alteração da linguagem (Lee, 2019, p. 130) é a *iFlyTech*, líder em alteração de linguagem, segundo o anúncio de seu próprio site. Não se propõe, conforme divulgação, à criação de informação falsas, mas à capacidade de intercâmbio de linguagens de discursos a partir do emprego de Inteligência Artificial.

A Inteligência Artificial, um marco para as questões dos direitos fundamentais na era do constitucionalismo digital, se desenvolveu, segundo Lee, a partir de algumas “ondas”. A primeira onda (Lee, 2019, p.132) seria a Internet. A segunda onda, seguindo o fluxo tecnológico, radica na ideia de que a Inteligência Artificial se desenvolve como mecanismo negocial (Lee, 2019, p. 136). A Terceira onda, por sua vez, apresenta indagações a respeito da capacidade de a Inteligência Artificial produzir percepções (o que redundará na produção de *insights*). Chega-se, enfim, à quarta e contemporânea onda, em que a Inteligência Artificial assume caráter criativo, sendo exemplos as produções generativas como a reprodução artificial de voz e de conteúdo (Lee, 2019, p. 157).

Avançando, ainda no contexto do desenho da necessidade de uma nova leitura crítica dos direitos essenciais, Huk Yui (2020), em um pensamento crítico acerca do modelo de sociedade atual (que justifica as novas formulações do constitucionalismo), propõe a criação do termo *cosmotécnica*, um contraponto contemporâneo à *cosmologia*, em que haveria a unificação da técnica e da moral em uma universalidade a partir dos instrumentos tecnológicos (Yui, 2020, p. 39). Outra contribuição do autor está na proposta de indagação, não necessariamente conclusiva, de que a evolução das máquinas – e das formulações por elas “solucionadas” - implicaria no fim dos movimentos iluministas (Yui, 2029, p. 75). Neste sentido, o autor refere que “[...] a eficiência é um fator muito importante na inovação tecnológica, mas precisa ser medida de acordo com uma visão de longo prazo, e não com base em lucros imediatos” (Yui, 2020, p. 93).

Esse cenário novo, como adverte parte da doutrina, não significa criar um “novo” constitucionalismo, como marco histórico que teria rompido, a exemplo do que ocorreu com as revoluções liberais, com os pressupostos tradicionais desse

movimento. Em realidade, o constitucionalismo digital é uma classificação, ao menos em sentido majoritário, que estuda dilemas contemporâneos que a era digital propõe para a tutela dos valores mais caros ao constitucionalismo; no entanto, esse movimento não tem por intenção recriar aquilo que o constitucionalismo já criou, ou seja, não é, por exemplo, uma desconsideração dos princípios constitucionais consolidados. Sobre o tema:

O constitucionalismo digital não defende uma *tabula rasa* dos nossos valores constitucionais fundamentais. Pelo contrário, está profundamente enraizado nestes princípios fundamentais. O constitucionalismo digital defende a sua tradução no contexto da sociedade digital (Celeste, 2023, p. 87, tradução nossa).³¹

Essa emergência é de dupla semântica: a primeira no sentido de *urgência* em se obter respostas para problemas que a tutela dos direitos fundamentais tem encontrado nas relações digitais (que assumem, como se verá, o caráter de relações que já se confundem e se traduzem na realidade da intersubjetividade); em segundo lugar, como tema que *emerge* a partir de um recorte ontológico que o constitucionalismo não experimentou até os dias atuais.

As razões dessa polissêmica “emergência” serão externadas, pela extensão que carregam, em tópicos próprios, começando-se no capítulo seguinte por um estudo sobre as redes sociais e, na sequência, uma tentativa de compreensão sociológica sobre o tecido social em uma era de emergência (que absorve os riscos dessa era digital).

³¹No original: “Digital constitutionalism does not advocate a *tabula rasa* of our core constitutional values. On the contrary, it is deeply rooted in these foundational principles. Digital constitutionalism champions their translation in the context of the digital society” (Celeste, 2023, p. 87).

2 MUNDO DIGITAL E O OXÍMORO DA ALTERIDADE: UM DESAFIO DO CONSTITUCIONALISMO DIGITAL

Considerando o amplo âmbito de problemas que o constitucionalismo digital propõe, o presente capítulo aponta um problema que é, na verdade, uma espécie da amplitude das inquietudes: foca-se nas redes sociais, a partir de uma nova leitura das relações intersubjetivas realizadas em tais ambientes.

A interação entre pessoas, no ambiente tecnológico, representa um modelo de vivência diferente, particular dessa era, demandando compreensões sobre as vantagens e perigos que essas estruturas promovem de modo específico. Há, inclusive, a necessidade de uma discussão sobre uma reconstrução ética das relações, já que os modelos de outrora possivelmente não contemplam as particularidades dessa vivência relacional revestida de características muito únicas.

Buscando-se o conceito de alteridade de Lévinas, demonstrou-se, por exemplo, que a arquitetura das redes de interação social pode construir terreno propício para novas lesões aos direitos fundamentais, cujas questões os modelos tradicionais de tutela não lidaram. Esse capítulo é tópico, portanto, indispensável para a construção do problema ligado à possível crise da jurisdição constitucional em tempos digitais (o que terá lugar em um capítulo próprio desta tese).

2.1 A NOÇÃO DE ALTERIDADE NO “ROSTO DO OUTRO”. O DESENHO DE JUSTIÇA DE LÉVINAS.

As máculas humanitárias do século passado conduziram a um redesenho do pensamento sobre as relações intersubjetivas, destacando-se a necessidade da inclusão do *outro* como finalidade de uma conduta individual (Santin; David, 2010). Conforme leciona Carlos Eduardo Nicoletti Camilo (2016), em razão da “crise da humanidade no limiar do século XXI”, embebida de legados de um século sangrento, surge espaço para uma requalificação dos valores da humanidade (Camilo, 2016).

É oportuno registrar que essa crise de alteridade vivenciada não foi um fenômeno restrito à Europa (notadamente as grandes guerras). A crise de

humanidade, em diferentes medidas evidentemente, sem pretensão de equiparação, também se manifestou no Brasil e em outros países, incluindo-se os já conhecidos episódios no curso do golpe militar de 1964.

A desumanização, nesse aspecto, é a antítese do pensamento de Lévinas. Para ele o acolhimento do *outro* é a resposta para os caminhos da justiça (1998), cuja tarefa se dá em nível assimétrico (Lévinas, 1980, p. 164). Abdica-se do *Eu* ao se visualizar o *rostro do Outro*. Nesse aspecto, eis breves considerações sobre o desenho da justiça pela noção de alteridade que aqui foi adotada:

Como não estamos sós no contexto de nossas vidas, além do *Outro*, que se apresenta pela significação do *Rosto*, há muitos *Outros*, que assim poderíamos conceber como *terceiros*, decorrendo daí o imperativo da ordem de justiça, que deverá reger os limites da responsabilidade do *Eu* para com o *Outro*, para com o *terceiro* e assim por diante. Nessa ordem de ideais, um sistema jurídico complexo constituído de relações humanas e em meio a tantos *Rostos*, deverá privilegiar incondicionalmente a alteridade, mediante a integral e assimétrica responsabilidade do *Eu* para com o *Outro* e para com o *Terceiro* (CAMILO, 2016, p. 106).

Cumprе esclarecer que Lévinas não defendeu que o *Eu* é desimportante na construção dos valores de humanidade (Lévinas, 1998). A interioridade (e a própria intersubjetividade como personalidade), na sua projeção do individual, faz parte da estrutura dos valores dessa nova alteridade. Mas isso se dá no contexto da convivência desse *Eu* que vê no *Rosto do Outro* o fundamento do seu agir, desprovido de qualquer interesse (Lévinas, 1980):

A categoria fundamental do pensamento levinasiano, em uma abordagem que pretenda levar em consideração seus elementos constitutivos mais fundamentais e definidores, é 'alteridade'; não se compreende o pensamento de Levinas sem a presença, constante, explícita ou implícita, dessa categoria no conjunto de sua vasta obra, não apenas filosófica. Mas 'alteridade', em sentido levinasiano, não é uma categoria lógica como outra qualquer, que se prestasse meramente a articulações intelectuais, mas uma incômoda presença a mim [...] (Souza, 2022, p. 79).

Byung-Chul Han (2020), ao esclarecer que tal modo de conduta não retira a essência dos valores individuais, aborda o tema da seguinte maneira: “a revelação do outro não estremece a interioridade da casa e do *eu*. Para que o outro possa aparecer, a interioridade não pode, todavia, ser inteiramente fechada” (Han, 2020, p. 230).

Tamanha é a importância da alteridade na atualidade, como critério de correção dos desvios passados, que diferentes autores chegam a propor que a noção de ética e de justiça são, na projeção hodierna, indissociáveis, cada qual à sua maneira, aos domínios que a alteridade propõe.

O *Outro* é o fundamento de todos esses ramos, que se comunicam permanentemente. No aspecto do poder judiciário, por exemplo, autores como Leonardo Goulart Pimenta, em trabalho publicado em 2010, sugerem que o magistrado contemporâneo não deve ser formado com base nos parâmetros de qualidade puramente técnica do Direito. Tais parâmetros são evidentemente essenciais, mas não suficientes. Como a ética é um conceito ligado de forma indissociável ao comportamento humano, sua compreensão, doravante, resvala na própria *definição* de Direito atualmente (Pimenta, 2010).

Mas se toda a estrutura da alteridade está no rosto do Outro, é possível concluir que as redes sociais, que olham para o prazer do *eu*, ocultam o Outro por meio de maquiagens digitais. Assim, criam espaços que, se mal utilizados, são bastante propícios para a não alteridade. Em outras palavras, as redes sociais – que podem produzir boas coisas – também permitem, como um contraponto oculto, terreno fértil para a antítese da alteridade. Isso é um reflexo, em sentido geral, do mundo tecnológico de multitarefa que Han (2019) aponta como uma possível crise de individualismo:

O cansaço da sociedade do desempenho é um cansaço solitário, que atua individualizando e isolando os sujeitos. Constitui violência por destruir qualquer comunidade, qualquer elemento comum, qualquer proximidade, inclusive a própria linguagem (Han, 2019, p. 15).

Para se chegar à tal conclusão, todavia, é oportuno compreender, ainda que brevemente, a estrutura das redes, partindo-se de uma perspectiva conceitual. Para isso, é oportuno separar, para fins didáticos, os conceitos de mídias sociais (um gênero), da noção – ainda que correlata – de uma de suas espécies: as redes sociais. As mídias sociais, por vezes, são tratadas como sinônimo de redes sociais, não sendo esta, no entanto, a opção do presente trabalho, que se filiou ao conceito de que as mídias, em termos conceituais, representam todos os mecanismos de transmissão e compartilhamento de informações pelo uso dos sistemas virtuais; enquanto que as

redes sociais, por outro lado, focam na interação subjetiva entre pessoas em tais ambientes. A respeito da recorrente associação desses conceitos, Piccelli (2022) afirma:

[...] o cenário da comunicação contemporânea está marcado pelo aparecimento de uma miríade de veículos denominados genericamente como *mídias sociais*, uma expressão abrangente que, à primeira vista, confunde-se com outras correlatadas, como *rede social*, ou *microblog* (Piccelli, 2022, p. 96, grifos do autor).

Segundo Marli Galdino (2019), que faz uma análise a partir do pensamento de Bordieu³², as redes sociais são marcadas pela estrutura social que não se limita às pessoas (já que envolvem interesses de instituições e outros grupos), mesmo que haja a pretensão da busca, utópica que seja, de um valor comum:

A definição de rede sociais é de “uma estrutura social composta por pessoas, instituições ou grupos, conectadas por um ou vários tipos de relações, que compartilham valores e objetivos comuns”. A mesma caracterização pode se aplicar à rede social digital e, em ambas, identifica-se o surgimento de uma “sociedade midiática” (Galdino, 2019, p. 271).

A citada autora ainda detalha como funcionam os sujeitos de uma rede social atual: “[...] a rede social é composta por três elementos básicos: atores (pessoas) ou instituições ou grupos, conexões (vínculos) e fluxos de informação (unidirecional ou bidimensional)” (Galdino, 2019, p. 267-281).

Ricardo Timm de Souza (2022), no caminho de sua pesquisa sobre as relações humanas, apresenta uma leitura contemporânea sobre a alteridade nas relações intersubjetivas, indicando uma crise sem precedentes acerca de sua concepção, experimentada em uma era em que o significado humano passa a ser pouco definido por conta das grandes revoluções (por que não dizer a Revolução Digital, por exemplo):

O problema, neste início de século, parece ser exatamente uma urgentíssima reconsideração radical do humano, da vida, do mundo, a partir da alteridade

³² “Bourdieu organiza sua reflexão numa estrutura textual que examina: 1) “os sistemas simbólicos como estruturas estruturantes” (a arte, a religião, a língua etc.), ou citada, algumas vezes, como *modus operandi*; 2) “os sistemas simbólicos como estruturas estruturadas ou *opus operatum*, passíveis de uma análise estrutural”; 3) “as produções simbólicas como instrumentos de dominação”; e 4) “os sistemas ideológicos que os especialistas produzem para a luta pelo monopólio da produção ideológica legítima” (Galdino, 2019, p. 267-281).

desde onde significam, onde se evitem os desvios idealistas ou outro teor e outras megaconstruções totalizantes, que nada mais fazem do que levantar contínuas cortinas de fumaça sobre as questões reais, enviando-as para dimensões de meros jogos de conceitos intelectualmente bem-acabados que, como bem tem ensinado a história, são bem mais flexíveis do que gostariam de crer seus autores (Souza, 2022, p. 19).

Como se vê, o traço marcante das redes sociais³³ na Internet é sua engenharia de mídia, de forma que as interações supostamente “humanas” são, na realidade, intermediadas ou até mesmo projetadas por mecanismos digitais e algoritmos que constantemente direcionam o usuário para o consumo de determinados conteúdos previamente selecionados.

Isso mostra que a experiência, dentro da rede social, é necessariamente diferente de uma pessoa para outra (cada sujeito tem um desenho de conteúdo próprio) e inegavelmente distante de uma interação humana, sem a intermediação das estruturas digitais. Essas constatações demonstram, então, que a rede social não se trata de um ambiente completamente livre, no sentido ontológico, já que há elementos que controlam, mesmo que em pequena parte, os domínios da escolha de cada pessoa. Nesse sentido, eis interessante reflexão que conclui que os algoritmos são incapazes de compreender a plenitude das relações humanas:

A maior limitação dos algoritmos utilizados hoje pelo Google, *Facebook* e *Twitter* é que eles não entendem devidamente o significado da informação que estamos compartilhando uns com os outros. É por isso que continuam a ser enganados pelo site CCTV Simon, que contém textos originais, gramaticalmente corretos, mas, no fim das contas, inúteis (Sumpter, 2018, p. 191).

De forma bastante didática, indicando que não existe uma vida realmente “compartilhada nas redes sociais”, mas uma projeção individualizada de conteúdo a partir da engenharia do ambiente, são pertinentes as seguintes lições de Piccelli (2022):

³³ “A análise de redes sociais surgiu como uma técnica chave na sociologia moderna. O conceito surgiu na sociologia e na antropologia social. No final do século XX, o termo passou a ser olhado como um novo paradigma das ciências sociais, vindo a ser aplicado e desenvolvido no âmbito de disciplinas tão diversas como a antropologia, a biologia, os estudos de comunicação, a economia, a geografia, as ciências da informação, a psicologia social, a sociolinguística e, sobretudo, no serviço social” (Galdino, 2019, p. 267-281).

[...] o advento das mídias sociais intensifica a personalização do conteúdo exibido ao usuário, de modo a criar experiências e grades completamente distintas de um indivíduo para o outro a partir dos vários fatores já mencionados e tantos outros aos quais nem sequer se tem acesso (Piccelli, 2022, p. 103).

Apesar dessa incapacidade de conexão real, as redes sociais representam a fonte central para que as estruturas de poder minerem e consigam o uso de dados para infindáveis fins, desde compreensões importantes a respeito da melhor distribuição das políticas públicas, até mesmo para o controle de grupos ou pessoas (nem sempre de acordo com os valores constitucionais de privacidade). Há aspectos positivos e negativos a serem extraídos dessa interação, mediada por algoritmos nas redes sociais.

Observando o sentido técnico da estrutura dos algoritmos (para além de seus dilemas jurídicos), Cathy O'neil, doutora em matemática pela Universidade de Harvard e pós doutora pelo Massachusetts Institute of Technology (MIT), adverte sobre a necessidade de compreensão sobre os riscos que esses mecanismos digitais podem gerar, quando mal utilizados. Em sua obra “algoritmos de destruição em massa” (2020), alerta, por exemplo, acerca da capacidade da dominação (em especial de minorias) que as instituições de poder passam a deter com os dados das pessoas e com o uso ilimitado de algoritmos. Como elemento particular dessa reflexão, os algoritmos, como adverte O'neil (2020), possuem uma particular capacidade de gerar compreensões para campos além daqueles para os quais foram inicialmente criados. Isso significa que tais mecanismos, muitas vezes, absorvem informações em campos cujo emprego parece inocente, mas que contribuem com *insights* aproveitados para outros setores (alguns bons; outros, nem tanto):

E aqui vai mais uma coisa a respeito de algoritmos: eles podem pular de uma área a outra, e muitas vezes o fazem. Pesquisa em epidemiologia pode gerar compreensões para a previsão de bilheteria; filtros de spam estão reorganizados para identificar o vírus da AIDS (O'Neil, 2020, p. 50).

Enfim, essas características atestam a possibilidade, mesmo como hipótese, de que a alteridade não é *necessariamente* corresponde a um pressuposto da atuação dos sujeitos dessa relação mediada por não humanos. Como adverte a doutrina, “[...] algoritmos são criados para propósitos que, na maioria das vezes, estão longe de serem neutros” (Machado, 2018, p. 49). Certamente, há propósitos que regem as

redes que se sobressaem à alteridade: o dinheiro, a política, o controle, dentre outros. David Sumpter (2018), em obra específica nominada “Dominado pelos números”, sugere a expressão “alquimistas digitais” como definição para as pessoas que, de algum modo, usam e mineram os dados de usuários para fins comerciais, transformando essas informações em riqueza. O autor refere que “[...] na verdade, não é o algoritmo que é perspicaz. A inteligência vem dos alquimistas, que estão agrupando os dados de acordo com seus próprios entendimentos sobre seus clientes” (Sumpter, 2018, p. 85, tradução nossa).³⁴

Esses dados, aliás, não estão apenas nas redes tradicionais, vistas em sentido abstrato, de maneira que os *hardwares*, estruturas físicas que são e que permitem maior conexão, possuem papel nesse diagnóstico.

Dispositivos como *apple watch* são mecanismos de rastreamento aprimorados na atualidade. Mas, no passado, outros semelhantes, mesmo que desprovidos da mesma capacidade, já existiram com tentativa análoga.

O problema atual é que não se trata de um rastreamento individual, no sentido de ser privado. Embora tais dispositivos criem bons avanços, como a identificação corporal para fins de saúde, eles não se encerram aí. Há problemas mais profundos acerca dos dados rastreados, não necessariamente assimilados pelos usuários (Fors; Pink; Berg; O’Delli, 2020). Trata-se, evidentemente, de instrumento que, se bem-utilizado, traz benefícios ao usuário, mas há, segundo os autores mencionados, uma crise de consciência a respeito da quantidade e extensão de dados que os *gadgets* mineram.

Dentre os riscos promovidos pelos ambientes digitais, não estão apenas aqueles derivados intencionalmente das próprias estruturas criadas. Há, ainda, questões de segurança de privacidade, ligadas à cooptação de informações por agentes externos, criando problemas sensíveis para direitos fundamentais (como a honra e a privacidade). Nesse ponto, insere-se a preocupação sobre a demanda pela

³⁴ No original: “With data collection, online media and businesses have taken things a step further than earlier attention merchants. Not only do they sell the audience’s attention; the collected information is used to target ads for each individual user so that the ads hits home pertaining to user needs, interests, and stances” (Hendricks; Vestergaard, 2019, p. 33).

criação de uma ética e uma cultura adequada de uso desses ambientes que carregam riscos para alguns valores constitucionais.

Em termos ilustrativos, essa ultravigilância de dados que a era tecnológica promove seria, segundo Lyon e Bauman (2013, p. 55), um modelo atualizado da crítica que Foucault (2010) fez. Há olhos digitais em todos os cantos, traduzindo-se em um desenho potencializado do panóptico (Figura 5). Segundo os autores, em expressão literal da obra, seria o modelo “*pós-panóptico* da vida digital”.

Há notícias que indicam ganhos milionários na *deep web*, obtidos por criminosos por meio da comercialização de dados cooptados em ambientes de relações virtuais, a exemplo de um lucro noticiado de aproximadamente R\$ 88 milhões (Gonsalves, 2022). Há casos de aumentos de golpes eletrônicos, causados a partir de dados extraídos das redes (Otávio, 2022). No mesmo sentido, recentemente o Facebook sofreu condenação no Poder Judiciário brasileiro pelo vazamento, por meio de invasão, de milhões de usuários (dentre eles, oito milhões de brasileiros que podem mover execuções individuais) (Maia, 2023).

2.2 REDES SOCIAIS COMO AMBIENTE PROPÍCIO PARA A NÃO ALTERIDADE: A INEXISTÊNCIA DO ROSTO DO OUTRO

Tomando-se por partida a clássica obra “A história da feiura”, de Umberto Eco, destaca-se uma de suas conclusões no sentido de que a definição do “feio”, ao longo do tempo, não foi uma questão estritamente ligada à estética. Em realidade, atribuir a repulsa a uma ou à outra imagem pessoal foi – e continua sendo – importante instrumento de atuação política e também um eficaz plano de combate (Eco, 2007). Para fins de exemplificação, Eco usa de diferentes imagens e obras de arte (Figuras 3 e 4) para ilustrar como essa premissa se comprovou ao longo do tempo.

Segundo o autor italiano, uma das estratégias de maior sucesso é tornar aquele que se entende por “inimigo” como “feio” (Eco, 2007, p. 25); uma alegoria de linguagem para indicar diferentes maneiras de gerar agressão a partir da destruição do Outro, de Lévinas, por uso de imagens, vídeos e outras manifestações, muitas vezes falsos. Logo se demonstrará, a partir dessa premissa, como as redes sociais

catalisaram essa constatação. Os tempos correntes, ao seu próprio modo, confirmam a conclusão histórica, vivendo-se em um ambiente.

As redes sociais, por conta de sua velocidade, ao não ver o *Rosto* do outro, permitem o mau uso, baseado na ridicularização da imagem alheia, notadamente daqueles que fazem parte de grupos ideologicamente opostos. Aqui, nasce a reflexão de que uma postagem supostamente neutra tem, por trás, elementos estratégicos que nem sempre são percebidos pelo próprio usuário.

A sátira, a crítica e o humor são, inegavelmente, manifestações de liberdade e valores que as sociedades democráticas contemporâneas devem proteger como consectário da liberdade de expressão, da crítica e da imprensa (Alves; Franco, 2021). A sátira que propõe a reflexão e o debate das ideias, que expõe as falhas de um ou outro comportamento público, não se confundem, no entanto, com a destruição da imagem alheia por propósitos apenas agressivos, nascidos nos porões mais ocultos do preconceito quanto ao outro (mesmo na forma do outro pensar), notadamente daqueles que não compartilham das ideologias de cada um.

Ao se naturalizar como “divertido” ou “engraçado” ver a exposição exclusivamente difamatória dos atributos da personalidade do rival, entendido como aquele que não faz parte das limitadíssimas esferas das concordâncias pessoais de cada pessoa, o agente promotor dessa divulgação agressora negocia parte da importância que um sistema deve ou não dar à proteção de certos valores e liberdades, caros a todos indistintamente. Promove-se uma mitigação da importância de direitos essenciais em nome de uma esfera limitada de visão de mundo.

Há situações, como algumas postadas nas redes sociais, em que se produz a violência gratuita que busca, tão somente, a humilhação pública, desprovida de qualquer razão emancipatória dos debates. Por vezes, um ou outro “meme”, mais precisamente aquele que nada gera além da execração de outrem, é rapidamente transmitido nas redes de comunicação instantânea, escondendo razões estratégicas que tangenciam, em alguma medida, questões do próprio controle do jogo democrático e do enfraquecimento dos limites de algumas liberdades humanas essenciais (Marichal, 2016). A influência das redes no jogo democrático, não por outra razão, é tema atual de diferentes pesquisas e diferentes obras, muitas delas apresentadas ao longo deste texto.

A banalização de um comportamento inadequado é um paradoxo de tolerância. Naturalizar, por exemplo, como admissível a exposição difamatória de uma mulher pública, por questões políticas, colocando-a em posições sexuais em adesivos de veículo, não se traduz em debate de ideias. Configura-se apenas agressão gratuita e medida que entende que o debate político permitiria a transposição de fronteiras de dignidade. Comportamento dessa natureza, naturalmente, faz um ataque deliberado à noção jurídica de que certos elementos da personalidade do meu “inimigo” são negociáveis na “privilegiada” visão do mundo do agressor.

Nas redes sociais, a projeção dessa lesão é ampliada, e a “tolerância”, sob a falsa carcaça do debate, normaliza a agressão aos valores que outrora eram inegociáveis em uma sociedade democrática. Um homem, por exemplo, que expõe a intimidade sexual de uma mulher por quem se têm desavenças (*revenge porn*), nutre parte dessa falência moral (e jurídica) das contribuições de ambientes que normalizam certos comportamentos. Em relação ao específico problema da pornografia de vingança, há o interessante estudo de Sergipe (2022) que aponta como as redes sociais – em especial, os grupos de compartilhamento – criam um problema maior nesse tema, não havendo suficiência das respostas legislativas atuais:

Apesar desse respaldo legislativo, não são suficientes para intimidar a prática criminosa. Os casos envolvendo a divulgação não autorizada de imagem íntima são dos mais variados, pois pode haver vários agentes que participaram desse ciclo de transmissão (seja pela própria pessoa que divulgou, seja por quem replicou o conteúdo), pelos mais variados motivos (vingança, extorsão mediante pagamento ou a obtenção de uma chantagem sexual etc.), bem como diversas formas de divulgação (por meio de e-mail institucional, de redes sociais, grupos no WhatsApp etc.). Um fator que facilita à disseminação desses materiais íntimos são os grupos (*WhatsApp*, *Facebook* ou *Telegram*, por exemplo), posto que as imagens íntimas não autorizadas são replicadas pelos outros integrantes (Sergipe, 2022).

A partir desses e de outros exemplos, vale destacar que o “ódio” se tem potencializado nas redes sociais (Alves; Franco, 2021). Seu discurso ganha reverberação que nunca antes foi visto. Por isso, algumas breves digressões sobre o caráter jurídico ou antijurídico do discurso de ódio são oportunas para fins deste trabalho.

O discurso de ódio, no sentido sociológico, não é novidade dos novos tempos, já que é a materialização, em parte, de um sentimento humano (o que, de qualquer

modo, não atribui a esse sentimento legitimidade). Contudo, a pós-modernidade tem catalisado a importância de tal conceito, notadamente ante a revolução virtual e tecnológica que permite, mais do que nunca, a disseminação imediata das expressões. Como categoria jurídica, em realidade, “[...] o fenômeno passou a ser debatido apenas em período mais recente, em especial por meio de decisões que procuraram visualizar excessos do direito de manifestação do pensamento” (Altoé, 2017, p. 232).

Conforme ensina André Glucksmann (2007), filósofo francês que se debruçou na questão do discurso de ódio, algumas características (que o autor chama de sete flores, por representar o nascimento do fenômeno) podem ser utilizadas para entender o que, de fato, é o discurso de ódio (ALTOÉ, 2017).

De acordo com o aludido filósofo, as “sete flores” compreendem: a) o ódio existe, e isso não pode ser negado; b) o ódio, por vezes, camufla-se dentro do argumento de ternura (a promessa do bem); c) é insaciável e, ao escolher o que adora ou abomina, irá às últimas consequências para conseguir o que quer; d) o ódio promete o paraíso (como figura de linguagem), justificando grandes recompensas pela conduta levada a efeito contra o odiado; e) o ódio deseja ser criador, já que invoca para si mesmo os motivos da sabedoria e do destino das pessoas; f) o ódio ama até a morte, se ela for necessária aos seus interesses; e g) o ódio nutre-se da devoração (aquele que age pelo ódio busca a própria salvação e satisfação e não a de outrem) (Glucksmann, 2007).

O discurso de ódio, no contexto das redes sociais, quando aliado ao ambiente de *fake news*, tem promovido episódios³⁵ preocupantes de agressão. Na Europa, o discurso de ódio é um conceito de ilicitude, não se confundindo com a liberdade de expressão (Altoé, 2017). A Corte Europeia de Direitos Humanos concluiu que o

³⁵ Exemplos:

1) Rossi, Mariani. Mulher espancada após boatos em rede social morre em Guarujá, SP. G1, 2014. Disponível em:

<<http://g1.globo.com/sp/santos-regiao/noticia/2014/05/mulher-espancada-apos-boatos-em-rede-social-morre-em-guaruja-sp.html>> Acesso em: 21 nov. 2021.

2) Martínez, Marcos. Como as 'fake news' no WhatsApp levaram um povoado a linchar e queimar dois homens inocentes. BBC NEWS BRASIL, 2014. Disponível em: <<https://www.google.com/amp/s/www.bbc.com/portuguese/salasocial-46206104.amp>> Acesso em: 21 nov. 2021.

3) Sperb, Paula. Após Fake News, pai de santo recebe mais de 200 ameaças de morte no RS. Veja, 2018. Disponível em: <https://www.google.com/amp/s/veja.abril.com.br/blog/rio-grande-do-sul/apos-fake-news-pai-de-santo-recebe-mais-de-200-ameacas-de-morte/amp/> Acesso em: 21 nov. 2021.

discurso de ódio é contrário aos valores da Convenção Europeia de Direitos Humanos, sendo classificado como ato ilícito na forma de abuso de direito, de modo a não merecer a proteção dada à liberdade de expressão (Strasbourg, 1950).

No Brasil, o tratamento é semelhante. O Supremo Tribunal Federal já delineou a categoria ilícita do discurso de ódio em diferentes julgados, sendo o mais famoso deles o Habeas Corpus nº 82.424-21 (BRASIL, 2003), que reconheceu a ilicitude da publicação de obras antissemitas, no famoso caso “Ellwanger”. O caso baseou-se na publicação de livros que negavam, em essência, a existência do holocausto, tendo em alguns dos títulos o uso de tom inadequado, tal qual a obra “acabou o gás” (uma infeliz referência às câmaras de gás utilizadas nos campos de extermínio).

O autor das obras, condenado criminalmente, recorreu ao STF, instigando o controle difuso de constitucionalidade sobre a matéria. Na decisão plenária, a corte assentou que a liberdade de expressão encontra, em democracias, limitações morais e jurídicas, não compreendendo o direito de agredir:

As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o "direito à incitação ao racismo", dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica (Brasil, 2003).

No entanto, apesar da importância histórica desse julgado, é salutar reconhecer que a corte avançou recentemente para afirmações ainda mais categóricas sobre o discurso de ódio ser proibido e, por isso, uma contradição lógica com a ideia de ser um direito. Em obra recente, que compila julgados importantes da corte, há afirmação conclusiva sobre o seu posicionamento a respeito especificamente do discurso de ódio, citando-se decisão de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes:

A liberdade de expressão existe para a manifestação de opiniões contrárias, jocosas, satíricas e até mesmo errôneas, mas não para opiniões criminosas, discurso de ódio ou atentados contra o Estado Democrático de Direito e a democracia (Brasil, 2023, p. 16).

Cita-se, na mesma linha de outras considerações anteriormente apresentadas, as lições de Vinicius Guarnieri Sala (2021), que bem explora a posição do Tribunal de

Estrasburgo sobre a matéria, demonstrando-se como o plano europeu igualmente condena o discurso de ódio como categoria ilícita, não podendo ser confundido com a liberdade de expressão:

Nesse sentido, o Tribunal de Estrasburgo já ofereceu um caminho mais realista ao interpretar o Artigo 10 da Convenção Europeia de Direitos Humanos. Na visão da Corte, a Liberdade de Expressão está sujeita a deveres e a responsabilidades. Tais deveres e responsabilidades são os fatores determinantes para diferenciar o que é discurso ofensivo daquilo que é liberdade de expressão. Na opinião da Corte, o pluralismo, a tolerância e o pensamento aberto são as marcas de uma sociedade democrática, no entanto, quando o comentário vai além de uma opinião ou de uma discussão provocativa é legítima a intervenção estatal para evitar a propagação de uma mensagem ofensiva, perpetrada pela ausência da observância do dever de responsabilidade no exercício da liberdade de expressão (Sala, 2021, p.15).

A alteridade, nos tempos atuais, talvez tenha no discurso de ódio, nas redes sociais, a sua maior ameaça. Dele, nascem diferentes aspectos: agressões à honra, cometimento de violência física, disseminação de mentiras, dentre outros. O Outro, de Lévinas, é facilmente pulverizado nos ambientes virtuais. Para muitos, esse é o atrativo de uma rede social: a facilidade de se desconectar de pessoas que pensem de forma distinta do *eu*.

Enfim, rememorando um dos capítulos da obra “O pensamento e o outro do pensamento: a questão da alteridade em configurações contemporâneas”, Ricardo Timm de Souza (2022) apresenta um tópico nominado “para além da tirania do tempo maciço”, em que aponta, dentre outras contribuições, a crise de identidade da humanidade, absorvida por detentores de pretensões de definição das novas realidades. O tema, embora não expressamente ligado ao contexto da era digital, contribui significativamente para a leitura de uma redefinição das balizas da alteridade em uma era em que a detenção das estruturas de poder influencia as relações pessoais ou, mais do que isso, tenham a pretensão de as definir em termos de conteúdo:

[...] a todos esses jogos, a desinstalação referencial do conceito de verdade leva à necessidade de que se compreenda que algo como “verdade”, nesse contexto, perdeu toda sua condição de sacralidade em oposição a uma determinada “falsidade” meramente concebível; “verdade” só pode ser concebida como verdadeiro exercício de responsabilidade, ou seja, de comunicação verdadeira – e “falsidade” é, inclusive, a mais grandiosa “verdade” que permanece simplesmente encapsulada em si mesma” (Souza, 2022, p. 2019).

Avançando, Byung-Chul Han, em acréscimo, buscando explicar a razão da atualidade implicar na crise de alguns valores de antes, indica, em sua leitura sociológica, que os tempos correntes são “de crise de alteridade” (2019, p. 20), derivada do que entende ser um tecido social inserido em um extremo “cansaço”, marcado pela velocidade³⁶ e pelas demandas múltiplas atuais. A alteridade está ameaçada, em seu sentido, por uma vivência sociológica exaustiva (catalisada, dentre outras coisas, pela ultrainformação de um modelo de viver virtual que exige velocidade, desempenho e interações verdadeiras): “Hoje a sociedade está entrando cada vez mais numa constelação que se afasta totalmente do esquema de organização e de defesa imunológicas. Caracteriza-se pelo desaparecimento da alteridade e da estranheza” (Han, 2019, p. 2).

As redes sociais claramente possuem relação com a sugestão feita por Byung-Chul Han (2019). São fontes desse cansaço que acomete a sociedade em geral, já que produzem *insights* permanentes em termos exagerados, com bombardeio de conteúdos individualizados, reforçadores apenas pela esfera de mundo do usuário, com a sugestão de demandas (inclusive emocionais, conforme emergência de um mercado, nessas mídias, de *coachs* sobre vários assuntos existenciais).

Não se ignora o fato de que os mecanismos virtuais empregados nas redes sociais, incluindo algumas aplicações práticas da Inteligência Artificial, possuem feições positivas (Melo; Andrade, 2002). Essa é a resposta que as redes fornecem: tudo na vida implica em lados bons e ruins. Se não bastasse, as próprias *big techs* explicam que a Inteligência Artificial, por exemplo, tem sido uma aliada no combate ao preconceito, ao racismo e a outras formas de agressão. Mas isso, em realidade, traduz-se em resposta interna e meramente parcial aos dilemas criados pelo próprio ambiente. Grandes empresas, como o Facebook, indicam que, em seu espaço de “convivência”, muitos discursos de ódio são detectados³⁷ e controlados a partir das

³⁶ Han, inclusive, aponta o que entende ser uma crise de saúde geral a partir desse modelo existencial: “Em contraste com essa ideia, no século XXI, a enfermidade fundamental deixa de ser bacteriológica ou viral e passa a ser neuronal, marcada por doenças como depressão e síndrome de burnout, que não são infecções” (Han, 2019 p. 5).

³⁷ “In this regard, it is important to point out that the AI ability to manipulate and deceive human users online turns these ethical issues in the data-driven age into inherent loopholes, which should be properly moderated by policy makers and regulators. Interesting to mention, several scholars consider AI as a countermeasure against the rise of fake news on social media platforms due to its ability to identify fake bot accounts and automated fact-checking. Moreover, current deep learning content models

indicações feitas pela Inteligência Artificial, capaz, por exemplo, de assimilar palavras e contextos indicativos dessas manifestações agressivas (Melo; Andrade, 2002).

Embora esses controles sejam alvissareiros, contribuindo para mitigação de parte do problema, não são suficientes, por si mesmos, para a solução. É preciso avançar em diferentes campos, evitando-se que as próprias empresas de tecnologia, responsáveis em grande medida pelos problemas, a partir do uso desses mecanismos (elogiáveis nesse ponto), entendam que a questão está solucionada. As contradições inerentes a esse formato de tratamento do problema, que deixa apenas para as empresas de tecnologia a responsabilidade do enfrentamento do problema, geram contradições que são detalhadamente exploradas no capítulo que discutirá qual é a ressignificação da jurisdição constitucional nessa era digital.

Essa preocupação, a título de amostragem, ganha, cada vez mais, espaço de discussão no cenário europeu. O tema é ainda embrionário, mas caminha para a criação de uma normatividade específica que, em essência, almeja a regulamentação do uso da Inteligência Artificial como moderadora das relações humanas nas plataformas digitais.

Tal proposta, denominada *Artificial Intelligence Act*³⁸, tem a pretensão de categorizar diferentes graus de riscos no emprego dessas tecnologias, indicando âmbitos de incentivo e bom uso desse tipo de ferramenta e até mesmo, em sentido oposto, à categorização aos âmbitos de elevado grau de risco, merecedores de maior controle (como nos casos em que a Inteligência Artificial influencia processos sensíveis de escolhas humanas). No campo nacional, no entanto, apesar de existir normatividade sobre a Internet (como o marco civil), ainda não se tem um avanço normativo semelhante ao proposto na Europa (Melo; Andrade, 2002).

enable the enhancement of text classification and analysis of online (Sharma *et al.* 2019). According to Facebook, AI tools are responsible for the removal of 99.5% of terrorist-related content and 98.5% of fake accounts (Marsden and Meyer 2019; Kertysova 2018)” (Giusti; Piras, 2021). Tradução livre: “a este respeito, é importante salientar que a capacidade da IA para manipular e enganar os utilizadores humanos online transforma estas questões éticas na era dos dados em lacunas inerentes, que devem ser devidamente moderadas pelos decisores políticos e reguladores. É interessante mencionar que vários estudiosos consideram a IA como uma contramedida contra o aumento de notícias falsas nas plataformas de mídia social devido à sua capacidade de identificar contas falsas de bots e à verificação automatizada de fatos. Além disso, os atuais modelos de conteúdo de aprendizagem profunda permitem o aprimoramento da classificação e análise de textos online (Sharma *et al.* 2019). Segundo o Facebook, as ferramentas de IA são responsáveis pela remoção de 99,5% dos conteúdos relacionados com terrorismo e 98,5% das contas falsas (Marsden e Meyer 2019).

³⁸ Proposta disponível para acesso em: <<https://artificialintelligenceact.eu>>

Ainda assim, embora útil e recomendável uma melhor normatividade, apesar das propostas de regulamentação, vozes como de Huk Yui (2020) questionam se a potencialidade da Inteligência Artificial é capaz de sofrer controles reais (que não se confundem com promessas normativas abstratas). Para o mencionado pensador, como seria possível controlar uma atividade que é mais volátil e, portanto, mais mutável, que a própria inteligência humana? Há criações generativas de Inteligência Artificial como emulações de pessoas, que só o mecanismo digital consegue criar.

Claro que há um paradoxo nessa afirmação. Os mecanismos de Inteligência Artificial derivam, naturalmente, de proeminentes e particulares capacidades humanas, que geraram a tecnologia para tanto. Mas a crítica de Yui (2020), que soa pertinente, radica na análise da extrema potencialidade do que a tecnologia atual é capaz de criar e se, uma vez criada, é capaz de atingir patamares que a regulamentação normativa provavelmente não tem a potencialidade de alcançar. Porém, novamente, a dificuldade ontológica de se acompanhar essa potencialidade não torna a criação de parâmetros de controle algo inútil.

Ainda assim, no entanto, é oportuno registrar que a dificuldade de regulamentação não implica em sua desnecessidade. Trata-se, em realidade, de um desafio constante e recorrentemente renovado no constitucionalismo. É parte desse movimento lidar com a mutação dos horizontes intrincados dos direitos essenciais. Isso implicará, como se verá no capítulo quatro, em um novo desafio para a jurisdição constitucional contemporânea.

2.3 O APRISONAMENTO DO “EU” NAS REDES SOCIAIS: PRIVACIDADE DIGITAL, *FAKE NEWS*, *DEEP FAKES* E OS RISCOS DEMOCRÁTICOS

A alteridade, nas redes sociais, pode ser entendida de diferentes formas. Como já visto anteriormente, uma de suas manifestações é o crescente uso do discurso do ódio e da destruição da “imagem” alheia – sem propósitos de debate – como estratégia política ou pessoal. As redes sociais devem observar uma nova ética, já que o que até aqui se produziu não considerou o tamanho do alcance (positivo e negativo) que a rede social pode proporcionar.

Por mais que soe distante, falar em redes sociais como moduladoras de democracia também torna-se um tema de alteridade. Essa conclusão ocorre pelo fato de que o Eu³⁹ não se dá conta, em regra, da própria manipulação para fins comerciais ou políticos. Se a alteridade tem no Outro a sua premissa, a rede social, ao permitir – mesmo que não deliberadamente – o uso do Outro para propósitos externos, promove um mecanismo de antialteridade, ao tornar a pessoa insumo e não a finalidade.

Esse aprisionamento da pessoa – que é matéria-prima e não consumidor – mostra que as redes sociais não deixam de ser reais instrumentos de dominação, que permitem, inclusive, o emprego de violência simbólica. Para pesquisadores, já se fala hoje em *colonialismo digital e de dados*. Sobre as redes sociais como instrumentos de dominação, são oportunas as seguintes constatações:

Fato é que as redes sociais podem sim ser caracterizadas como ferramentas e/ou instrumentos de dominação e violência simbólica, posto que está fora da percepção dos atores a dominação, característica do poder simbólico pela construção de uma imagem com uma face visível e outra invisível, que culmina na crença de uma realidade. As redes sociais são um fenômeno sem volta, em que a sociedade global está imersa e onde acontecem as “revoluções” modernas, fazendo com que haja no mundo pós-moderno uma estrutura social virtual paralela à estrutura social tradicional a qual conhecemos; mas que interfere uma na outra, podendo vir a causar mudanças sociais e movimentos irreversíveis e devastadores, principalmente, num país em convulsão e polarização política (Galdino, 2019, p. 272).

Fala-se, nesse ponto, no fenômeno dos *bots sociais* como meios para controle dos debates políticos e públicos que tomam palco nesse ambiente (Alves; Franco, 2021). O *bot* é, dentro da dinâmica desses ambientes, um próprio agente que atua e promove interações nas redes sociais, mesmo que seja um “sujeito” imaterial e artificial, movido por propósitos pré-programados e que nem sempre dialogam, na profundidade que seria adequada, com os aspectos que apenas a humanidade é capaz de assimilar.

Com efeito, o potencial das redes sociais como ferramentas poderosas de comunicação é aproveitado pelos controladores de *bots* sociais, que se valem desses instrumentos para, por exemplo, manipular as discussões políticas de maneira a alterar a percepção de certos grupos de opinião, ou mesmo tentar afetar o resultado

³⁹ Aspas utilizadas para definição do sujeito como o “eu”, de Lévinas.

de determinados pleitos. Não é um problema ligado só à questão política, mas ao direcionamento de informações em geral, a partir da leitura do perfil do usuário pelos mecanismos de inteligência. É a rede que escolhe o conteúdo, não a pessoa.

Esses *bots* são, em termos técnicos, máquinas de aprendizado que absorvem dados e promovem interações a partir da alimentação produzida pelos algoritmos (*machine learnings*). A Inteligência Artificial, nesse campo, vale-se da base de dados que a violação da privacidade digital promove, indicando, portanto, um contexto de aprendizado a partir de sua capacidade generativa. Ainda, a *machine learning* é diferente em cada rede, segundo Piccelli (2022); e nem todas as mídias digitais usam esses sistemas, mas apenas aquelas que possuem interesses comerciais envolvidos. Em sua obra o autor cita a *Wikipédia* e as *mídias wiki*:

Relegadas à autorregulação, as plataformas não estarão suficientemente estimuladas a monitorar a qualidade da informação que distribuem aos usuários. No limite, o entretenimento ou o noticiário sensacionalista pode ser mais rentável para uma empresa cujo faturamento do que o combate à desinformação [...] (Piccelli, 2022, p. 240).

Com a aparência de movimentos espontâneos e populares, os *bots* sociais, muitas vezes, atingem êxito ao exercer influência sobre determinados grupos, cujas afinidades políticas podem ser identificadas pelas suas manifestações enquanto usuários da rede social da qual o *bot* também faz parte. Essa desinformação entre homem e máquina, segundo Bessi e Ferrara (2016), representa um dos principais fatores para o acirramento e a polarização do discurso político nas redes sociais, recaindo até ao discurso de ódio, situação cada vez mais constante e prejudicial a um debate democrático maduro (Franco, 2019).

Os *bots* não proporcionam apenas interações que interessam ao jogo democrático, como já adiantado. Os interesses mercadológicos também são grandes promotores desses mecanismos (Morozov, 2018), com o objetivo de aumentar o lucro, mesmo que para isso tenham que influenciar as escolhas que o usuário acredita, em dissonância da realidade, serem inteiramente livres (Franco, 2019). O usuário da rede, em realidade, tem uma liberdade de conteúdo delimitada pelos interesses de domínios

que são externos a ele mesmo, desenhados a partir dos próprios dados que as redes captaram em relação à pessoa⁴⁰, na maioria das vezes sem o seu conhecimento.

Veja-se que a existência desses filtros de conteúdo, direcionando de forma específica, para cada pessoa, o material a ser visto nas redes (conforme leitura de preferência feita pelos *bots*), afeta a própria *qualidade* da democracia, já que elimina a profundidade do debate e intensifica pensamentos enclausurados, sem o devido contraditório democrático. Nesse cenário, extremismos alimentam-se, presos às suas únicas “verdades”, como verdadeira *autopoiese* de desinformação. Sobre a qualidade da democracia estar sendo afetada, cita-se:

[...] a qualidade da democracia depende que a informação 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 (Rodrigues; Rodrigues; Duarte, 2022, p. 411).

Dentro da mesma linha de raciocínio, a doutrina estrangeira também tem denunciado o fato de que as informações, dentro das redes sociais, são selecionadas individualmente a partir da experiência de cada usuário, espelhando apenas seus desígnios, de modo a reforçar conclusões pessoais que não necessariamente significam a realidade:

As redes sociais desempenham um papel significativo na filtragem da informação: as notícias e os conteúdos são escolhidos e filtrados pelos amigos. O tão aclamado princípio de partilhar conteúdos interessantes e relevantes com amigos, um princípio alardeado como forma de participar ativamente na produção de notícias, está também, por um simples princípio de homofilia, a reduzir a nossa exposição à diversidade. A homogeneidade dos grupos sociais que compõem a maioria das ligações pessoais próximas das pessoas garante que a informação que circula na rede é altamente consensual e apoia os valores do grupo (Floridi, 2015, p. 105, tradução nossa).⁴¹

⁴⁰ “Objetivos mercadológicos costumam ser outro grande alvo dos bots sociais, pautando-se na grande visibilidade conquistada por meio das redes sociais e da ilusão de legitimidade das relações nela travadas. Ferrara *et al.* (2016) citam o exemplo de uma campanha orquestrada por bots, em 2014, que criou uma discussão aparentemente legítima sobre a Cynk, uma empresa de tecnologia praticamente abandonada. A bem-sucedida campanha levou algoritmos de negociação a investirem fortemente nessa empresa, resultando em um imenso aumento do seu valor de mercado. Embora posteriormente a campanha tenha sido identificada e as negociações, suspensas, não foi possível evitar as perdas reais por parte dos investidores” (Franco, 2019).

⁴¹ No original: “Social media are playing a significant role in filtering information: news and content are chosen and filtered by friends. The much hailed principle of sharing interesting and relevant content with

Além disso, citando-se outro exemplo da dominação dos sistemas nas escolhas das pessoas, pesquisas demonstram que as redes sociais contribuíram para o crescimento do consumo irracional, promovendo até mesmo o grande endividamento de algumas pessoas (Brito, 2020), direcionadas pelos instrumentos de inteligência a conteúdos que incentivam (e até manipulam) a necessidade de aquisição de um produto ou contratação de um serviço.

Dentre as modalidades de influência, pode-se destacar o fato de que as redes sociais promovem, como nenhum outro meio, espaço para *Fake News* (Alves; Franco, 2021). Ainda que as empresas de tecnologia tentem realizar o controle desse tipo de conteúdo, atualmente a realidade é de insucesso nessa missão.

Como exemplo do alcance desses mecanismos, cita-se que, na eleição norte-americana de 2017, ao menos 65 sites de produção de conteúdos falsos foram identificados (Sumpter, 2018), com as respectivas informações rapidamente replicadas nas redes sociais. Sobre o tema:

Fake News são notícias demonstravelmente falsas, não apenas posicionamentos políticos. Notícias falsas consistem em histórias escolhidas por sites que investigam farsas como Snopes e Politic Fact, e mostradas como factualmente incorretas (Sumpter, 2018, p. 179).

A mão das redes sociais e da tecnologia nas escolhas não é apenas indireta (entendida como essa influência no usuário). Muitas vezes, os sistemas tecnológicos de interação fazem escolhas diretas, deliberadas e expressas. Esse processo “decisório” pode ter bons resultados, promovendo, em certas circunstâncias, economia e otimização, mas há certos temas – como a jurisdição – que podem lidar com dilemas éticos sobre a capacidade de julgamento de um mecanismo digital não humano.

Por mais elaborados que sejam os processos decisórios de uma estrutura de Inteligência Artificial, estas não representam a capacidade de julgamento humano em

friends, a principle trumpeted as a way to actively participate in the making of news, is also, by a simple principle of homophily, reducing our exposure to diversity. The homogeneity of the social groups that compose the majority of people’s close personal connections, ensures that the information circulated within the network is highly consensual and supportive of the values of the group” (Floridi, 2015, p. 105).

determinados campos do saber. Isso significa que a IA não pensa (Nida-Rümelin; Weidenfeld, 2022), embora possa objetivamente realizar processos decisórios objetivos com grande efetividade (mas é incapaz, por exemplo, de gerar adequadas interpretações morais em sentido crítico).⁴²

Vale destacar, nesse sentido, a preocupação que David Sumpter (2018) externa quanto ao risco de “falsos positivos” e “falsos negativos” que os robôs digitais podem criar, ao não compreender a totalidade das subjetividades que envolvem certos processos decisórios:

Algoritmos são apresentados, corriqueiramente, como fornecedores de insight de como somos como pessoas e capazes de prever como nos comportaremos no futuro. Eles são usados para determinar se seremos selecionados ou não para um emprego, se conseguiremos um empréstimo ou se deveríamos ser presos (Sumpter, 2018, p. 63).

Assim, o controle desses *bots* e dos algoritmos é matéria importante para a própria democracia, além de também ser elemento inerente à preservação de uma ética relacional que tenha, na alteridade, seu pressuposto de legitimidade. Conforme ensina Franco (2019), há urgência em melhor se compreender o funcionamento dos *bots* sociais, com sua precisa identificação; trabalho que permitiria um melhor funcionamento das redes sociais na hoje complexa relação que possuem com os direitos fundamentais. Veja-se:

Portanto, a identificação das atividades desenvolvidas pelos bots sociais é fundamental não apenas para a proteção os usuários, mas também para os operadores das redes sociais e para os negócios a elas relacionados. Dessa forma, criam-se maiores possibilidades de evitar falsas assunções por parte dos interlocutores humanos, riscos à sua privacidade e à proteção dos seus dados, e, principalmente, a manipulação digital dos usuários reais (Franco, 2019).

⁴²No original: “Als do not act according to their own reasons. They have no feelings, no moral sense, no intentions, and they cannot attribute these to other persons. Without these abilities, however, proper moral practice is not possible” (Nida-Rümelin; Weidenfeld, 2022). “As IAs não agem de acordo com as suas próprias razões. Eles não têm sentimentos, nem senso moral, nem intenções, e não podem atribuí-los a outras pessoas. Sem essas habilidades, entretanto, a prática moral adequada não é possível” (tradução nossa).

Partindo de uma lógica econômica elementar, nenhum serviço é prestado sem alguma forma de contraprestação. Se uma pessoa acessa algum mecanismo de tecnologia “gratuitamente” e, ao mesmo tempo, tais empresas recebem lucros entre os mais destacados do mercado mundial, há evidentemente uma relação que precisa ser melhor entendida. Conforme informação extraída da Bolsa de Valores de Nova York, mencionada por Silveira (2021), em 2020, cinco empresas ultrapassaram o valor de um trilhão de dólares, sendo quatro delas do ramo da tecnologia da informação (Apple, Microsoft, Alphabet⁴³ e Amazon). O mesmo autor aponta que o Google/Alphabet e o Facebook, sozinhos, arrecadaram, no ano de 2019, o valor de 232,5 bilhões de dólares, sendo plataformas que operam a partir “do armazenamento, no tratamento e na análise de dados pessoais” (Silveira, 2021, p. 43).

Nesse aspecto, seja por meio de divulgações comerciais ou pelo uso dos dados pessoais, o “usuário” de uma rede social não é o protagonista econômico. Em verdade, é um mero insumo de um mecanismo de produção de riqueza cujos dados, afinal, são os motores do lucro.⁴⁴

Ainda, sobre a pessoa ser o insumo e não o destinatário final das redes sociais, há produção específica na doutrina estrangeira:

[...] na esteira da Revolução Digital, a história (dos negócios) se repete. Como diz o ditado nas redes e plataformas sociais online; se você não está pagando pelo produto, você é o produto. Se você considera serviços como Google e Facebook realmente gratuitos, você entendeu mal o modelo de negócios e seu próprio papel nele (Hendricks; Vestergaard, 2019, p. 32).⁴⁵

Exemplifica-se, assim, porque se diz que as redes sociais hoje querem que as pessoas, em realidade, mostrem o máximo possível de seus dados reais, superando

⁴³ Uma holding que contempla diferentes empresas de tecnologia, sendo uma delas o *Google*.

⁴⁴ “[...] embora a economia informacional global seja distinta da economia industrial, ela não se opõe à lógica desta última. A primeira abrange a segunda mediante o aprofundamento tecnológico, incorporando conhecimentos e informações em todos os processos de produção material e distribuição, com base em um avanço gigantesco em alcance e escopo da esfera de circulação” (Castells, 2022, p. 155).

⁴⁵ No original: “[...] in the wake of the digital revolution, (business) history repeats itself. As the saying goes on online social networks and platforms; if you are not paying for the product, you are the product. If you perceive services such as Google and Facebook as truly free of charge, you have misunderstood the business model and your own role in it” (Hendricks; Vestergaard, 2019, p. 32). [...] a esteira da Revolução Digital, a história (dos negócios) se repete. Como diz o ditado nas redes e plataformas sociais online; se você não está pagando pelo produto, você é o produto. Se você considera serviços como Google e Facebook realmente gratuitos, você entendeu mal o modelo de negócios e seu próprio papel nele”.

a percepção técnica anterior – mas ainda hoje adotada popularmente – de que as redes sociais promovem apenas um mundo irreal. A irrealidade, de fato, radica-se, para alguns, no sentimento e nas rotinas maquiadas que são apresentadas, mas não nas informações pessoais que são coletadas, geralmente de forma imperceptível (Marichal, 2016).

Casos como o escândalo *Cambridge Analytica*⁴⁶, pessoa jurídica radicada na Inglaterra, revelam como as redes sociais são hoje fonte incomparável para o jogo eleitoral. Trata-se de um célebre episódio a respeito da ética na era digital (em especial, no campo da ética na mineração de dados), em que dados de sessenta milhões de usuários do Facebook foram utilizados para geração de *insights* nas eleições norte americanas, produzindo, a partir de direcionamento humano e a partir de algoritmos, a sugestão de informações de forma distinta para cada região do país, de modo a influenciar o jogo eleitoral, conforme particularidade de cada local. O caso, que é paradigmático, implicou no encerramento das atividades de tal empresa. Sobre o ocorrido:

Através do Facebook para fins acadêmicos. No tempo do ocorrido, não havia uma política de proteção de dados pelo Facebook, o que permitia que aplicativos baixassem os dados dos usuários que os utilizassem e, dependendo do aplicativo, até de suas conexões. A empresa, que utiliza big data para criar publicidade estratégica, usava os dados coletados para filtrar as propagandas que melhor se encaixassem no perfil do consumidor, conforme suas atividades na rede social. A grande arma da Cambridge Analytica não eram fatos em si, mas a manipulação das emoções humanas, reveladas e tornadas vulneráveis pela quantidade de dados que se encontra disponível em rede. As informações eram difundidas nas redes sociais sem que parecessem propaganda, mas notícias, para manipular principalmente duas emoções humanas: esperança e medo. [...] (Santana; Silva, 2019, p. 42).

Há obra publicada por agentes que participaram de todo o processo do escândalo, sendo a de maior visibilidade o texto de uma importante integrante do escalão de negociação e de uso das captações de tecnologia, Brittany Kaiser, cuja

⁴⁶ “O Facebook não foi a única plataforma utilizada pela empresa, outras redes sociais serviram de palco para o direcionamento de propagandas, hashtags predefinidas, vídeos-propaganda no YouTube, até mesmo o Snapchat foi utilizado. As pesquisas do Google foram também direcionadas para que, mesmo se o usuário buscasse informações desfavoráveis ao candidato, viessem resultados pagos favoráveis à campanha dele. Segundo os slides apresentados pela empresa, o método de propaganda de pesquisa persuasiva tinha como primeiro objetivo controlar a primeira impressão, após, mostrar resultados desfavoráveis à oposição e expor escândalos de campanha e, por fim, direcionar o tráfego de pesquisa para páginas de conteúdo relevantes” (Santana; Silva, 2019, p. 10).

obra foi traduzida no Brasil por Bruno Fiuza e Roberta Clapp e publicada com o título “Manipulados” (2020). No texto, a autora mencionada, que havia trabalhado em campanhas presidenciais, alerta, dentre outras coisas, acerca do grande comércio de dados dos quais os sistemas eleitorais podem se valer, com violação, se necessário, das regras de intimidade digital, a partir de estruturas pouco conhecidas pelo usuário comum.

O caso *Cambridge Analytica*⁴⁷, embora paradigmático por sua extensão, não é isolado. Novas pesquisas empíricas sugerem que a manipulação digital por técnicas de desinformação tem crescido em números exponenciais em diferentes locais, tratando-se, ao final, de um horizonte intrincado para a democracia (Schultz, 2020) e que começará a projetar consequências cada vez mais significativas, demandando especial atenção. As respostas, nessa mesma linha de pensamento, não são suficientemente encontradas nos conjuntos de normativas e jurisprudenciais até então existentes.

Não por outra razão, surgiram em grandes universidades, como *Oxford*, um instituto próprio para questões relacionadas à Internet, que, entre os anos de 2017 e 2019, apurou o crescimento de 150% do número de países que enfrentaram manipulações digitais nas eleições (Schultz, 2020). O Brasil, por seu turno, ainda conta com pouco espaço para núcleos específicos desses estudos, tratando-se, a partir deste texto, de uma sugestão para criação de espaços específicos de pesquisa a respeito da extensão do tema. A maior parte da produção acadêmica existente, ainda que não extensa, deriva de programas ou núcleos de pesquisas que não possuem o foco específico nas questões relacionadas aos riscos da Internet.

No mesmo sentido, há na doutrina estrangeira estudos sobre o que se nomina “desinformação por contratação”, atores comerciais que oferecem serviços destinados à manipulação de informações, encontrando-se episódios em diferentes regiões do planeta, incluindo Estados Unidos, Myiamar, Ucrânia, dentre outros:

⁴⁷ Ainda sobre o caso, cita-se: “Cambridge Analytica engaged in micro-targeting American voters through an algorithm designed to analyze individual Facebook profiles with the objective to determine personality traits, link them to swing voters and then tailor influential messaging accordingly” (Maher, 2022, p. 31). “A Cambridge Analytica se engajou no micro-direcionamento de eleitores americanos por meio de um algoritmo projetado para analisar perfis individuais do Facebook com o objetivo de determinar traços de personalidade, vinculá-los a eleitores indecisos e, em seguida, adaptar mensagens influentes de acordo” (tradução nossa).

Estão disponíveis serviços globais de “desinformação por aluguer” (Bradshaw & Howard, 2019). Nos últimos anos, foram identificadas operações de influência conduzidas por intervenientes comerciais – que oferecem um conjunto completo de serviços como meios de comunicação, marketing e relações públicas – em países como Myanmar, Estados Unidos, Filipinas, Ucrânia, Egito e Emirados Árabes Unidos (Suying, 2022, p. 63, tradução nossa).⁴⁸

Na Ásia, em geral, foram diversos os problemas identificados no uso das falsidades profundas. Na Coreia do Sul, celebridades foram vítimas de pornografia falsa, a partir da Inteligência Artificial generativa. Além disso, a *deep fake* pornográfica gerou episódios de extorsão e chantagens a partir das redes sociais; fato criminoso igualmente observado na Índia. Sobre o tema, com detalhamentos:

A investigação observa que os indivíduos na Coreia do Sul, na Índia e no Japão constituem uma proporção significativa dos alvos (Adjer *et al.*, 2019). Na Coreia do Sul, por exemplo, uma série de imagens *deep fake* ilegais de celebridades resultou numa petição contra *deep fakes* [...] *Deep Nude* foi usado por cibercriminosos indianos para gerar fotos de mulheres nuas, obtendo fotos através de contas de redes sociais, e essas fotos foram usado para chantagem, extorsão, pornografia de vingança e assassinato de caráter (Suying, 2022, p. 60, tradução nossa).⁴⁹

A mesma tecnologia se popularizou por gerar, recentemente, com contorno de profunda realidade, imagens falsas do Papa Francisco, em vestimentas da moda contemporânea, como uma emulação das vestes papais, em leituras dissonantes das tradicionais indumentárias (Figura 8). Há também vídeos profundamente alterados, com a modificação artificial das expressões faciais, de modo a manipular o discurso, a exemplo do ocorrido, por exemplo, com Barack Obama (Figura 7).

Outro episódio de destaque está no fato de que um importante membro do governo da Malásia, mais precisamente um ministro, foi vítima de um vídeo de falsidade profunda, em que estava inserido de modo inverídico em práticas sexuais

⁴⁸ No original: “Global ‘disinformation for hire’ services are available (Bradshaw & Howard, 2019). In recent years, influence operations conducted by commercial actors – offering a whole suite of services such as media, marketing and public relations – have been identified in countries such as Myanmar, the United States, the Philippines, Ukraine, Egypt and the UAE” (Suying, 2022, p. 63).

⁴⁹ No original: “Research notes that individuals in South Korea, India and Japan have made up a significant proportion of targets (Adjer *et al.*, 2019). In South Korea, for instance, a spate of illegal deepfake images of celebrities resulted in a petition against deep fakes [...] *Deep Nude* was used by Indian cybercriminals to generate nude pictures of women by obtaining photos through social media accounts, and these pictures were used for blackmail, extortion, revenge porn and character assassination” (Suying, 2022, p. 60).

que implicariam em descrédito de sua posição, mídia que resultou em ampla reverberação nas redes sociais como o *WhatsApp*:

Vídeos *deep fake* também foram usados em países do Sudeste Asiático. A questão das falsificações profundas foi trazida ao primeiro plano do discurso público da Malásia em 2019, quando um vídeo supostamente envolvendo um ministro sênior e um ex-secretário particular de um vice-ministro envolvido em atos sexuais foi divulgado no *WhatsApp*, tornando-se posteriormente viral nas redes sociais (Suying, 2022, p. 61 e 62, tradução nossa).⁵⁰

Na Europa, apesar de haver um movimento mais intenso para controle e regulamentação como visto anteriormente, os episódios envolvendo políticos não são diferentes. Como exemplo, a partir da obra de Hendricks e Vestergaard (2019), extrai-se por amostragem um episódio em que a chanceler alemã da época, Angela Merkel, foi retratada em falsas *selfies* com terroristas, além de ser retratada em mídias inverídicas em situação vexatória (Hendricks; Vestergaard, 2019) (Figura 6), com o objetivo de gerar o descrédito político sobre sua pessoa.

Enfim, o *eu* Levinasiano na rede social, como a figura do usuário, tem sido manipulado em alguma medida. Há uma relação assimétrica em que as grandes empresas de tecnologia, responsáveis pelas redes sociais, toleram, em parte, a não alteridade quanto ao outro, criando a falsa ideia de que o “usuário” é a finalidade daquela engenharia, quando, em realidade, os fins mais específicos pressupõem tal “usuário” como meio.

Possivelmente um dos grandes dilemas da proteção de valores essenciais, hoje, é o contrassenso sociológico (assunto aprofundado no capítulo seguinte): vive-se em uma sociedade de consumo muito imediato, de velocidade (uma aula virtual, por exemplo, tem, em alguns casos, 15 minutos) e de informação instantânea. Sobre esse tema:

Já na década seguinte, todavia, a esperança cedeu lugar ao desencanto e à hesitação sobre os efeitos políticos e sociais das redes. Antes celebrada por analistas e ativistas em razão de sua suposta vocação libertária e democrática, a arquitetura da rede mundial de computadores, tal como moldada pelas grandes plataformas digitais, veio a estar associada a episódios alarmantes, como a revelação, no escândalo Facebook-Cambridge

⁵⁰ “*Deepfake* videos have also been used in Southeast Asian countries. The issue of deep fakes was brought to the forefront of Malaysian public discourse in 2019 when a video allegedly involving a senior cabinet minister and a former private secretary to a deputy minister engaging in sexual acts was circulated on WhatsApp, subsequently going viral on social media” (Suying, 2022, p. 61 e 62).

Analytica, do uso de dados pessoais para manipular as preferências de eleitores em diferentes países, e até mesmo trágicos, como é o caso do genocídio rohingya, em Mianmar, tido, pelo Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas, como uma catástrofe de direitos humanos cuja implementação foi possibilitada, de modo significativo, por mídias sociais (Canalli, 2023, p. 83).

O autor, como se observa na transcrição, apresenta importantes impactos políticos e sociais que as redes causam, lidando com manipulações e até mesmo com a capacidade de fomentar revoltas não necessária e constitucionalmente adequadas. Esse é, também, o caso da invasão ao Capitólio nos Estados Unidos, em 2021, um movimento que teve organização e incentivo nos canais – desimpedidos de filtros democráticos – promovidos pelas redes sociais.

O cenário contemporâneo, dentro dessa linha de pensamento, elevou as indagações sobre o direito à verdade a patamares distintos. Considerando as possíveis consequências que a manipulação dos fatos atinge na era tecnológica, dialogando com problemas profundos (democráticos, existenciais, dentre outros), já se fala em um “direito fundamental à verdade” (Canalli, 2023) e a necessidade do fortalecimento de uma defesa constitucional da integridade informacional (Canalli, 2023):

A primeira década do século XXI foi marcada por notável otimismo quanto às consequências políticas e sociais da massificação do acesso à internet e a correspondente intensificação do fluxo de informações digitais. A universalização da Internet era vista como uma força social eminentemente positiva e o amplo acesso ao conhecimento por ela permitido prometia uma era inédita de liberdade e prosperidade (Canalli, 2023, p. 82).

Não há, na pós-modernidade (modernidade tardia, presente, ou qualquer outra definição da contemporaneidade), tempo bastante para descer às minúcias, já que é um traço inegável dos momentos correntes o fluxo substancial de informações que conduzem ao viver de maior ansiedade por celeridade. Os conceitos são variados, muitas vezes polissêmicos, mas representam, ao final, as mesmas premissas sociológicas. Pode-se dizer que se trata, portanto, de modernidades diferentes em construção (no sentido conceitual).

A exemplo, nas eleições presidenciais brasileiras de 2018, o candidato Geraldo Alckmin, com maior tempo de televisão (mídia tradicional), não obteve votação significativa (apenas 4,76% dos votos), estando bem distante do segundo turno

(Brasil, 2018), terminando o pleito em quarto lugar. As mídias de Internet, especialmente as mais céleres, indicaram protagonismo nesse campo, quiçá até antes daquele pleito, com a eleição do então presidente eleito, Jair Bolsonaro, que se valeu, com mais intensidade, de uso significativo das mídias digitais (modelo semelhante ao adotado em outros países).

No livro “A sociedade em rede”, Castells (2002) aponta que, na década de 90, a mídia de comunicação, em especial pela televisão, esteve concentrada nas mãos de poucos atores, detendo aproximadamente 90% da mídia nos Estados Unidos, como amostragem. Mas a revolução das redes promoveu um redesenho desse cenário, introduzindo, por isso, novas questões (Castells, 2022). Há o desenvolvimento de um novo sistema de mídia, em que o conteúdo e o ambiente (virtual) criam um amálgama, ao ponto em que a mensagem é o próprio meio: “[...] assim, devido à diversidade da mídia e à possibilidade de visar o público-alvo, podemos afirmar que, no novo sistema de mídia, a mensagem é o meio. Ou seja, as características do meio” (Castells, 2022, p. 424).

O voto em si mesmo, como instrumento que é, não necessariamente sofre impacto desse modelo. As pessoas continuam a votar naquilo em que acreditam. Porém, o processo sociológico e eleitoral de convencimento sobre qual a escolha é a que deve feita sofreu uma releitura indiscutível a partir da grande influência que os mecanismos de Internet proporcionaram, com amplo destaque para as redes sociais. Trata-se, hoje, do meio de comunicação mais eficaz. Assim ocorre para o convencimento não necessariamente ruim (afirma-se, portanto, a realidade da comunicação contemporânea).

O voto nunca deixará de ser eficaz, já que é instrumento de efetivação da democracia, mesmo no modelo brasileiro que é semidireto. A crítica não está no voto em si mesmo, mas em uma preocupação a respeito da possível – verdadeiramente potencial – influência que os instrumentos de alquimia digital podem gerar para a produção de conteúdos manipulados. E não se trata, como se esclareceu no texto, da condenação das mídias digitais (que boas coisas também produzem). Trata-se, em realidade, de compreender um mundo novo em que se vive, com questões próprias que merecem enfrentamento, já que as estruturas de outrora não lidaram com esse cenário.

Há indicativos suficientes de que hoje se vivencia uma era sociológica que pode se nominar de diferentes maneiras (pós-modernidade ou não), que carrega traços únicos. Um deles é, exatamente, a velocidade da vida e a demanda por informações mais instantâneas. Ao mesmo tempo, como possível paradoxo, vivencia-se um avanço tecnológico capaz de produzir falsidades com ares de realidade, o que se nomina hoje *deep fake*, um fenômeno recente, que teve suas primeiras manifestações poucos anos atrás:

Vídeos de troca de rosto habilitados por IA que ficaram conhecidos como deep fakes surgiram recentemente em 2017. Representando um fenômeno relativamente novo no conjunto de criações que visam campanhas de desinformação, os deep fakes são habilitados pelo aprendizado de máquina da tecnologia de IA (Maher, 2022, p. 22 e 23, tradução nossa).⁵¹

Dymples Leong Suying (2002) ainda explica, em termos literais, o que nominou casamento entre as *deep fakes* e a desinformação atual: “Falsificações profundas criadas para fins de desinformação podem potencialmente incitar mobilizações físicas e resultar em violência” (Suying, 2022, p. 57, tradução nossa).⁵² No aprofundamento do problema, existem estudos de que a tecnologia, que criou a *deep fake*, ainda é incapaz de responder à identificação tempestiva dessas falsidades profundas (Figura 6).⁵³

A *deep fake*, segundo alguns autores, não deve ser confundida com outro modelo de falsidade também preocupante, a chamada *shallowfake* (Suying, 2022), que seriam manipulações de dados, textos, imagens e vídeos que não usam algoritmos tão profundos, não se valendo, por exemplo, da Inteligência Artificial generativa. Trata-se, portanto, de um conceito intermediário: é a falsidade que não tem a complexidade da *deep fake*, geralmente baseada na supressão ou alteração simplórias de informações, mas que, ainda assim, tem potencial de alcançar algumas

⁵¹ No original: “Face-swap videos enabled by AI that became known as deep fakes emerged as recently as 2017. Representing a relatively new phenomenon to the suite of creations that target mis-information campaigns, deep fakes are enabled by the machine learning of AI technology” (Maher, 2022, p. 22 e 23).

⁵² No original: “Deep fakes created for the purpose of disinformation could potentially incite physical mobilizations and could result in violence” (Suying, 2022, p. 57)

⁵³ THEC. **Estudo mostra que detectores de *deepfake* ainda podem ser enganados**. Disponível em: <<https://www.b9.com.br/138688/estudo-mostra-que-detectores-de-deepfake-ainda-podem-ser-enganados/>> Acesso em: 19/12/2023.

peças: “*Shallowfakes* são imagens, textos e vídeos manipulados que não utilizam algoritmos de aprendizagem profunda. Como resultado, os *shallowfakes* não exigem o intenso conjunto de habilidades e aprendizado exigidos pelos *deep*” (Suying, 2022, p. 64, tradução nossa).⁵⁴

Ao tempo em que há uma demanda sociológica por informações rápidas e pouco checadas, surge, no tecido social, um conjunto tecnológico capaz de criar impressionantes fantasias com ares de realidade; desde casos de cantores falecidos que, por Inteligência Artificial, são emulados, cantando canções contemporâneas com assustadora precisão, até casos mais graves em que, por exemplo, são emuladas celebridades em cenas pornográficas fictícias (Maher, 2022).

Já, na Europa, há preocupação específica em termos normativos sobre o impacto da *deep fake* na democracia, considerando as características sociológicas atuais (melhor exploradas em capítulo subsequente). Na já citada proposta de regulamentação do uso da Inteligência Artificial, nominada de AI Act., e aprovada preliminarmente em 14 de junho de 2023, a *deep fake* tem previsão específica:

O regulamento ainda prevê que nas situações de *deep fake*, quando há manipulação de imagem, áudio ou vídeo, há o dever de transparência, de modo a permitir ao indivíduo tomar conhecimento da alteração artificial do conteúdo quando da propagação desse teor alterado (Melo; Andrade, 2022, p. 203-219).

A profundidade da *deep fake* radica exatamente na dimensão de seu conceito. Se, de um lado, um setor populacional entende *fake news* como as falsidades que obviamente são constatadas, com capacidade de aprisionamento de grupos desatentos ou desconectados com as mídias atuais, a falsidade profunda, como indica o nome, absorve a particularidade de ser extrema ao ponto de absorver a generalidade, contemplando a potencialidade de convencer, pela carga de seu impressionismo, até mesmo grupos que se entendem esclarecidos, ao ponto de não serem atingidos pelas *fake news* tradicionais.

No andar dessa premissa, sobressai a advertência que faz a doutrina estrangeira, com certo espanto, quando aduz que, nessa era, a verdade é um

⁵⁴ “Shallowfakes are manipulated images, texts and videos that do not use deep learning algorithms. As a result, shallowfakes do not require the intense skill set and learning required by deep fakes (Suying, 2022, p. 64).

processo em curso que lutará, doravante, “sempre e sempre” para ser reafirmada (Kim, 2022, p. 116).

Nesse ponto, é oportuno um registro a respeito do conceito, já que no Brasil o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) passou a adotar a expressão *desinformação*, ao invés de *fake news*. As razões dessa proposta, conforme esclarecem Renato Opice Blum e Marina de Oliveira e Costa (2022), buscam o alcance de diferentes objetivos:

O TSE, por exemplo, colocou em prática medidas de enfrentamento às fake News, tais como a utilização do termo desinformação no lugar de *fake News* uma vez que o novo termo, além de ser na língua portuguesa, engloba não apenas notícias falsas como também dados verdadeiros utilizados fora de contexto/desatualizados (Blum, Costa, 2022).

Rodrigo Lobo Canalli (2023) elucida que a expressão desinformação não é, aliás, um dado qualquer, já que desprovido de elementos concretamente definidores. Trata-se, em realidade, de uma espécie de informação, mas revestida de características perniciosas:

Desinformação é, antes de tudo, informação. Trata-se, no entanto, de espécie de informação não apenas qualificada pelos predicados da falsidade, da inverdade e do engano, mas produzida exatamente para desinformar e enganar (Canalli, 2023, p. 85).

George Orwell é um literato celebrado em diferentes campos, notadamente por romances *distópicos* como “1984”, em que projetou, mesmo vivendo em geração distante, um futuro de controle tecnológico das individualidades. Nascido em 1903 e falecido em 1950, o autor naturalmente não vivenciou o que se entende por revolução da Internet em sentido contemporâneo, objeto tratado, em linhas gerais, no presente trabalho. Contudo, como uma alma inquieta, desde seu tempo (para a classificação atual da doutrina, um momento “analógico”), conseguiu antever dilemas que hoje, mais de sessenta anos após a sua morte, são emergentes.

Para além do célebre romance “1984”, marcado pelo controle do Estado em relação à privacidade, é oportuno destacar uma obra de segmento distinto. Trata-se de uma coletânea de textos do autor, em diferentes veículos, que foram compilados na obra “Sobre a verdade” (2020), a qual apresenta diferentes perspectivas da manipulação da verdade, desde muitas décadas atrás. É possível dizer, apesar da

“atualidade” do conceito, que as *fake news* não são, portanto, uma novidade da tecnologia contemporânea. A diferença, em realidade, está no alcance que elas têm pelas redes sociais (e não a sua origem). Trata-se, em outras palavras, de um fenômeno antigo, mas amplamente potencializado e redesenhado em um cenário de tecnologia atual, capaz de tornar as falsidades mais compartilhadas e mais significativas (como as *deep fakes*, derivadas de Inteligência Artificial generativa).

Como exemplo da preocupação de Orwell acerca da verdade, cita-se um artigo (de 1943), inserido na obra acima mencionada (2020), em que aduz:

Vi soldados que lutavam bravamente ser denunciados como covardes e traidores, e outros que nunca dispararam um tiro ser exaltados como heróis de vitórias imaginárias; e vi jornais em Londres reproduzindo essas mentidas, e intelectuais afoitos erguendo superestruturas emocionais sobre eventos que nunca haviam ocorrido (Orwell, 2020, p. 97).

A falsidade, destarte, não é uma novidade. A mentira existiu e existirá. O que se enfrenta, agora, é que a manipulação da verdade ganha *locus* diferente.

Dentro dessa problemática, observando-se a recorrência majoritária das expressões, para fins do presente trabalho, considerando a utilização francamente majoritária das expressões *fake news* e *deep fake* nas produções acadêmicas, serão elas consideradas na elaboração deste trabalho.

Superado esse esclarecimento, cabe dizer que o predicado de uma falsidade profunda, própria de uma tecnologia que apenas começa a se revelar, é exatamente não se confundir com as contrafações óbvias e tradicionais. A sua característica, em verdade, potencializa popularidade nas diferentes redes sociais pela capacidade de impressionar, como verdadeiro fenômeno próprio, a regra da coletividade.

Mas, ao mesmo tempo, o produto oferecido é capaz, nesse imediatismo e pela Inteligência Artificial que hoje floresce, de reproduzir uma falsa realidade que só pouquíssimas pessoas de históricos particulares sobre a informação reproduzida ou de conhecimento tecnológico conseguem assimilar.

É um horizonte intricado, mas inevitável, para a tutela da democracia e também dos direitos essenciais. Se ambos os setores, mesmo compartilhando a mesma tutela jurídica, estão relacionados à realidade da dinâmica social da contemporaneidade, ambos serão inevitavelmente afetados pelos dilemas tecnológicos que regem, de

modo direto ou indireto, grande parte das relações intersubjetivas. Nesse sentido, é salutar a seguinte advertência:

[...] 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 (Rodrigues; Rodrigues; Duarte, 2022, p. 408).

A doutrina estrangeira que vem se formando sobre o tema recentemente tem observado que as *deep fakes* (em maior sentido, as *fake news*) é o ponto nodal das manipulações de informações hoje em sociedades vulneráveis que estejam abertas a esse tipo de conteúdo, portanto as manipulações podem ser diferentes em cada localidade, absorvendo as particularidades de cada realidade e de cada cultura, ainda que compartilhem das mesmas premissas como problema teórico.

Há, portanto, uma indispensável e inevitável análise a ser feita, quanto à relação do tema do constitucionalismo digital com o estudo sociológico da atualidade:

Estas funções antagônicas da IA foram analisadas por vários estudiosos que analisam a capacidade da IA de criar *deepfakes*, que prejudicam a autenticidade dos vídeos visuais (Strickland 2018; Güera e Delp 2018). Tudo o que foi dito acima demonstra as relações simbióticas entre a IA e a desinformação, quando, apesar da função defensiva existente contra os *bots* e a automação, pode-se abusar do preconceito inerente à IA para espalhar o incitamento e a manipulação dentro de populações enfraquecidas (Giusti; Piras, 2021, s.p, tradução nossa).⁵⁵

Dada à complexidade do tema, o próximo capítulo apontará os traços da sociedade digital contemporânea que a fazem ser classificada como um modelo de emergência, a exemplo do recorte doutrinário acima citado.

Esse estudo, como se viu, indica que as razões dos riscos democráticos do constitucionalismo digital não estão limitadas às potencialidades das novas

⁵⁵No original: "These polar AI functions have been analysed by several scholars who look at the AI's ability to create deepfakes, which undermine the authenticity of visual videos (Strickland 2018; Güera and Delp 2018). All the above demonstrates the symbiotic relationships between AI and disinformation, when despite the existing defensive function against bots and automation, one may abuse the inherent AI bias to spread incitement and manipulation within weakened populations" (Giusti; Piras, 2021,s.p).

tecnologias, já que demandam, para seu surgimento, um tecido social apropriado para tanto.

3 SOCIEDADE DE EMERGÊNCIA E O TERRENO DA “DEEP FAKE”: TECIDO SOCIAL COM DEMANDA POR INFORMAÇÃO IMEDIATA E O DILEMA DA FALSIDADE PROFUNDA

Considerando que as indagações até aqui propostas, derivadas do constitucionalismo digital, procedem essencialmente de uma era específica, marcada por uma característica própria da sociedade, é oportuno confrontar tais indagações para além do Direito em sentido positivo, buscando-se as razões sociológicas que fazem o tecido social absorver um cenário que passa a avocar novas respostas para a tutela dos direitos essenciais.

A sociedade atual é lida a partir de diferentes conceitos. Para alguns, *pós-modernidade*; para outros, *modernidade tardia*, dentre outros conceitos. Apesar dessas variações conceituais, todas elas indicam algumas características dos tempos correntes que importam para a leitura da contemporaneidade capaz de absorver os riscos apontados nos capítulos anteriores, no contexto da vida digital: destacam-se, como exemplos, os conceitos de uma sociedade de emergência e também de uma vivência de velocidade, cujas consequências absorvem, a partir de suas particularidades, informações constantes e imediatas, além do desaparecimento das fronteiras tradicionais do mundo analógico (há um mundo conectado, apesar das fronteiras físicas).

As particularidades dessas afirmações são minudenciadas em tópicos que seguem.

3.1 NOÇÕES PRELIMINARES E ASPECTOS CONCEITUAIS DA CONTEMPORANEIDADE DE EMERGÊNCIA DA INFORMAÇÃO DIGITAL: PÓS-MODERNIDADE, MODERNIDADE TARDIA E OUTRAS

Atualmente, um dos dilemas que a democracia e a tutela dos direitos fundamentais enfrentam no curso do constitucionalismo digital é a relação contraditória do florescer de uma sociedade de ultrainformação, absorvida em mídias instantâneas, ao tempo em que a tecnologia assume cores que permitem a

elaboração de falsidades com impressionantes ares de realidade. Essa mistura, de fluxos contrários, permite um cenário propício à manipulações democráticas que ainda têm horizontes a se revelar (ALTOÉ, 2017).

Casos pretéritos, ainda não diretamente ligados às *deep fakes*, mas relacionados à utilização da manipulação digital (como o episódio *Cambridge analytica*) apontam para a necessidade de atenção ao que esse presente digital apresentará para a democracia do futuro, sugerindo-se um maior engajamento filosófico a respeito da questão): “Envolver-se com relatos filosóficos de manipulação é produtivo, porque esses relatos de manipulação podem nos ajudar a identificar várias maneiras pelas quais a influência *online* pode ser problemática” (Jongepier; Klenk, 2022, s.p, tradução nossa).⁵⁶

Para tanto, antes de se debater propriamente as inquietações democráticas que a manipulação digital de informações proporciona para a democracia⁵⁷, é necessário compreender primeiramente, sem pretensão de exaurimento, o porquê de se dizer que hoje se vive uma sociedade de velocidade, absorvedora de uma emergência temporal.

Nesse sentido : “A forma com que a mente humana é direcionada dentro de cada conjuntura sociológica é, também, o caminho que os mais elementares aspectos da proteção da pessoa humana irão trilhar dentro de cada período” (Altoé, 2017). Não foi por outra razão, embora tenha falecido em 1975, que Lionel Trilling, na obra *a “Mente no mundo moderno”* (2015), conseguiu antever características particulares dos novos tempos que hoje se denominam contemporaneidade. Ao se valer da frase de Thomas Jefferson – “jurei perante o altar de Deus eterna hostilidade a toda forma de tirania sobre a mente do homem” –, escreveu uma obra curta, mas com carga de reflexão, questionando o distanciamento do conhecimento e da mente da missão universal dos aprimoramentos sociais (Trilling, 2015, p. 48).

Essas breves considerações servem de base inicial para introduzir a afirmação de que, na contemporaneidade, hoje de viés digital, é possível identificar a presença

⁵⁶ No original: “[...] engaging with philosophical accounts of manipulation is productive, because these accounts of manipulation can help us to identify various ways in which online influence might be problematic” (Jongepier; Klenk, 2022).

⁵⁷ Pesquisa sobre os riscos democráticos a partir das redes sociais: Disponível em: <<https://mediatalks.uol.com.br/2023/01/14/pesquisa-avalia-se-redes-sociais-constroem-ou-destroem-democracias/>> Acesso em: 15/01/2024.

de características que destacam o atual estado sociológico, especialmente no campo da utilização do conhecimento e da manifestação das convicções.

A perda dos referenciais do último século, em especial a mudança profunda no cenário tecnológico e a criação de culturas cada vez mais globalizadas, além de outros pontos, dentre eles, a existência de novos riscos (sociedade de risco) (Santos, 2002), fazem dos tempos atuais merecedores de marcas próprias (Lyotard, 1988) e de uma conceituação particular: a pós-modernidade para alguns (ou outros conceitos análogos, para outros).

Gisela B. Taschner (1999) reconhece a existência de uma crise de paradigmas na atualidade e afirma que a compreensão da pós-modernidade, para que tenha manifestações concretas, deve ser encarada pela perspectiva sociológica. Em suas palavras:

Por mais sedutores que os argumentos dos pós-modernos possam ser, é difícil imaginar que se possa teorizar alguma coisa sem ter uma teoria (ou seja, uma grande narrativa); e talvez, mais que uma teoria pós-moderna, seja interessante seguir o conselho de Featherstone e tentar entender a pós-modernidade *através da sociologia*; mas começando por um relato *daquilo que aponta para a idéia de pós-modernidade*. E não se trata de considerar apenas a dimensão cultural da sociedade, por mais que “tudo” tenha se tornado cultural e que a cultura possa ter centralidade na análise (Taschner, 1999, p. 19).

Ao lado de notórios avanços tecnológicos e dos aspectos positivos que naturalmente daí surgem, há também características pouco compreendidas que levantam preocupações para o futuro constitucional, cujos questionamentos não podem ser ignorados pelo sistema jurídico. Conforme adiante se verá, os traços da atualidade digital indicam um momento de incertezas quanto à origem e a solução dos problemas vivenciados, abrindo-se espaço para discursos que podem vir a colocar o catálogo dos direitos fundamentais em risco.⁵⁸

A pós-modernidade, neste momento, pode ser vista como expressão que tenta indicar traços individualizantes do estado sociológico contemporâneo, a partir da constatação da fragilização das relações interpessoais e do enfraquecimento de algumas convicções (por vezes, dotadas de conteúdo vazio), ampliados por um

⁵⁸ Por isso, como tarefa importante para a futura projeção da tutela dos direitos essenciais no constitucionalismo digital, é preciso entender ao menos alguns elementos da pós-modernidade (ou outra definição da atualidade), iniciando-se por seu conceito.

sentimento de angústia frente aos problemas atuais, cujas origens e soluções são pouco entendidas (Altoé, 2017). A questão também conta com os traços da sociedade de risco, em que a multiplicidade dos fatores cotidianos incrementa os sentimentos mencionados. A era digital, um traço ainda mais recente, absorve com bastante contundência esse cenário. É marcada, ainda, pelo desaparecimento das fronteiras e pelo protagonismo do individualismo.

Logo se nota que o conceito de pós-modernidade e de qual seja a sua extensão sofrem bastante instabilidade⁵⁹, atribuindo-se a esse conceito, além de outras variáveis, o *status* de ser um termo polissêmico. Há quem diga, neste ponto, haver a possibilidade de existirem diversas versões⁶⁰ da pós-modernidade (Guerra Filho, 1997). Por outro lado, existe a afirmação de ~~E há quem diga, naturalmente~~ não existir uma pós-modernidade.⁶¹ Contudo, todas as versões reconhecem que a era digital é compartilhadora de dilemas únicos.

Muito utilizada no campo da estética, a projeção do conceito pós-moderno, por exemplo, apresenta-se diferentemente quando visualizada pelo viés sociológico (como aqui se pretende), com o qual também se depara, ainda que internamente, certo grau de inconstância. De acordo com Daniel Nery da Cruz (2011), o termo pós-modernismo foi utilizado pela primeira vez na Espanha, na década de 1930, mas foi com Jean-François Lyotard (1989) que o conceito teve iniciada sua expansão na projeção sociológica, solidificando-se ao final de 1979 (Lyotard, 1988).

Na mesma linha, Perry Anderson (1998), sem nem mesmo compreender as noções da era da ultratecnologia contemporânea, reforça a afirmação de que a expressão pós-modernismo teve origem na Espanha, na década de trinta, com vinculação ao campo estético. Teria sido utilizada, pela primeira vez, por Federico Onís, para novos referenciais estéticos. Foi só tempos depois, aproximadamente vinte

⁵⁹ No fim das contas, a utilização do termo “pós-modernidade” constitui a finalidade precípua de referência às alterações no modo de pensar e produzir das sociedades industrializadas, sobretudo nos séculos XX e XXI, à medida que passaram a sofrer cada vez mais a influência da difusão das informações e do denominado informacionalismo, fenômeno que tem provocado profundas transformações nos modos de produção e acumulação de riquezas, bem como na organização do trabalho e nas relações sociais” (Souza, 2017, p. 27).

⁶⁰ A título de exemplo, foi possível encontrar, no Direito norte americano, o uso do pós-modernismo para definir um novo marco do Direito Constitucional, sobretudo com base na mudança cultural que também afetou a recente jurisprudência (Balkin, 1992, p. 1966-1990).

⁶¹ Jurgen Habermas rechaça a existência da pós-modernidade. Zygmunt Bauman passou a adotar a expressão modernidade líquida por não antever, propriamente, uma pós-modernidade.

anos, que tal expressão começou a ser enquadrada no campo da definição de uma nova era sociológica; e apenas na década de setenta, passou a realmente se sedimentar em tal ponto (Anderson, 1998, p. 9 e 10 28).

Atualmente, embora presentes as já mencionadas (inevitáveis) divergências, há traços comuns entre diversos autores para definir a pós-modernidade como marco do atual estágio sociológico, precisamente a partir da ideia da perda de referenciais das últimas épocas, das incertezas sobre soluções e da profunda fragilização das relações, criando-se um estágio de emergência e imediatismo de soluções e informações. Esse cenário, mesmo criado décadas atrás, parece claramente se acentuar no curso da era digital que os tempos correntes proporcionam.

Nesta perspectiva, Zygmunt Bauman não se vale, em todas as suas obras, da expressão pós-modernidade⁶², porém destaca as mesmas características apontadas a partir do que optou por denominar, em quase todos seus escritos, *modernidade líquida*. Tal exemplo demonstra que a pós-modernidade, como referencial aqui definido, pode ter conceituação diversa em alguns textos, mas tem sido estudada, a partir das características comuns, por autores diferentes (cada qual com sua contribuição). Bauman, por exemplo, citado por Pallares-Burke (2003), passou a adotar a expressão diversa, pelas seguintes razões:

Uma das razões pelas quais passei a falar em "modernidade líquida" em vez de "pós-modernidade" (meus trabalhos mais recentes evitam esse termo) é que fiquei cansado de tentar esclarecer uma confusão semântica que não distingue sociologia pós-moderna de sociologia da pós-modernidade, entre "pós-modernismo" e "pós-modernidade". No meu vocabulário, "pós-modernidade" significa uma sociedade (ou, se se prefere, um tipo de condição humana), enquanto que "pós-modernismo" se refere a uma visão de mundo que pode surgir, mas não necessariamente, da condição pós-moderna (Bauman, 2003, on-line).⁶³

Lyotard (1988), por sua vez, define que a pós-modernidade, ligada diretamente ao período pós-industrial, compreende a construção de um presente que se deparou com a queda das narrativas mais importantes do passado, especialmente com a constatação de que as soluções anteriormente idealizadas, sobretudo na era da

⁶² Exemplo de onde se valeu do conceito na obra *mal estar da pós modernidade* (BAUMAN, 1998).

⁶³ A sociedade líquida. [Entrevista concedida a Maria Lúcia Garcia Pallares-Burke] Jornal Folha de São Paulo. São Paulo. 19 out. 2003, on-line. Disponível em: <http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/chamadas/4_Encontro_Entrevista_A_Sociidade_Liquida_1263224949.pdf> Acesso em: 15/01/2024.

modernidade, não são mais possíveis, gerando um inevitável estado de angústia. Lyotard (1988) acredita que a marca maior da pós-modernidade corresponde à constatação de que as metanarrativas da modernidade, muitas utópicas, foram frustradas.

Carlos Eduardo Bianca Bittar (2008), que aponta pelo surgimento não instantâneo da nova era sociológica, também indica como marca da pós-modernidade a queda dos grandes referenciais da modernidade, o que gera um estágio atual de instabilidade e de maior emergência (velocidade da vida), criando demandas por maiores imediatismos (Bittar, 2008).

Esses imediatismos, como já dito, criam espaço bastante fértil para os problemas do constitucionalismo digital (destaca-se, por exemplo, a manipulação digital por violação da privacidade ou pelo uso de *fake news*). Sobre a emergência da contemporaneidade:

Como se vem afirmando, a pós-modernidade não surge como algo pensado, não é fruto de uma corrente filosófica. Muito menos constitui um grupo unitário e homogêneo de valores ou modificações facilmente identificáveis, mas configura como que uma força subterrânea a irromper na superfície somente para mostrar seu vigor, aqui e ali, trazendo instabilidade, erosões e erupções, sentidas como abalos da segurança territorial na qual se encontravam anteriormente instaladas as estruturas valorativas e as vigas conceituais da modernidade (Bittar, 2008, p. 135).

No âmbito da doutrina nacional, ainda se pode citar, sem prejuízo de muitos outros, Alessandro Severino Vallér Zenni que define a pós-modernidade, na verdade, como um terceiro estágio da modernidade que se deparou, a partir das revoluções econômicas recentes, com a “desestruturação de uma série de paradigmas antes solidificados” (Zenni, 2006, p. 20). Essas alterações teriam sido marcadas por uma “[...] amargurada convulsão no seio social e, por vias reflexas, todo contingente que a circunda, colocando em descrédito os meios científicos criados para contornar e resolver os problemas humanos, inclusive o jurídico” (Zenni, 2006, p. 13).

Não se pode deixar de consignar, ainda, a existência de visões que rechaçam a existência da pós-modernidade em seu sentido conceitual, sustentando que a era da modernidade ainda se perpetua.

Dentre essas posições, está a célebre objeção feita por Jürgen Habermas cuja crítica parte da afirmação de que as estruturas justificantes da sociedade moderna

continuam preservadas com traços anteriores. Aduz Habermas, dentre outras coisas, que a queda de algumas das utopias marcantes da modernidade apresenta, quando muito, um cenário novo, mas não um marco sociológico distinto (Brito; Ribeiro, 2002).

Enfim, Habermas, citado por Arantes (1992), sustenta que a teoria da pós-modernidade tenta se desfazer, por completo, do passado, mas não tem capacidade de introduzir plenamente uma nova realidade, já que, sequer, consegue apontar possíveis soluções para as questões contemporâneas. Em linhas gerais, o referido autor defende que a modernidade não é um projeto esgotado, embora reconheça, dentro dessa fase, a queda de algumas das utopias desta realidade e a presença de novas questões (Habermas *apud* Arantes, 1992).

Sobre essa abordagem, eis interessante análise feita por Gustavo Lourenço de Carvalho (2009):

A tese central de Habermas em seu Discurso Filosófico da Modernidade coloca sua posição no debate entre modernidade e pós-modernidade. Tal tese diz que Habermas, além de querer revitalizar e completar o projeto inacabado da modernidade pela via da razão comunicativa, como saída para um paradigma da filosofia do sujeito esgotada, ele quer mapear e atacar os discursos críticos da modernidade, que em alguns caminhos leva à pós-modernidade conservadora e irracional. Ele mostra quanto as tentativas de se afastar das produções da modernidade, como por exemplo, o potencial comunicativo do mundo da vida e a filosofia do sujeito, são fracassadas. A pós-modernidade não conseguiu se esquivar da modernidade, ela é ainda moderna (Carvalho, 2009, p. 64).

Nota-se, de todo modo, que, mesmo para Habermas (que rejeita, como novo marco sociológico, o projeto pós-moderno⁶⁴), há um elemento essencial e que se aproxima de todas as visões anteriormente consignadas: a contemporaneidade passa a lidar com o desaparecimento de grandes narrativas marcantes da modernidade. Nesta perspectiva, vê-se a existência do *constitucionalismo digital* como uma questão própria dos tempos atuais tecnológicos, mas que não significa, necessariamente, o rompimento com as características dos princípios constitucionais tradicionais. É o que defende, na doutrina estrangeira, o trabalho de Sousa (2022):

⁶⁴ É possível citar autores que criticam até mesmo a existência de uma “modernidade”, há a obra, como exemplo, *jamaís fomos modernos* (Latour, 1994).

[...] os desafios que sempre foram colocados ao Direito Constitucional, permanecem intactos, ainda que os seus atores possam ter-se modificado com o tempo, ou a sua revelação tenha passado para um outro caminho de evolução (Sousa, 2022, p. 81).

Também é importante esclarecer que, como manifestação contemporânea, o aludido marco sociológico da tecnologia ainda se encontra em curso, tendo características diversas das que foram apresentadas, as quais só o tempo – inigualável como é para o aprimoramento do conhecimento – poderá relevar. Enfim, está-se diante de um período ainda em manifestação e em formação, de modo que verdadeiramente há muito que se descobrir sobre seu conteúdo.⁶⁵

Essas considerações iniciais apontam para a necessidade de se identificar algumas das principais características não exaurientes da pós-modernidade (ou da contemporaneidade, modernidade tardia ou outra definição que busque compreender os dilemas dos tempos digitais correntes).

Para isso, cabe avaliar, de maneira mais destacada, o que torna a conjuntura atual uma era de incertezas que cria riscos únicos para a tutela dos direitos fundamentais e para a democracia na era digital.

3.2 O PROBLEMA ATUAL DA IDENTIDADE COMO FATOR CONTRIBUTIVO DA DOMINAÇÃO DIGITAL DA INFORMAÇÃO

⁶⁵ Nesse sentido, citem-se as palavras de Eduardo Carlos Bianca Bittar (2008, p. 137): “Mas a instauração de uma nova ordem, que irrompe trazendo novas concepções e novos modos de ser, não se faz sem quebras abruptas e sem resistências. Por se tratar de um movimento que está em franco processo de produção, desenrolando-se sob os olhos dos próprios narradores envolvidos, a linha histórica da pós-modernidade ainda é muito tenuemente percebida e muito sutilmente afeita a fortes descrições teóricas. Aliás, mais mitos e lendas, mais fantasias e ilusões estão presentes do que propriamente reais condições empíricas que comprovem esta ou aquela qualidade da pós-modernidade, ou mesmo qual o rumo a ser tomado pelas sociedades a partir das modificações introduzidas ao longo destas últimas décadas. Em poucas palavras, quer-se dizer que se sabe menos sobre a pós-modernidade do que efetivamente acerca dela se especula. O enevoado diáfano domina o cenário a ponto de tornar-se turva a visão para contemplar o horizonte. Há um grande afã cabalístico, ou até mesmo apocalíptico, nas tentativas de antevisão das consequências e dos possíveis frutos advindos da introdução de novos padrões de conduta social com a pós-modernidade. Neste contexto poucas certezas são certas, a não ser aquela que afirma que o certo é não haver certezas”.

Já se afirmou no tópico anterior sobre uma das marcas mais destacadas da pós-modernidade: a incerteza que a era atual carrega. No entanto, essa constatação só é possível pela verificação de que a era atual veio suceder a períodos pretéritos com tônicas diferentes, o que não significa serem melhores.

Abrir espaço para uma nova era sociológica exige, naturalmente, que os referenciais da era passada (a modernidade) tenham sofrido abalo a ponto de não conseguirem mais explicar, ao menos de maneira satisfatória, as manifestações sociais hodiernas (Taschner, 1999).

Diferentemente da atualidade, onde a velocidade e a quantidade de informações é claramente maior, absorvidas em um mundo digitalizado, as gerações passadas tinham em si mesmas, ao menos na generalidade, a tônica da certeza acerca das próprias convicções (uma afirmação evidentemente generalista, apenas ilustrativa de um recorte geral). Nesse sentido, sem deixar de questionar a clara existência de exceções, boa parte de gerações anteriores trazia consigo noções da vida mais delimitadas do que as demandas do viver da atualidade, ainda que essas convicções hoje possam ser questionadas (Altoé, 2017).

Esse modelo tem gerado uma sociedade de cansaço, segundo Han (2019), marcada por um individualismo extremo e pelo desaparecimento das coletividades (uma marca da era digital que o constitucionalismo digital precisa observar). O sociólogo até sugere um conceito, nominado de animal *laborans* pós-moderno, caracterizado por excesso de positividade, pelo ultraestímulo e por uma subjugação da sociedade de desempenho:

A sociedade atual distancia-se desse paradigma e é uma sociedade de desempenho, marcada pelo excesso de positividade e habitada por sujeitos de desempenho e produção, empresários de si mesmos (Han, 2019, p. 6 e 7).

O animal *laborans* pós-moderno é hiperativo e hiperneurótico. Deve-se procurar outra resposta à questão que pergunta por que todas as atividades humanas na Pós-modernidade decaem para o nível do trabalho; porque acabam numa agitação tão nervosa (Han, 2019, p. 10).

Especialmente por conta da diferença contemporânea quanto ao aspecto tecnológico e à globalização de culturas, marcas do rompimento de fronteiras, tais antepassados se inseriam em um corpo coletivo não tão difuso e de ultrainformação, quanto ao atual. As fronteiras, mesmo que imaginárias, eram mais sólidas. A pós-

modernidade, assim, tem, em uma de suas características, a inexistência de demarcações tão concretas⁶⁶, inserindo no atual estágio uma vastidão de elementos que o passado jamais conheceu (Brito; Ribeiro, 2002).

Hoje se afirma, por exemplo, que as crianças, na primeira infância de determinada localidade, recebem carga informacional muitas vezes superior em comparação às crianças de décadas atrás, especialmente em razão do acesso acentuadamente fragmentado que os mecanismos tecnológicos produzem. Trata-se não necessariamente de uma vantagem, mas possivelmente de um problema em si mesmo. Há estudos que indicam que a geração da ultratecnologia poderá, pela primeira vez na história da medição, apresentar QI inferior às gerações pretéritas.⁶⁷

Enquanto hoje se vivencia o acesso a uma infinidade de conteúdo de forma simultânea que a era digital produz, as comunidades do começo do século passado, ainda que numericamente populosas, traziam consigo uma noção mais clara do que seria o certo ou o errado para os padrões da época, já que os referenciais que adotavam (certos ou errados para os critérios atuais, deixando-se de lado os anacronismos) eram mais delimitados. Como decorrência natural, é possível indicar que as decisões a serem tomadas por determinada pessoa partiam, em sua generalidade, de convicções menos difusas que atualmente. O ser de hoje, por outro lado, tem oferta de informação digital que sobrecarrega o seu processo de escolha.

Não cabe aqui questionar o acerto ou não de opções feitas no passado (muitas equivocadas pelos paradigmas contemporâneos). A questão, em verdade, parte da realização de um contraponto sociológico com a conjuntura momentânea que fez florescer o constitucionalismo digital, no qual a infinidade de informações tecnológicas e o surgimento de algumas características pontuais fazem com que a identidade de cada pessoa (materializada na força e na base das convicções) seja extremamente frágil; enquanto que, em gerações passadas, em contrapartida, a compreensão sobre os destinos da própria vida era, de certo modo, menos difusa que no presente instante, absorvido em um universo de alternativas e hipóteses criadas pelo mundo virtual.

Assim, conquanto não se tenha a possibilidade de identificação de datas exatas (até porque a sociedade é orgânica), é interessante analisar a modificação de marcos

⁶⁶ Sobre a queda das certezas, mas tomando por base as leis da natureza, há a obra “O fim das certezas” (Prigogine, 1996).

⁶⁷ A respeito desse assunto, consultar o site <<https://www.bbc.com/portuguese/geral-54736513>>

sociológicos recentes – especialmente do século passado até o presente – que possuem o condão de ilustrar como o corpo coletivo teve os referenciais alterados em pouquíssimo tempo e como essa modificação pode levar o sistema jurídico constitucional e democrático para águas não antes navegadas, em uma época de riscos próprios de uma era que tem navegado em um oceano digital que ainda se revela.

Em um primeiro momento, por propósitos didáticos, em verdadeira alegoria de linguagem, é possível identificar uma geração de certezas, em que pessoas inseridas em comunidades menores, ou numericamente populosas, porém sem tantos referenciais culturais que a atualidade promove, tinham concepção bastante definida sobre os cursos da vida.

Conquanto também tivessem as próprias angústias, a definição dos padrões do agir em tais períodos revestia as convicções dos membros do corpo coletivo de maior concretude, e a solução dos questionamentos gerais eram normalmente encontrados dentro dessa comunidade, mesmo na forma da conformação.

Consoante outrora dito, se adequados ou não os caminhos trilhados, a comunidade normalmente possuía uma identidade mais individualizada, de modo que as opções públicas e pessoais normalmente tinham maior permanência do que atualmente (hoje muito em que se acredita é, na verdade, acreditado por pouquíssimo tempo, em uma era de *fake news*). As fontes de informações e a maneira de se relacionar, como se observa, eram ditadas por caminhos inegavelmente mais limitados.

Tal autocompreensão do corpo coletivo, normalmente fruto das barreiras que hoje cederam, indicava que os problemas vivenciados naquelas oportunidades também eram mais objetivamente identificáveis. O próprio mal, quando manifestado, era claro e com origem mais nítida. Os inimigos a serem enfrentados, os responsáveis pelo ato pernicioso, eram também mais concretos. Hoje, diferentemente, as razões de alguns dos problemas partem de discursos nem sempre claros e, muitas vezes, contraditórios, oriundos de múltiplos fatores que se renovam progressivamente na vertiginosa evolução dos campos de relação da tecnologia.

Enfim, a geração das certezas era marcada, amplamente, por uma noção mais profunda da própria identidade, quando os problemas e as soluções eram também, por inevitável ligação, mais compreendidos. É claro que a afirmação da existência de

uma *geração de certezas* é apenas uma licença de linguagem, já que o corpo social é sempre uma manifestação complexa⁶⁸ que não comportaria tamanha generalização e, muito menos, a propositura de marcos temporais rígidos. O propósito dessa análise reside apenas em uma ampla visualização da modificação de algumas características sociológicas que o tempo promoveu (Gauer, 2009), sobretudo após a grande unificação de informações e conhecimentos que a tecnologia permitiu nas últimas décadas, trazendo a vida para um campo digital complexo.

Contudo, essa geração mencionada (cujos traços também podem ser vistos em décadas recentes, o que faz prova de não se tratar de um marco temporal rígido), foi abalada pelos extremos do último século (Prigogine, 1996) e, mais à frente, em outro marco, sofreu nova ressignificação que atinge a era virtual de hoje.

As profundas marcas da violência e do autoritarismo de parte do século passado impuseram, em diversas localidades, um novo marco sociológico, ligado agora à descrença e à inquietude que abalaram profundamente os referenciais da geração das certezas. O ideal de um tranquilo *conformismo*, que marcava a geração das certezas, que acreditava que os problemas vivenciados poderiam ser administrados ou acomodados pelo curso da vida, passa a ser abalado pela imposição de uma realidade diversa no período dos grandes conflitos, em especial, a Segunda Guerra Mundial.

Embora no aspecto sociológico não seja possível o apontamento de datas exatas para o rompimento desses paradigmas, é admissível ao menos analisar o período a partir de uma perspectiva histórica. Como referência a esse período, pode-se adotar a classificação feita por Eric Hobsbawm (1995), na obra “Era dos extremos”, na qual o identifica como um período próprio às manifestações históricas ocorridas entre 1914 e 1991, e faz a subdivisão dessa era em três subperíodos: 1) *catástrofe*, em que descreveu as Grandes Guerras e as modificações políticas específicas desse tempo; 2) *era de ouro*, na qual explora o conceito de Guerra Fria e a revolução social do pós-guerra; e 3) o *desmoronamento*, referindo-se às crises posteriores à Guerra Fria (Hobsbawm, 1995).

⁶⁸ Edgar Morin (2005) destina a própria obra ao estudo da utilização de categorias e projetos complexos e de qual é a finalidade dessas categorias (onde se insere, a título de exemplo, a modernidade). Para tanto, ver a obra “Introdução ao pensamento complexo”, do referido autor.

Claro que os traços da geração de certezas também poderiam ser encontrados em diversas pessoas e em diferentes locais, ainda que dentro da delimitação temporal apontada. Cabe lembrar, uma vez mais, que os traços sociológicos ora explorados não ~~são~~ figuram como um dado objetivo que possam ser aferidos por datas exatas já que a modificação, no corpo coletivo, é normalmente gradual. Nada impede, entretanto, que essa análise seja feita de maneira ampla, podendo indicar traços gerais, ligados, de maneira mais *preponderante*, a determinada era, o que faz entender as modificações dos paradigmas sociológicos atualmente vivenciados (nessa perspectiva, Gauer (2009) trata sobre a descontinuidade do tempo).

Nessa ordem de ideias, adotando-se o referencial temporal indicado na obra de Hobsbawm (1995) para o século passado, é possível visualizar que a geração das certezas passou a se deparar com graves violações e com uma realidade capaz de afetar, de maneira irreversível, as próprias convicções (até então rígidas e autossuficientes).

Um cenário de guerra por quase toda a Europa, a massificação da violência dos conflitos e mesmo o cenário de pós-guerra com alguns governos autoritários, inclusive com supressores das múltiplas liberdades fizeram com que aqueles que não sucumbissem à dura realidade passassem a embasar seu agir a partir do ideal de um futuro promissor.⁶⁹, de maneira que a esperança é a força motriz, assumindo o papel anterior do conformismo.

Enfim, as grandes esperanças sucederam a geração das certezas. Enquanto esta, como período pretérito, encontrava, na própria realidade, a solução das angústias (ainda que a conformação), o corpo coletivo passou a se deparar com uma realidade negativa, de modo que o agir de muitos, enfrentando as opressões próprias do período, passou a encontrar fundamento no propósito de um futuro idealizado, no qual o fim da guerra, a queda dos regimes autoritários, a derrubada do muro que dividia o país, dentre outros exemplos, seriam a solução dos problemas identificados no tecido social.

Veja-se que, embora se esteja diante de dois marcos sociológicos diferentes (que obviamente projetam suas distinções), um baseado na conformação dos

⁶⁹ Sobre as manifestações sociológicas no curso da Segunda Guerra, especialmente o Holocausto e a criação de indiferenças morais quanto ao mal, consultar a obra “Modernidade e holocausto” (1998), do filósofo Zygmunt Bauman, com destaque para a p. 38 e subsequentes.

problemas com a própria realidade e o Outro, baseado na conformação a partir de um futuro idealizado contra a realidade experimentada (grandes esperanças), é possível apontar um essencial ponto em comum que une os dois marcos: ambos indicavam maior noção de identidade.

Se na geração das certezas a identidade era mais clara por conta da maior delimitação das convicções vigentes dentro do corpo coletivo; nas grandes esperanças, a visão de um futuro melhor, quando do possível fim dos fatores perniciosos da realidade da época, atribuíam também ao período em questão identidade mais bem definida que a atualidade.

Enfim, os problemas eram reais, mas com fontes mais bem compreendidas pelas pessoas (ao menos em termos de convicção sobre a origem), e o fato de compreenderem tais fatores indicava, mesmo que parcialmente, os caminhos que tinham a trilhar, ainda que com o objetivo de superar os males vivenciados para alcançar os objetivos pretendidos.

Aqueles que vivenciaram e não sucumbiram às guerras sabiam, ou acreditavam que, ao final dos conflitos, as angústias poderiam ser solucionadas. Aqueles que sofreram com o ataque à liberdade durante regimes autoritários visualizavam a fonte de seus problemas e, agarrados ao ideal de um futuro, tinham concretude da identidade. Embora graves as violações, a era das grandes esperanças tinha conteúdo de identidade.

É exatamente no fim desse último marco que a pós-modernidade (cujo conceito se elegeu para o presente trabalho) passa a ter maior evidência.⁷⁰

O fim das Grandes Guerras, a queda em décadas posteriores de muitos dos regimes autoritários e o desaparecimento de muitos dos fatores da geração das grandes esperanças deram espaço para que o futuro, até então idealizado, transformasse-se, agora, no presente capaz de, enfim, solucionar as angústias vivenciadas. Era a hora de a promessa se transformar em realidade.

No entanto, ainda que não se vislumbre a possibilidade de traçar comparativo com os prejuízos de cada período (especialmente os extremos dramas vivenciados

⁷⁰ Cabe lembrar que essas análises sociológicas não contam com marcos históricos exatos. Em realidade, a questão é proposta para fins didáticos, sem se olvidar que as características de uma projeção ainda podem se fazer presentes em determinadas pessoas ou grupos que, em tese, estariam em um marco sociológico distinto.

no curso das guerras e dos regimes autoritários), o fato é que a realidade atual não se mostrou tão perfeita quanto às grandes esperanças puderam idealizar. Os novos tempos apresentaram problemas a serem enfrentados, contudo sem a mesma identidade⁷¹ e compreensão que os marcos passados, especialmente porque a origem das questões que preocupavam o corpo coletivo não conta mais com a certeza de quem e o quê seriam responsáveis pelos males.

Por isso, a pós-modernidade é marcada, em algumas localidades, pelo traço da descrença coletiva, inclusive no campo das instituições públicas (Santos, 2002), já que vem a suceder uma era de amplas narrativas que prometiam uma realidade diversa⁷², capaz de aquinhoar, de maneira mais efetiva, os dramas sociais.

Além disso, vem inserida em um momento particularizado pelo caráter difuso, em que os grandes causadores dos problemas não mais são facilmente identificados, e a própria vastidão das preocupações cotidianas (muitas delas de menor importância, se comparadas aos referenciais passados) cria o declínio das narrativas sobre as grandes esperanças e abre espaço, conseqüentemente, para crescentes incertezas. Com essas incertezas, acompanham soluções equivalentemente vazias.

Lyotard (1988) acrescenta a visão de que as Nações, os partidos políticos, os profissionais de referência e, de modo geral, todas as tradições históricas que se embasavam em grandes narrativas da última época se enfraqueceram na atualidade. Eis interessante trecho a respeito da época em questão:

A novidade é que, neste contexto, os antigos pólos de atração formados pelos Estados-nações, os partidos profissionais, as instituições e as tradições históricas perdem seu atrativo. E eles não parecem dever ser substituídos, pelo menos na escala que lhes é própria. A Comissão tricontinental não é um pólo de atração popular. As “identificações” com os grandes nomes, com os heróis da história atual, se tornam mais difíceis. Não é entusiasmante consagrar-se a “alcançar a Alemanha”, como o presidente francês parece oferecer como finalidade de vida a seus compatriotas. Pois não se trata verdadeiramente de uma finalidade de vida. Esta é deixada à diligência de cada cidadão. Cada qual é entregue a si mesmo. E cada qual sabe que este si mesmo é muito pouco. Desta decomposição dos grandes relatos [...] segue-se o que alguns analisam como a dissolução do vínculo social e a passagem das coletividades sociais ao estado de uma massa composta por átomos individuais [...]. Isto não é relevante, é um caminho que nos parece obscurecido pela representação paradisíaca de uma sociedade “orgânica” perdida (Lyotard, 1988, p. 27 e 28).

⁷¹ Sobre a perda da identidade, consultar Hall (2004).

⁷² Embora o trabalho mencione períodos ainda mais recentes, a sociologia já indicava a queda de grandes narrativas já no começo da década de 1980 (Lyotard, 1989).

Como se nota, inúmeros debates sobre a violência urbana, discussões sobre como a economia pode vir a ruir e deteriorar a qualidade de vida das pessoas, dentre outros exemplos, servem para demonstrar que a atualidade se depara com angústias próprias, mas sem as mesmas certezas que imbuíam os membros dos marcos sociológicos precedentes. Daí ser possível afirmar que a atualidade, caracterizada na pós-modernidade, traduz-se em uma geração de incertezas.

Esse estado de incertezas certamente conduz a algumas consequências quanto à demanda por informações mais imediatas, céleres e instantâneas. O problema da identidade, na pós-modernidade, atestando que as convicções não são tão profundas como outrora, faz com que o tecido social esteja aberto às dominações digitais, que bombardeiam os indivíduos com conteúdos selecionados de forma individualizada, a partir dos *bots* e algoritmos, conforme estudos apontados no capítulo antecedente.

As dúvidas próprias da era digital ganham maior corpo em razão de uma outra característica, merecedora de tópico próprio: a pós-modernidade também é marcada por ser uma sociedade de risco que demanda emergência nas soluções e nas informações. A velocidade em questão é a tônica de um mundo que se digitalizou.

3.3 DA SOCIEDADE DE RISCO E DE EMERGÊNCIA NO CONTEXTO DA CONSOLIDAÇÃO DA VIDA DIGITAL

A análise da *sociedade de risco* deriva, de forma especial, de uma crítica bastante particular acerca da atualidade, feita por Ulrich Beck, pela primeira vez em 1986, e que foi publicada no Brasil, no ano de 2010. Apesar de alguns se referirem à sociedade de risco como a valoração de um ponto específico da pós-modernidade, outros defendem que, em realidade, se está diante de uma análise de um segundo estágio da modernidade (Altoé, 2017). Seria o tratamento de um dilema próprio⁷³.

⁷³ Por Ulrich Beck (2010), chamada de *modernidade reflexiva*.

Tal divergência, entretanto, pouco contribui para o enfrentamento do problema que se pretende avaliar no presente trabalho. Seja qual for conceito, até porque a divergência parece residir apenas na terminologia (e não no conteúdo), a questão refere-se ao momento atual, em as certezas do passado não mais se sustentam (Ribeiro, 2007).

A obra, em linhas gerais, busca apontar os novos referenciais da contemporaneidade, a partir da demonstração de que os dias atuais conduziram a era da modernidade a um novo caminho, sobretudo no aspecto pós-industrial que, por características próprias do referido período, promoveu profundas alterações nas características peculiaridades do corpo coletivo (Beck, 2010), gerando riscos que podem ser compartilhados por diversas comunidades distintas (antes, na primeira modernidade, os riscos eram próprios de cada lugar) (Guivant, 2001).

Sobre esse ponto de vista, Ricardo Lodi Ribeiro (2007) faz a seguinte observação:

É inevitável constatar que com a *Globalização* se mostra rompida uma das principais premissas da *Era Moderna*: a de que vivemos em espaços delimitados pelos Estados Nacionais. Porém, o que pode ser considerado como a decadência da modernidade pode também marcar o início de uma *segunda modernidade*, desde que sejam superadas as ortodoxias que levaram ao esgotamento da primeira (Ribeiro, 2007, p. 268).

Com maior enfoque neste ponto, Beck (2010) indica que os novos tempos apresentam, também, novos riscos que encontram origem em vários fatores, muitos deles não controlados ou não assimilados.

A importância do estudo da teoria de Beck, neste trabalho, habita na clara vinculação que seus pensamentos possuem com a característica apontada no tópico anterior: o fato de que a pós-modernidade – ou a atualidade - é caracterizada, ainda que em muitos pontos diferentes, por uma geração de incertezas que ~~acaba por ter~~ demanda por informações e soluções aceleradas. O livro, por exemplo, foi substituído pelo *podcast* que, por sua vez, também passou a ter canais de “cortes”, com trechos cada vez mais acelerados e reduzidos. As mídias de comunicação digital, por exemplo, permitem que os áudios e os vídeos sejam acelerados.

Sem se olvidar da conclusão de que essas incertezas possuem faces diferentes na era pós-moderna, inclusive quanto às convicções das próprias pessoas sobre os

destinos da vida, têm elas importância destacada quanto à noção que cada um possui acerca dos riscos cotidianos a que estão submetidos, além do fato de que os riscos, antes próprios de cada local, acompanham agora o processo de expansão global.

Se na geração das certezas e na era das grandes esperanças o conceito de *risco* era melhor delimitado (os fatores de dano, por assim dizer, mostravam-se mais claros e assimiláveis, inclusive quanto às consequências), a era pós-moderna foi catalisada por elementos como a universalização de culturas, o período da revolução tecnológica e industrial, bem como a forte globalização da segunda metade do último século; traços que conduziram, também, à criação de novos riscos (em proporção numérica e em natureza) que não são assimiláveis de prontidão.

A leitura *prima facie* desses conceitos poderia levantar questões a respeito do grau do risco atual ser, como faz crer o conceito, superior ao do passado (que conviveu com guerras e marcas extremas de violações, já apontadas no tópico anterior). Contudo, a análise mais atenta do trabalho de Ulrich Beck (2010) rapidamente aponta que a imagem da sociedade de risco se encontra, na verdade, na multiplicidade de fatores que abrem espaço para danos na contemporaneidade e não propriamente ligada à intensidade desse risco.

Se, no passado recente, os riscos eram inegavelmente sérios, indicadores de violações profundas (v.g. perseguições em certos regimes autoritários), a contemporaneidade conta, como característica única de seu tempo, com a exponencial multiplicação dos fatores de risco no aspecto quantitativo, o que não significa, obviamente, serem sempre indicadores de *danos mais sérios* (embora por vezes assim se manifeste). Também conta com a universalização de certos riscos, que antes eram contidos pelas barreiras, físicas ou imateriais, que separavam cada localidade. Hoje, no mundo virtual, as fronteiras propriamente não existem. A vítima de um golpe, por exemplo, pode receber um *email* falso oriundo de outro país.

O importante diagnóstico de Beck (2010) aponta, como se vê, para abordagem diferente dessa simples dicotomia do que seria ou não mais “arriscado”, e imerge, no aspecto sociológico da obra, em questionamentos a respeito da atualidade, em que os riscos não são tão compreendidos como outrora, já que partem de fatores difusos e que ainda contam com constante renovação (marca da era pós-industrial, em que a renovação e a inovação – positivas para o caminho da humanidade – trazem, por outro lado, novos riscos a serem compreendidos) (Altoé, 2017).

Cite-se o exemplo da questão ambiental para bem ilustrar a visão de Beck (2010). A salutar expansão industrial, geradora e distribuidora de produtos e riquezas, traz consigo inevitáveis riscos a esse ponto, apresentando-se de forma diferente de outras gerações. Esses elementos, portanto, devem conduzir o pensamento também a novos patamares, dentre eles, a respeito da saúde das pessoas (Ianni, 2008).

Outros exemplos concretos da sociedade de risco se refletem no desastre nuclear de Chernobyl, no terrorismo, no aquecimento global, nas epidemias mais recentes (v.g. AIDS), dentre outros (Lacava Filho, 2015, p. 376 e 377). O mais interessante está no ponto de que a pós-modernidade ainda se cria cotidianamente, de modo que o catálogo de riscos também se encontra em plena formação. Nesse ponto, rememore-se que a própria era digital, ainda que seja um problema posterior ao escrito de Beck (2010), é um exemplo dos riscos difusos, sem fronteiras e com potencial de atingimento de uma universalidade de pessoas; talvez este seja o principal exemplo dessa era de risco.

Se não bastasse, o ponto central do diagnóstico de Beck reside na demonstração de que a sociedade industrial, marcada pela produção e distribuição de bens, “[...] foi deslocada pela sociedade de risco, na qual a distribuição dos riscos não corresponde às diferenças sociais, econômicas e geográficas da típica primeira modernidade” (Guivant, 2001, p. 95-112).

Quanto a esse aspecto, Ulrich Beck classificou o fenômeno de *efeito bumerangue* (Beck, 2010, p. 44). Enquanto na modernidade anterior a análise é lastreada na premissa de que os riscos se manifestavam de forma diferente em cada camada social; na sociedade de risco, marcada pelas próprias manifestações universais, há a expansão de muitos riscos compartilhados de forma potencialmente *igualmente* por todos, independentemente do aspecto social. Há, em outras palavras, novos padrões atuais de riscos que atingem, inclusive, aqueles que os produziram (como o caso de um enorme desastre ambiental).

Veja-se, portanto, que, apesar das naturais e indissociáveis diferenças sociais, projetando consequências diferentes em cada grupo, é razoável afirmar que os problemas da era digital, elencados nos capítulos pretéritos, bebem dessa fonte, já que podem atingir uma generalidade de pessoas. Basta observar, por exemplo, grupos de pessoas supostamente esclarecidas que compartilham *fake news*, grupos

de variadas classes que sofrem golpes virtuais. A *deep fake* pornográfica que atinge celebridades e também pessoas anônimas.

A vida digital, que naturalmente traz bons frutos e avanços, também traz riscos próprios de uma era bem-desenhada pelo pensamento de Beck (2010) (ainda que ele não tenha lidado com o fenômeno digital propriamente dito).

Essa nova face dos riscos, de serem alguns compartilhados por todos, notadamente na era digital, certamente aumenta o estado de incertezas e, bebendo da fonte da velocidade e do imediatismo, alimenta discursos que prometem catástrofes (Zenni, 2006). Eis as palavras do pensador alemão:

Contido na globalização, e ainda assim claramente distinto dela, há um padrão de distribuição dos riscos no qual se encontra um material politicamente explosivo: cedo ou tarde, eles alcançam inclusive aqueles que os produziram ou que lucraram com eles. Em sua disseminação, os riscos apresentam socialmente um *efeito bumerangue*: nem os ricos e poderosos estão seguros diante deles. Os anteriormente latentes “efeitos colaterais” rebatem também sobre os centros de sua produção [...]. Torna-se claro que a Terra se transformou num assento ejetável, que não mais reconhece diferenças (...). À boca larga e independente de filiação partidária, o que se ouve são tons bastantes estridentes, apocalípticos (Beck, 2020, p. 44 e 45, grifos do autor).

Não ter a noção exata dos riscos existentes no cotidiano talvez seja o ponto central do estado de angústia que marca a pós-modernidade. Há, hoje, uma fórmula bastante perigosa: ao mesmo tempo em que os fatores de riscos são tão variados, o individualismo se agravou profundamente, havendo evidente crise da solidariedade, fato que encontra terreno fértil para agressões aos direitos fundamentais nas redes sociais e que projeta o paradoxo da alteridade, como já visto em tópico próprio.

Agrega-se, ainda, o enfraquecimento das convicções que movem as decisões da maioria das pessoas, muitas delas cooptadas pelos *bots* e algoritmos que, no claro exercer do espelho de narciso, apenas reproduzem aquilo que a pessoa quer ouvir, ou seja, referenciar as próprias convicções e, por vezes, os próprios preconceitos. Sousa (2022) escreve, quanto ao tema, com mais profundidade:

No limite, as plataformas digitais gozam do poder de manipulação que lhes faculta uma influência determinante, bastando para tal que apresentem determinados conteúdos baseados nas preferências de cada um, antecipando-lhe que determinada opção é mais apta a ir de encontro aos

seus ideais, conduzindo a que os cidadãos não se exponham a ideias diversas daquelas que defendem (Sousa, 2022, p. 50 e 51).

Há um estudo específico sobre a relação da sociedade com a contemporaneidade digital elaborado por Byung Chul Han, na obra “No enxame” (2018). A partir da análise crítica das perspectivas que o mundo digital promove destaca, por exemplo, a característica compulsória das mídias de ultrainformação, a vivência forçadamente artificial de uma falsa coletividade que implica, ao final, em distanciamento aos valores subjetivos mais caros da humanidade, dentre eles, a capacidade de afeto (e também se pode afirmar de alteridade, como explorado nesse tópico):

A falta de distância leva a que o privado e o público se misturem. A comunicação digital fornece essa expressão pornográfica da intimidade e da esfera privada. Também as redes sociais se mostram como espaços de exposição do privado (Han, 2018, p. 13).

Essa obra, que enfoca os dilemas específicos das perspectivas digitais, mantém inevitável diálogo com outro texto do autor sul-coreano: “A sociedade do cansaço” (2018). Com especial crítica ao caráter exploratório de algumas das manifestações mercadológicas do fenômeno motivacional, o texto mencionado ~~acaba~~ ~~per~~ introduz, ainda que indiretamente, uma reflexão importante sobre como as inquietações pessoais extraídas do mundo contemporâneo podem ser exploradas (em casos específicos) por contextos abusivos (Han, 2019).

A obra supramencionada não trata diretamente da questão digital (diferentemente do enxame), mas sua reflexão é indissociável do problema ora proposto. Ao abordar os dilemas que o tecido social lida com a hiperatividade nascida das demandas artificiais criadas por uma exigência de superprodutividade, não há como deixar de afirmar, até como imperativo lógico, que o contexto do mundo virtualizado catalisou (e ainda catalisará), com contundência, todas essas questões (Han, 2019).

Não por outra razão, as explorações “motivacionais” hoje são essencialmente ligadas ao conteúdo de Internet e às próprias inquietações, ligadas à hiperatividade que desconectam a essência do ser, e derivam, em grande medida, desse mesmo cenário (p. ex.: produtividade digital, velocidade de conteúdo *online* etc.).

Por isso, o estudo sobre a sociedade de risco, como melhor se verá em outra oportunidade, tem papel importante para a compreensão acerca das grandes questões ligadas ao *constitucionalismo digital*. Ainda explica, em parte, o que aqui se propôs chamar do oxímoro da alteridade nas redes sociais.

A perda dos referenciais acerca dos fatores de dano, abrindo inevitável espaço para subjetividades sobre a importância de qual bem é ou não mais essencial, faz com que as questões constitucionais contemporâneas se tornem complexas.

Já se viu, ainda, que a pós-modernidade tem a preocupante face da incerteza, havendo incontestável crise de referenciais. Neste ponto, o conhecimento, inserido na velocidade da atualidade, torna-se superficial em um ambiente repleto de falsidades e de manipulações digitais. O que pode ser rapidamente assimilado e reproduzido é interessante; já o que é profundo ou antigo é desinteressante, incompatível com as demandas da contemporaneidade, sempre caracterizadas por um estágio de emergencialidade. Nesse aspecto, Boaventura de Sousa Santos (2002) diagnostica que se vivencia na era atual um estágio de *desassossego*, fruto de experiências paradoxais. Há uma mistura da ordem e da desordem:

O desassossego resulta de uma experiência paradoxal: a vivência simultânea de excessos de determinismo e de excessos de indeterminismo. Os primeiros residem na aceleração da rotina. As continuidades acumulam-se, a repetição acelera-se. A vivência da vertigem coexiste [...]. A eventualidade de catástrofes pessoais e colectivas parece cada vez mais provável. A ocorrência de rupturas e de descontinuidades na vida e nos projectos de vida é o correlato da experiência de acumulação de riscos inseguráveis. A coexistência destes excessos confere ao nosso tempo um perfil especial, o tempo caótico onde ordem e desordem se misturam em combinações turbulentas. Os dois excessos suscitam polarizações extremas que, paradoxalmente, se tocam. As rupturas e as descontinuidades, de tão frequentes, tornam-se rotina e a rotina, por sua vez, torna-se catastrófica (Santos, 2002, p. 41).

Nota-se que as características apontadas por Ulrich Beck (2010), imergidas na modernidade líquida de Bauman, apontam para um cenário sociológico que claramente pode colocar em risco algumas conquistas históricas do constitucionalismo, dentro do delimitado problema que aqui se propôs, ligado ao particular vivenciar da era digital.

Misture-se, no mesmo contexto, a difusão dos fatores de risco, as incertezas pessoais, a crise de referenciais e a perda da identidade (marcada na pós-

modernidade) e logo se verá um cenário bastante tumultuado para definir quais seriam as prioridades a serem protegidas pela excepcional atuação das intervenções Estatais. Mais do que isso, cria-se um cenário de instabilidade capaz de deslegitimar a própria ideia de que os direitos fundamentais são merecedores de proteção até mesmo contramajoritária se necessário (inclusive frente às forças tecnológicas).

O individualismo marcante desses dias surge exatamente da junção de todos esses fatores e faz com que cada um passe a defender ideias que tenham por único objetivo acalantar as próprias angústias, pouco importando se possuem compromissos com as missões protetivas da Constituição.

Se o individualismo floresce, naturalmente grande parte das pessoas postulará medidas que unicamente interessem a elas, ainda que afetem garantias essenciais de outrem e ainda que, no futuro, isso possa se voltar contra a própria pessoa (que não consegue antever esse risco, dada à queda dos referenciais).

Portanto, é essencial conhecer que o sistema jurídico constitucional está em veloz modificação ou, ao menos, em constante provocação na era digital, inclusive permitindo, no curso das incertezas dessa era, que os direitos fundamentais sejam colocados em discussão dentro das mídias digitais.

3.4 MEDO E SUA LIQUIDEZ COMO COMBUSTÍVEL PARA OS RISCOS CONSTITUCIONAIS DA ERA DIGITAL

A geração das incertezas é a marca da pós-modernidade, fato que o mundo virtual intensifica. As dúvidas sobre as melhores soluções a serem adotadas (considerando a vastidão de alternativas) e sobre as origens dos problemas, quando misturadas ao enfraquecimento dos referenciais desta nova era tecnológica, abrem espaço para sentimentos difusos, dentre eles, a compreensão sobre a correlação entre os perigos e as soluções.

Parte da sociologia, neste contexto, volta-se à questão do medo nos dias atuais. Embora não haja como negar a existência de sérios problemas a serem enfrentados e a clara constatação de riscos reais, há quem defenda que o medo, ao menos em certa medida, é alimentado e utilizado de maneira conveniente,

especialmente pela estrutura Estatal, por ter traços de liquidez (características diferentes do passado recente) (Glassner, 2003,); sendo também explorado por grupos, empresas ou pessoas nas redes sociais como mecanismo de cooptação.

Bauman (2008), que já escreveu dezenas de livros sobre a pós-modernidade (sendo o responsável pelo uso da *liquidez* como meio de linguagem para ilustrar a queda dos referenciais), dedicou, dentre suas criações, uma obra exclusiva à questão do medo na atual sociedade, intitulando-a de “O medo líquido” (2008).

Nesse diagnóstico pontual, reconhece Bauman (2008) que o medo sempre acompanhou a humanidade, mas, como toda modificação social, segue as alterações sociológicas de cada tempo e ganha propriedades únicas. Ao buscar a identidade atual dos temores, o autor faz importante advertência a respeito de suas origens (Bauman, 2008).

Para o sociólogo polonês, o medo na atualidade não é necessariamente tão profundo como o que foi vivenciado (inclusive por ele) nos períodos de guerra, contudo certamente é mais difuso, derivando de múltiplas fontes. Isso, por si só, é um fator que amedronta, porque o indivíduo perde a noção dos limites do que ocorre ao seu redor, notadamente quando se tem a constatação de que, na atualidade, o “inventário de perigos” é muito extenso e pouco compreendido (além de, a cada dia, revelar novos riscos) (Pastana, 2003, p. 101 e 102). Eis as palavras de Bauman (2008):

O que mais amedronta é a ubiquidade dos medos; eles podem vazar de qualquer canto ou fresta de nossos lares e de nosso planeta. Das ruas escuras ou das telas luminosas dos televisores. De nossos quartos e de nossas cozinhas. De nossos locais de trabalho e do metrô que tomamos para ir e voltar. De pessoas que encontramos e de pessoas que não conseguimos perceber [...]. Todos os dias, aprendemos que o inventário de perigos está longe de terminar: novos perigos são descobertos e anunciados quase diariamente, e não há como saber quantos mais, e de que tipo, conseguiram escapar à nossa atenção (e à dos peritos!) - preparando-se para atacar sem aviso (Bauman, 2008, p. 11 e 12).

Se não bastasse, a informação constante sobre os fatores de perigo – algo que ganhou proporções inimagináveis nas mídias digitais - faz com que os temores sejam cotidianamente inseridos e lembrados, agravando a percepção de inquietude, sem se olvidar da evidente possibilidade de conhecer novos riscos que sempre possam ter existido, mas que só a revolução da informação da pós-modernidade

permitiu difundir. Neste cenário, a Revolução Digital elevou esse problema a níveis inimagináveis.

Nesta perspectiva, de antemão, é possível consignar, caso tais premissas sejam adotadas como verdadeiras, que parte dos debates sobre o constitucionalismo digital e o futuro dos direitos fundamentais podem vir a considerar, na atualidade, a incidência de elementos metajurídicos, ligados especialmente à sociologia da pós-modernidade (Bauman, 1997), notadamente no aspecto da incessante busca para a resposta *imediata* aos problemas. Esse diagnóstico é compartilhado por Marcus Alan de Melo Gomes e Fernando da Silva Albuquerque (2014), porém com enfoque na questão penal:

Em uma sociedade que respira a ameaça da incontrolabilidade e do perigo, é compreensível que surjam demandas por proteção e segurança e, sobretudo, que essas demandas sejam pelo incremento do controle social formal, na crença de que cabe ao Estado resguardar seus cidadãos dessas ameaças. Assim, globalização, risco e incerteza são elementos fundamentais para compreender como a criminalidade – enquanto ameaça – participa de uma espécie de genealogia do medo, que fundamenta e encontra uma série de discursos que dele se servem para legitimar o recrudescimento e a expansão da intervenção punitiva (Gomes; Albuquerque, 2014, p. 76 e 77).

Não há como negar que se entende, no inconsciente coletivo (lembrando-se de referir a uma maioria), que os dias de hoje são mais perigosos que os do passado (Altoé, 2017). Costumeiramente se estabelece a premissa de que o mal está banalizado no momento atual, embora a própria ideia de banalização tenha sido cunhada por Hannah Arendt (2003) quando retratou, em cenário completamente distinto, o julgamento de Adolf Eichmann (oficial nazista), em razão da indescritível perversidade do holocausto.⁷⁴

Sem se imiscuir, por ora, na legitimidade ou não da identidade atual da percepção do temor, é bastante claro que o sentimento de insegurança (inevitável, talvez, na sociedade de risco inserida no mundo digital) é uma outra face da pós-modernidade. A diferença atual, no entanto, encontra-se no ponto que define que o medo, nos marcos sociológicos passados, revestiu-se de maior concretude, já que era

⁷⁴ Adolf Eichmann, segundo Hannah Arendt (2003), possuía traços de um homem comum (diferente de uma figura monstruosa que se imaginava), inserido em uma burocracia diária, que enxergava o genocídio do holocausto como uma atividade de cotidiano, apenas cumpridor de ordens, o que indicava como a morte frequente de pessoas se transmutou em uma rotina burocrática, banalizada.

derivado de fatores mais assimiláveis. Possivelmente, é claro, estes temores foram mais profundos nos picos mais agudos da *era dos extremos* (v.g. período de guerras), mas tinham, ainda assim, maior concretude (Altoé, 2017).

Esse profundo sentimento de insegurança, aliado à liquidez do medo, passa a demandar, em prejuízo de outras soluções, respostas cada vez mais aceleradas.

Adverta-se que o tema do medo na pós-modernidade, diferentemente do que muitas vezes se faz crer, é ponto importante para a compreensão dos destinos do Estado de Direito em seu sentido constitucional, já que esclarece um desejo imediatista de revisitação dos direitos fundamentais, questão que tem projeções particulares na vivência de uma era ultratecnológica de conexões indefinidas e com consequências não tão profundamente conhecidas pelos usuários dessas tecnologias.

É claro, como indispensável elemento de esclarecimento, que não se deve utilizar a pesquisa sobre a difusão do temor como forma de amenizar, no campo da retórica, a necessidade de enfrentamento de determinados problemas reais (muitos justificantes de temores verdadeiros e legítimos). O exagero – seja para qual caminho for – é muitas vezes opção (normalmente política) de conforto, com o objetivo de se furtar ao implemento de medidas custosas, porém eficazes (normalmente não ligadas à criminalização).

Entender a identidade do medo que é explorado no mundo digital, pela perspectiva da prudência, é sem dúvida alguma a postura adequada. Os exageros que poucos podem ter quanto ao assunto (seja para ridicularizar o tema; ou no sentido oposto, para se valer dele de maneira exagerada), apenas reforçam, quando muito, alguns dos traços mais importantes da pós-modernidade: a superficialidade das convicções e a queda dos referenciais.

Vive-se, em termos superficiais, o que o Han (2019, p. 5) definiu como “excesso de positividade da sociedade do cansaço”, marcada por uma demanda de ultraproductividade, exigente de um perfil de multitarefa que não condiz, pela limitação natural do tempo, com a capacidade de se aprofundar verdadeiramente em assuntos variados. Trata-se, segundo Han (2019), de uma manifestação única da humanidade, que não encontra correspondência no mundo animal:

O excesso de positividade da sociedade do desempenho também se manifesta como excesso de estímulos, informações e impulsos, fragmentando a atenção. Junto à crescente sobrecarga de trabalho, isso torna cada vez mais necessária a técnica temporal e de atenção multitasking, ou multitarefa, que, no entanto, não representa progresso civilizatório. A multitarefa não é uma capacidade exclusivamente humana ou da sociedade trabalhista e de informação pós-moderna. Ela está amplamente disseminada entre os animais em estado selvagem, sendo uma técnica de atenção indispensável para sua sobrevivência (Han, 2019, p. 5).

Parece inegável, todavia, que há hoje uma característica única do temor, ligada à sua difusão (ou *liquidez*, como prefere Bauman (2008). Programas televisivos e principalmente mídias virtuais de reprodução instantânea, em certos momentos, utilizam-se da sistemática reprodução do cotidiano de violência (Gomes; Albuquerque, 2014), tendo índice de audiência bastante elevado (Pastana, 2003).

Se não bastasse, o catálogo de novos riscos (econômicos, pessoais, profissionais, dentre outros) gera, ainda, um estado de angústia que clama, com urgência, por respostas a essas incertezas. Isso indica, de forma suficiente, que as escolhas sobre as medidas a serem aplicadas passam, mesmo que em parte, por esse traço sociológico, ~~que~~ é constantemente explorado pelos atores de poder da tecnologia que, a partir dos algoritmos, conseguem fazer a leitura dessas demandas e passam a sugerir os *insights* individualizados: “O *feed* de notícias do Facebook emprega como *gatekeeper* um algoritmo alimentado por *machine learning* para ranquear informações” (Morgan, 2019 *apud* Piccelli, 2022, p. 109).

Dessas considerações, constata-se a importância, à luz da prudência que foi mencionada, de se ter um grau de conhecimento sobre o assunto, especialmente para viabilizar o estabelecimento de critérios mínimos para identificar quando eventuais medidas devem ser acolhidas (não sendo fruto da exploração da difusão do medo) ou quando se inserem, por exemplo, na manipulação de dados ou informações nas *fake news digitais*.

Enfim, a compreensão de algumas linhas do medo difuso, em conjunto com a sociedade de risco e outros pontos da pós-modernidade (v.g. enfraquecimento das relações e dos referenciais), permite a requisição de soluções imediatas que podem ser exploradas negativamente pelas estruturas de não alteridade das redes sociais e outras mídias digitais.

Observa-se que o temor generalizado (Natalino, 2007) é aquele que macula o íntimo de cada pessoa, mas que é impossível de ser definido de forma objetiva. É

aquele que não conta com delimitação suficientemente clara. E essa imprecisão deve ser compreendida como traço dessa atual modernidade reflexiva, inserida em uma era digital que tem o potencial de abusar dessas angústias.

As abstrações ganham especial importância. O medo surge contra termos generalistas e não contra algo mais delimitado, especialmente contra os fatores que desencadeiam a violência. Essa realidade se reflete em casos de *fake news* eleitorais, em que discursos genéricos indicavam, falsamente, riscos (nada delimitados) de implantação de sistemas contrários às religiões vigentes.

Logo se vê que o espaço para a utilização de conceitos genéricos se torna mais amplo, e as lacunas dessas amplitudes podem ser preenchidas, inevitavelmente, por manifestações contrárias aos avanços das liberdades individuais.

O terreno mais utilizado para esse movimento é a cooptação a partir das mídias digitais. Cabe advertir, ainda que seja um truísmo, que essa crítica não se volta contra a adoção de políticas de intervenção, se bem pensadas e se necessárias. Se volta, em verdade, em face de medidas populistas, pouco pensadas e revestidas de generalizações.

4 O DESAFIO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NA ERA DIGITAL: FALÊNCIA OU UMA NOVA ROUPAGEM?

Como adiantado nos tópicos introdutórios, a era digital tem introduzido novos desafios para o constitucionalismo, muitos dos quais, aliás, carecem de aprofundamento. Só o tempo será capaz de elucidar, nessa linha, algumas das consequências (positivas e negativas) que essa vivência tecnológica contemporânea é capaz de promover no campo dos direitos essenciais.

Desde já, entretanto, há uma preocupante afirmação a respeito de uma crise, sem precedentes, acerca da importância da jurisdição constitucional nesse cenário. Conforme se detalhará no presente capítulo, há indagações sobre a real importância que as cortes constitucionais terão para responder aos dilemas tecnológicos.

Determinado setor entende que somente as *big techs* deterão a tecnologia e a instrumentalidade necessária para a resposta tempestivas aos dilemas do constitucionalismo digital. Para outros, a jurisdição constitucional terá uma ressignificação de sua importância, assumindo protagonismo ainda mais acentuado, considerando a necessidade do exercício contramajoritário para a tutela dos direitos fundamentais.

Em razão dessa indagação, o presente capítulo foi estruturado de modo a percorrer os caminhos necessários à valoração da questão.

4.1 O QUE É UMA CONSTITUIÇÃO PARA FINS DE TUTELA CONSTITUCIONAL: O QUE A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL PROTEGE?

Antes de ingressar precisamente no recorte sobre a ressignificação da jurisdição constitucional no constitucionalismo digital, entende-se oportuno realizar, como premissa introdutória, um breve resgate histórico sobre o papel da jurisdição na tutela dos direitos fundamentais. Para tanto, imerge-se, rapidamente, no sentido do que se entende por uma constituição e o porquê da sua interpretação; ao final, não se pode desconsiderar as cortes constitucionais.

De saída, registre-se que ainda que não se configurem como Constituições, alguns documentos diversos integram o importante rol de marcos do constitucionalismo, por terem promovido, de algum modo e ainda que de forma mais restrita, a missão da contenção do poder soberano, conforme esclarecido no primeiro tópico.

A título de ilustração, sem prejuízo de outros referenciais, a *Magna Carta* inglesa, de 1215, é um documento de caráter jurídico que incorpora parte do histórico do constitucionalismo⁷⁵, mas não se traduz, como já adiantado, em uma Constituição propriamente dita, mesmo que ela seja, como aduz Antônio Manoel Bandeira Cardoso (1986, p. 137), a “base das liberdades inglesas” .

Sobre ela, com a brevidade que o texto exige, promove-se uma rápida análise que busca esclarecer o seu contexto histórico (e o porquê de não se tratar de uma Constituição).

No reinado do rei João, posteriormente nominado de “sem terra” (apelido herdado em decorrência da perda substancial de seus domínios territoriais para o rei Filipe II), a Inglaterra estava submetida a um regime feudal no curso da Idade Média, com ampla discrepância entre o clero, a burguesia e o povo.

Mesmo sob a égide da premissa de que o rei detinha poderes ilimitados, uma máxima da época, o prestígio de João foi, de modo crescente, sensivelmente abalado junto à nobreza em consequência das sucessivas derrotas acumuladas, acompanhadas de crises próprias daquele momento.

João “sem terra”, em realidade, assumiu o reinado primeiramente de modo interino, em razão do envolvimento de seu irmão, o então rei Ricardo Coração de Leão (que detinha maior apoio e prestígio junto ao reinado), junto às Cruzadas na Síria. O rei Ricardo retornou das Cruzadas, retomando o reinado, mas logo faleceu, deixando a sucessão do trono, então, de forma definitiva, ao irmão João “sem terra”.

Ocorre, porém, que o novo rei, em razão de uma empreitada militar malsucedida na sequência, teve quase que de imediato seu prestígio prejudicado, o que se deu de forma irreversível (Cardoso, 1986). Ali, sem estar movidas pela intenção de melhorar a vida do povo ou de criar mais liberdades, as esferas privadas

⁷⁵ Mesmo não sendo parte do chamado constitucionalismo *clássico* ou *liberal*, marcado pelas revoluções que implicaram na edição das primeiras Constituições escritas (entendidas no sentido atual).

de poder (como a burguesia) decidiram, em busca da preservação de seus interesses pessoais, encontrar uma forma de limitar o poder do monarca. Esse traço, como se demonstrará na sequência, bem ilustra a razão pela qual o documento a ser firmado não era uma Constituição propriamente dita, apesar de ter importância para o constitucionalismo em seu fluxo histórico.

Neste ponto, com a queda da confiança em relação às decisões de João, a nobreza optou, a partir desse episódio, por estabelecer limites ao monarca. Nesse cenário, a *Magna Carta* de 1215 nasce. Diferentemente de uma constituição, vocacionada ao viés universal, capaz de organizar o Estado e de prever liberdades gerais, tal documento histórico, em verdade, aproxima-se mais de uma convenção ou de um contrato firmando pelo rei junto à nobreza e ao clero, impondo-se, a partir dele, alguns limites ao monarca.

O marco histórico, para fins do constitucionalismo, reside exatamente no fato de que se trata de um documento que, a par de não ser uma Constituição, impôs importantes limitações ao poder do soberano da época⁷⁶, o que se traduz em característica inerente e contributiva ao movimento constitucionalista no fluxo histórico.

Superada a breve digressão histórica, é evidente que a realidade social é mutável ao longo do tempo, sendo uma premissa um tanto quanto superficial acreditar que todo texto constitucional, editado em períodos de pujança democrática, mesmo os mais libertários, tenham sido imbuídos dos propósitos inteiramente emancipatórios mais puros.

Mesmo as Constituições de *transição*, como a brasileira de 1988 (que protagonizou uma recente “redemocratização”), embora reflitam inegáveis aspectos de progresso e de rompimentos aos paradigmas autoritários da ditadura militar pregressa, não se traduzem plenamente em um texto ideologicamente indene às negociações e aos reflexos, próprios de uma influência dos inevitáveis contextos

⁷⁶ No entanto, parte da produção existente adverte que é preciso receber com ressalvas o caráter supostamente progressista do documento, especialmente porque foi redigido em termos não acessíveis à população, tratando-se de uma medida explicitamente voltada a atender apenas aos interesses da nobreza da época e impulsionada apenas por tal propósito. Outros, em sentido oposto, entendem que embora a revolução em questão tenha sido criada pelo clero e pela nobreza, ainda assim algumas disposições do documento explicitamente beneficiam o povo como um todo (inclusive os servos, no sistema feudal então vigente). Segundo Antônio Manoel Bandeira Cardoso, 12 dos 67 artigos do documento beneficiavam de algum modo o povo como um todo. (Cardoso, 1986).

momentâneos. Em realidade, algumas das negociações que permeiam a criação das constituições democráticas se distanciam, ao final, das narrativas teoricamente celebradas que apontam que os valores constitucionais estão inteiramente ligados ao poder soberano do povo e voltadas aos propósitos mais puros do constitucionalismo.

Para ilustrar tal afirmação – no sentido de não se romantizar a Constituição como um produto puro da vontade do poder soberano do povo, indene de negociações, destaca-se a opção da Constituição brasileira de não contemplar a iniciativa popular para o uso do *poder constituinte derivado reformador*. Na perspectiva mais ampla, dentro da noção do Estado Democrático de Direito (modelo elegido pela Constituição de 1988), a soberania sobre os desígnios constitucionais pertenceria, em tese, ao povo.

Nesse sentido, Rosalind Dixon (2011), ao realizar o estudo sobre as emendas constitucionais em plano comparado, externa que, se o povo é o titular do poder constituinte originário (se é detentor da aptidão de criar a Constituição), igualmente deveria ser ele o titular/legitimado, mesmo que não exclusivo, para a propositura de emendas. Ocorre, porém, que a Constituição Brasileira, embora autorize a iniciativa popular no plano infraconstitucional para a criação de leis, não a permite na proposição de emendas⁷⁷, não ao menos em sentido literal.

Essas reflexões, próprias do momento, ressaltam o pressuposto de que como as Constituições são frutos, ainda que tardios, do movimento constitucionalista, é oportuno registrar que elas não necessariamente se traduzem em um conjunto suficientemente emancipado das vontades democráticas e também autoritárias. Há Constituições, em supostos contextos democráticos, com inegáveis supressões de liberdades. Neste ponto, rememore-se que o *Poder Constituinte Originário* tem capacidade para tanto (para alguns, até de forma ilimitada).

Tudo que aqui se coloca perpassa, antes de tudo, pela compreensão do texto constitucional como um produto derivado de algum âmbito: sociológico, político, econômico, filosófico ou, quiçá, de todos eles, como produto de uma cultura que congrega universalmente esses aspectos.

Embora se saiba que a reflexão proposta ainda mereça maior amadurecimento, precisamente no ponto sobre a finalidade da Constituição, entende-se que o remate

⁷⁷ Vide Art. 60, da CF/88.

final a respeito das conclusões demanda uma imersão, breve que seja, a respeito das *concepções de Constituição*, que não serão exauridas neste texto (que se limitará às visões políticas e jurídicas do fenômeno).

A referida digressão, mesmo que limitada, busca delimitar a fonte do texto constitucional (não necessariamente do Direito Constitucional, disciplina tardia como é, como se verá mais adiante). Para muitos, a Constituição é o pressuposto primário do Direito Positivo e, assim sendo, não poderia ser fruto do Direito em si mesmo, já que ela o cria em alguma medida. Para outros, nasce da política, da sociologia, da filosofia, da política, de fatores de poder (como a economia), da conjunção de todos esses fatores, dentre outros.

Portanto, tais premissas ajudarão a definir e a redesenhar o constitucionalismo digital.

4.2 CONSTITUIÇÃO NA CONCEPÇÃO POLÍTICA: A FISSURA PARA A VERTENTE AUTORITÁRIA?

Já se observa, pelas notas do capítulo primeiro (que tratou brevemente do fluxo histórico do constitucionalismo), que a Constituição escrita, como produto ou finalidade, traduz-se em objeto absolutamente recente no constitucionalismo. Carrega consigo, ainda, uma complexidade que faz com que seja influenciada por diferentes ramos (não apenas jurídicos).

Das diferentes concepções a respeito da Constituição – que redundam em saber de qual ramo da vida ela nasce e em quem recai o papel de sua tutela/guarda – imerge-se, no presente texto, de modo deliberado, quanto à concepção política. Embora possam ser citados outros autores quanto ao tema, por amostragem e quiçá pela sua pertinência e contraponto à visão jurídica, cita-se, por eleição, o posicionamento de *Carl Schmitt*.

Para muitos, o referido autor é associado ao desenvolvimento de uma vertente teórica que teria, de algum modo, contribuído para a aparência de legitimidade de sistemas autoritaristas (Bezerra, 2018), a incluir o nacional socialismo alemão.

Todavia, a associação de parte da obra de Schmitt aos contextos autoritários da época não deve significar a desconsideração de seus escritos. Muitos pensadores,

a exemplo de Habermas, reconhecem contribuição dele e ainda hoje diversos países, a incluir a Alemanha, revisitam a sua obra, ainda que com as ressalvas próprias de uma leitura crítica (Bezerra, 2018).

O autor alemão, na defesa da concepção *política* da Constituição, parte do pressuposto de que a Constituição não nasce a partir do Direito (percepção jurídica), ou da Sociologia, Filosofia ou qualquer outra aceção *metajurídica*. Entende, em realidade, que é fruto exclusivo do poder político, sendo, com a vênia da redundância, uma consequência (direta ou indireta) da vontade política vigente (Herrera, 1995).

Apesar de diferentes consequências serem extraídas de tal vertente, a mais oportuna a ser registrada, ao menos para o propósito da pesquisa, radica na discussão a respeito de quem, de fato ou de Direito, detém o papel de ser o guardião da Constituição (é dizer: em quem recai a responsabilidade da interpretação final da norma constitucional, no sistema interno, e até mesmo quem detém a capacidade de a aplicar em tempos de crise).

Quanto ao ponto proposto, Schmitt (Bezerra, 2018), em detrimento do modelo atual, defende que a final interpretação do texto constitucional, uma atividade preponderante a nível Judicial na atualidade, não deve se submeter aos Tribunais Constitucionais, mas à liderança política vigente (Santos, 2013) que, por sua posição, em seu entendimento, teria mais *legitimidade democrática* para tal tarefa.

Como se observa, a visão de Schmitt assenta-se na premissa de que os representantes dos Tribunais Constitucionais, por não ter sido eleitos, diferentemente dos representantes políticos (que eleitos ou não tinham representatividade), não detinham a capacidade final de interpretar a Constituição, já que ela, em essência, ao menos em seu núcleo central, representava a política central da nação. Constituição é, basicamente, uma decisão política fundamental/central (Herrera, 1995).

Desde já se pode antever que a concepção política traça um modelo de visão da Constituição que categoriza as normas constitucionais em diferentes planos de pertinência para a decisão central.

No contexto da aceção política, as normas ditas verdadeiramente constitucionais são aquelas que versam sobre o próprio conteúdo do que é a essência de uma Constituição, entendida, neste ponto, como fruto das escolhas políticas. Assim, são classificadas de normas *materialmente constitucionais* aquelas que se refiram a tal contexto normativo, a exemplo da organização do Estado, a delimitação

dos poderes, os direitos fundamentais (que versam sobre a limitação do Estado e, por isso, inseridas no âmbito dessa escolha), dentre outras (Bezerra, 2018).

Por outro lado, as normas que não possuam o substrato dessas escolhas, ou seja, que não se refiram às matérias acima elencadas, mas que, ainda assim, estão alocadas no corpo da Constituição, são ditas normas *formalmente* constitucionais. São normas constitucionais, como se denota, apenas pela forma, embora não possuam a substância para tanto.

A Constituição Brasileira de 1988, ao menos para fins de controle de constitucionalidade, não acolheu a diferenciação em questão. Em termos da hierarquia normativa, o que dá o *status* de norma constitucional é sua alocação na Constituição (seja de forma expressa ou implícita). Consequentemente, as previsões normativas do texto constitucional, mesmo quando não se refiram às “matérias” próprias de uma escolha política, ou ainda dos movimentos históricos do constitucionalismo, não poderão ser alteradas por normas de quilate jurídico inferior (leis complementares, ordinárias etc.).

Cite-se o recorrente exemplo da previsão do Art. 242, § 2º, da Constituição Federal (Brasil, 1988), no sentido de que “o Colégio Pedro II, localizado na cidade do Rio de Janeiro, será mantido na órbita federal”. Só pelo fato de estar inserido no texto da Constituição, a previsão em questão é, para todos os fins, norma de hierarquia superior, de verdadeiro quilate constitucional, não podendo ser alterada por normas inferiores, mas apenas por emenda constitucional.

No entanto, na acepção política de Constituição, Schmitt apregoava uma sistemática sensivelmente diferente. Propõe-se, nesse âmbito, a diferenciação entre a Constituição em si mesma, entendida como o conjunto de normas que espelham a decisão *política* fundamental (Constituição), das chamadas *leis constitucionais* (Herrera, 1995) (aquelas normas que, embora previstas no texto constitucional, não se relacionam com a já mencionada decisão política fundamental) (Herrera, 1995).

Na visão do autor alemão, as normas não materialmente constitucionais poderiam ser alteradas com maior facilidade; situação diversa do arcabouço normativo que preservasse o conteúdo da decisão política fundamental.

Como conseqüência desse modo de pensar, Schmitt entendeu que a interpretação final da Constituição (e por assim dizer, a sua própria guarda) deve ocorrer pelo poder político vigente, não devendo ser entregue aos Tribunais. Isso

indica que seu pensamento apontou, ainda que não haja afirmação expressa nesse sentido, pela proeminência da política em relação ao Direito, inclusive no campo constitucional. Sobre o tema, são pertinentes as observações de Roberto Bueno Pinto (2015):

O que esteve em causa neste debate foi a precedência, ou não, da política (poder) sobre o direito (técnica) e, não menos, a determinação da preeminência de um deles sobre o outro. No caso de Schmitt, teve lugar a afirmação nem sempre expressa da política sobre o direito (governo dos homens) (Pinto, 2015, p. 103-136).

O modelo de compreensão da Constituição como produto quase que puramente derivado da política, afastado do campo jurídico, implica na inevitável conclusão de que a tarefa de interpretação e de guarda das normas constitucionais pressupõe a *representatividade popular do agente*, predicado este que não seria encontrado junto aos integrantes dos Tribunais.

Em outras palavras, a chamada *jurisdição constitucional*, exercida como atividade típica dos tribunais, desprovida da representatividade do povo, não teria legitimidade e capacidade para exercer a guarda e a interpretação da Constituição, situação diversa do ator político que estivesse à frente da nação, que seria, por outro lado, como afirma a doutrina, o sujeito “ungido” para exercer tal mister em decorrência da representatividade⁷⁸ que possui (Pinto, 2015, p. 103-136).

Na prática, o modo de pensar em questão gera a inevitável abertura para vertentes potencialmente autoritárias por desestruturar o modelo de equilíbrio e de controle entre poderes recíprocos, eis que ~~acaba por~~ submete o próprio Direito, em alguma medida, ao arbítrio da política vigente (o que redundaria no arbítrio das convicções individuais dos próprios atores políticos da época, que teriam a palavra final sobre os próprios limites).

Como exemplo do referido diagnóstico, Mauro Cappelletti (2011) realiza defesa contundente do papel da *jurisdição constitucional*⁷⁹, inclusive enfrentando a questão de modo direto por uma perspectiva democrática (Alves, 2012, p. 271). Esclarece o

⁷⁸ A afirmação de (i) legitimidade popular para guarda da Constituição, também embasou a posição de Schmitt a respeito da possibilidade de alteração da Constituição por emendas. Entendia o autor alemão que o parlamento detém legitimidade apenas para alterações pontuais, distintas das decisões políticas centrais, sob pena de se criar – sem representatividade – uma nova Constituição.

⁷⁹ Sobre o pensamento de Kelsen a respeito da jurisdição Constitucional (Kelsen, 2007).

autor italiano, como primeiro ponto, que historicamente a supressão ou mitigação do papel da Jurisdição constitucional na guarda da Constituição traduziu-se em característica constante em autoritarismos no curso da História. Eis exemplos por ele registrados:

Resta, finalmente, e segundo me é fundamental, a grande lição da história e da comparação jurídica. Esta lição unicamente no sentido de que nenhum regime ditatorial e opressivo é mais aceito como um sistema eficaz, e não meramente nominal, de justiça constitucional. Os exemplos europeus são iluminantes: um início de justiça constitucional emergia na Alemanha de Weimar mas foi eliminado pelo regime nazista; o mesmo aconteceu na Áustria após. O Anschluss e também na Espanha, após a guerra civil. Na Itália, somente após a queda do fascismo foi possível a introdução de um sistema de justiça constitucional. Os exemplos se sucederam, incluindo o exemplo da África do Sul, aonde a política de segregação racial tem levado a uma longa batalha entre a *Hight Court*, que queria declarar a inconstitucionalidade das leis racistas, e a *branche* política que por vários anos obteve êxito em abolir, praticamente, o poder de controle das cortes (Capelletti, 2011, p. 929).

A questão demanda, naturalmente, maior aprofundamento e, por propósitos didáticos, será retomada mais adiante, tão logo seja externada a concepção jurídica de Constituição, o contraponto de maior inflexão à visão estritamente política.

4.3 CONSTITUIÇÃO NA CONCEPÇÃO JURÍDICA: O CONTRAPONTO DE Kelsen A RESPEITO DA GUARDA DA CONSTITUIÇÃO

O embate de ideias entre Kelsen (2007) e Schmitt traduz-se, possivelmente, em um dos temas de maior interesse na compreensão da Constituição e do próprio Direito Constitucional.⁸⁰

Se, de um lado, Schmitt detém uma visão da Constituição como uma norma política fundamental, indicando que sua guarda pressuporia uma representatividade

⁸⁰ “A polêmica entre Carl Schmitt e Hans Kelsen teve lugar pelas muito diversas visões de mundo, de filosofia e de política, com uma inflexão positiva sobre a teoria jurídica de cada um deles que logo ficaria bastante clara em duas grandes obras, a saber, *O guardião da Constituição (Der Hüter der Verfassung)*, publicada por Schmitt em 1931 a partir de um primeiro texto publicado em 1929 na *Archiv des öffentlichen Rechts (AÖR)*, mas que, do ponto de vista conceitual, encontra os seus claros antecedentes em sua *Verfassungslehre* (1928). Logo na sequência da publicação de seu livro, Schmitt obteve a resposta de Kelsen em seu breve e denso texto intitulado *Quem deve ser o guardião da Constituição? (Wer Soll Hüter der Verfassung sein?)*, publicado por Kelsen em 1931 na revista berlinense *Die Justiz*” (Pinto, 2015, p. 103-136).

popular que os Tribunais Constitucionais careciam; Kelsen (2007), por sua vez, apresenta conclusões diametralmente opostas.

Na acepção jurídica proposta, a Constituição é, por essência, um produto jurídico em sua compreensão e, sobretudo, em sua funcionalidade. Não significa dizer, evidentemente, que os elementos de fora do Direito (*metajurídicos*) não possuam influência no processo de criação das normas constitucionais, em especial quando se está diante do poder constituinte originário. Os elementos metajurídicos são parte indissociável do complexo mecanismo da criação de uma Constituição e dos debates e tensões que circundam esse fenômeno (Herrera, 1995).

Mas, uma vez criada, isto é, exercido o poder constituinte, a Constituição passa a ser norma posta, sendo sua interpretação e sua guarda tarefas exercidas estritamente dentro do raciocínio jurídico composto de premissas, princípios e estruturas próprias, desconectadas de elementos metajurídicos, a incluir a política. Esse é o cerne, em linhas gerais, de uma concepção jurídica de Constituição.

Para Kelsen (2007), como se nota, uma vez criada a Constituição, é possível a adoção, para fins de interpretação e de tutela, de uma *teoria da Constituição* que tenha feição descritiva, desvinculada de qualquer aspecto material ou ideológico. Como consequência, a forma tem destaque frente ao conteúdo.

Essa visão, aliás, indica que, para fins de controle de constitucionalidade, ~~e que~~ importa a forma e não necessariamente o conteúdo. Apenas o fato de existir uma norma prevista na Constituição, mesmo que desconectada de elementos de valor próprios das escolhas políticas ou do constitucionalismo, não retira o *status* de norma constitucional (de hierarquia superior), não podendo ser alterada, por exemplo, por norma inferior. Kelsen (2007) repele a ideia – adotada por Schmitt – acerca da existência de normas *formalmente* constitucionais e *materialmente constitucionais* (as “leis constitucionais”). O modelo de Kelsen, ao menos para fins de controle de constitucionalidade, é adotado no sistema jurídico brasileiro.

Naturalmente, distanciando-se de visão de Schmitt, a missão de promover a tutela da Constituição deve recair na “Justiça Constitucional”, com ênfase nos Tribunais Constitucionais. Sobre o tema:

O que está em questão e representa o eixo fundamental neste debate Schmitt-Kelsen sobre quem é e quem deve ser o guardião da Constituição é, nesta dimensão, então, o questionamento se deveria sê-lo a justiça

constitucional (Kelsen) ou uma figura popularmente ungida (plebiscito), nominadamente, um Reichspräsident ou Führer (Schmitt) (Pinto, 2015, p. 114).

O modelo proposto por Kelsen compreende a guarda da Constituição a partir de um cenário que, ao menos em tese, parte da premissa da existência de algum grau de neutralidade científica⁸¹ (conceito que pode, por si próprio, ser questionado à luz de diferentes abordagens) (Telles, 2020). Diferentemente, Schmitt – em um modelo claramente dissociado dos anseios liberais – rejeitava a ideia de que a neutralidade poderia fazer parte da guarda da Constituição (Pinto, 2015). Em realidade, Schmitt repelia essa neutralidade por premissa ideológica e a entendia como feição antidemocrática em sua visão de mundo (posição antagônica à percepção jurídica).⁸²

No curso do famoso embate entre Kelsen (2007) e Schmitt, identificou-se, exatamente, no ponto da suposta neutralidade científica proposta pelo primeiro, a aparente dificuldade, no entanto, de promover um fechamento completo do sistema de hierarquia de normas e de compreensão da Constituição no plano estritamente jurídico. Isto porque, se a Constituição seria, ao menos em termos formais, o fundamento último de validade de todas as normas inferiores, como justificar, apenas no plano jurídico, sem se valer de aspectos como a moral, a política, a sociologia, dentre outras, a premissa da obediência à norma suprema (já que, acima dela, nada haveria no plano jurídico)?

De modo singelo, o problema está em identificar, no mecanismo de interpretação que pretende ser alheio aos fatores metajurídicos, supostamente amparado em uma neutralidade científica, qual seria o comando capaz de determinar o cumprimento da própria Constituição (norma superior em termos formais). Afinal, questionava-se qual seria o fundamento de validade e obediência à Constituição. Outros setores, distantes da dimensão de Kelsen (2007), indicavam que seriam

⁸¹ “Kelsen protagonizou, assim, nas décadas de 1920 e 1930, uma revolução na teoria do direito e sua principal inovação, frise-se, foi principalmente no campo metodológico, na investigação do direito. O pensador desenvolveu um modelo teórico que atribui ao direito um elevadíssimo grau de autonomia, dissociando-o de questões metafísicas, libertando-o da crise que parecia insuperável ao final do século XIX e começo do século XX” (Telles, 2020, p. 55-72).

⁸² “[...] para Schmitt, o órgão protetor da Constituição não poderia ser neutro assim como pretendia o liberalismo. Para Schmitt, esta visão era merecedora de crítica, pois, argumentava, esta perspectiva era precisamente o inverso de sua concepção de democracia” (Pinto, 2015, p. 103-136).

inevitavelmente elementos de fora do Direito, tal qual a ordem cívica ou moral, ou ainda a política (posição de Schmitt).

Mas Kelsen (2007), a par de tal crítica, propôs solução que pretende, em tese, uma forma de resolução dessa questão, mantendo a guarda da Constituição fora dos domínios puros da política ou de outro fator metajurídico.

Em sua visão, a Constituição seria *norma* posta, existente no plano da realidade, sendo própria do campo ontológico. Todavia, em paralelo à Constituição escrita, reside outra norma implícita, agora de fundo deontológico (no plano do *dever ser*) (Telles, 2020, p. 55-72), indissociável do sistema constitucional, que determina, de modo invariável, que a Constituição deve ser cumprida e, por consequência, que é ela o fundamento de validade primário do sistema normativo positivado.

A norma em questão, portanto, é formulada abstratamente por hipótese de argumentação, tratando-se do que se convencionou nominar de *norma hipotética fundamental*, tendo por objetivo, em apertada síntese, assegurar a supremacia da Constituição dentro de uma ciência própria (Bobbio, 1997). Veja-se pertinente explicação:

Norberto Bobbio (1997:58), um dos mais festejados seguidores de Hans Kelsen, diz que tendo-se o Poder Constituinte como poder derradeiro - aquele que fez a Constituição - deve-se pressupor uma norma que atribua a esse Poder Constituinte a faculdade e a prerrogativa de produzir a última norma positiva; essa norma que autoriza a existência do Poder Constituinte, a chamada norma fundamental, atribui aos órgãos constitucionais o poder de fixar normas válidas dentro de uma hierarquia normativa, impondo a todos o dever de obedecê-las, explicando o preclaro italiano (1997:59) que a tal norma fundamental poderia ter uma redação autorizando o Poder Constituinte a estabelecer normas obrigatórias para a inteira coletividade (Pagliarini, 2000 p. 210).

Sob tal ótica, para Kelsen (2007), a Constituição é compreendida necessariamente a partir da junção de dois sentidos jurídicos diferentes: o primeiro, de caráter *jurídico-positivo*, refere-se ao documento escrito que se traduz no fundamento de validade das outras normas positivas; o segundo, por outro lado, tem sentido *lógico-jurídico*, composto pela norma hipotética fundamental que carrega, em si própria, a premissa lógica de que a Constituição escrita deve ser cumprida.

Com tal raciocínio, a visão de Kelsen (2007) tem por objetivo assegurar, de alguma forma, a teoria constitucionalista, a partir de uma estrutura própria, desprovida das questões metajurídicas anteriormente apontadas, resolvendo-se a questão do

comando jurídico que implica na obediência à Constituição. Permite-se, portanto, que a guarda da Constituição seja feita pelos Tribunais Constitucionais, para fora dos domínios políticos.

4.4 A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ESTÁ EM CRISE NO CONTEXTO DO CONSTITUCIONALISMO DIGITAL?

Os trabalhos iniciais sobre o constitucionalismo digital, mesmo sendo raros, introduziam questões que apontavam pela potencial falência do modelo atual da tutela constitucional, ainda hoje fincada, para muitos, no uso da jurisdição constitucional como instrumento preponderante, algo próprio da autoridade do poder do Estado (Mendes; Fernandes, 2020).

Nessa linha de pensamento, as respostas para as inquietantes questões que o mundo cibernético revela seriam encontradas em um redesenho da estrutura de proteção dos direitos fundamentais, atribuindo maior carga de responsabilidade ao âmbito privado e às empresas de tecnologia, indicando uma provável ineficiência da jurisdição constitucional para esse âmbito (marcado por velocidade única). Sobre o tema:

Esse tratamento negligente em relação à jurisdição constitucional pode talvez ser explicado pelo fato de que os primeiros trabalhos no campo do constitucionalismo digital compartilhavam da crença de que a difusão da internet implicaria uma crise do modelo de constitucionalismo moderno, ainda fortemente enraizado na autoridade soberana do estado-nação e focado nas relações de poder dentro do território nacional (Mendes; Fernandes, 2020, p. 16).

No entanto, existem vozes atuais que defendem a ressignificação da jurisdição constitucional, mesmo dentro do constitucionalismo digital, considerando a existência de temas que, apesar da necessidade de também receber responsabilidade privada, ainda assim, referem-se aos dilemas dos direitos fundamentais que o mercado, em sentido ético, é incapaz de gerir, já que movidos por interesses distantes dos sentidos liberais do constitucionalismo e que justificam, assim, uma jurisdição, por vezes, contramajoritária.

Parte da doutrina específica sobre o tema adverte que o conceito tradicional, lastreado na pirâmide Kelseniana de um sistema normativo interno, já é incapaz hoje de enfrentar algumas das questões propostas, necessitando de um tratamento multinível⁸³ em termos normativos e constitucionais⁸⁴:

[...] o ecossistema constitucional terá de encontrar uma combinação adequada de instrumentos normativos que sejam sinergicamente capazes de inculcar os valores fundamentais do constitucionalismo contemporâneo em todo o universo digital. Infelizmente, a pirâmide Kelseniana de fontes jurídicas não reflete mais a realidade do conglomerado constitucional multinível e composto (Celeste, 2023, p. 215 e 216, tradução nossa).⁸⁵

Dentro desta linha de pensamento, mas agora com outro enfoque, a noção da eficácia horizontal dos direitos fundamentais é renovada no constitucionalismo digital, conforme parte da doutrina, já que as relações “privadas” são pouco intersubjetivas e extremamente fragmentadas em termos materiais e geográficos.⁸⁶ Os novos limites sobre a interpretação dessa eficácia, portanto, devem ter local seguro na jurisdição constitucional e não no mercado:

Essa concepção tradicional da teoria da eficácia horizontal associada à ideia de dever de proteção, no entanto, tem aplicabilidade limitada nas discussões sobre adjudicação de direitos fundamentais privados na internet (Mendes; Fernandes, 2020, p. 20).

⁸³ “Ainda sobre o tema do constitucionalismo multinível: A lógica do constitucionalismo multinível surgida na Europa, assenta na correlação entre as Constituições nacionais e o Direito internacional, na perspectiva dual de Estados e pessoas, assumindo que o cidadão é o verbo da autoridade pública, cujos interesses são servidos numa lógica de complementariedade por várias camadas de poder” (Sousa, 2022, p. 89 e 90).

⁸⁴ Sobre o tema, destaca-se o texto “O Supremo Tribunal Federal e a construção do constitucionalismo multinível” (Cambi; Porto; Fachin, 2021).

⁸⁵ No original: “[...] the constitutional ecosystem will have to find a suitable mix of normative instruments that will be synergistically capable to instill the core values of contemporary constitutionalism in the whole digital universe. Unfortunately, the Kelsenian pyramid of legal sources does not reflect the reality of the multilevel and composite constitutional conglomerate anymore” (Celeste, 2023, p. 215 e 216).

⁸⁶ “No âmbito dessa relação dupla, a internet claramente amplia as possibilidades de realização de garantias individuais. Em diversos cenários, o seu uso torna-se de certo modo, condição necessária para a realização de direitos básicos. Esse diagnóstico faz-se evidente no campo da liberdade de expressão, de manifestação política e de liberdade religiosa, mas também atinge outras classes de direitos fundamentais, tais como os direitos de propriedade, de livre associação, de participação política e mesmo direitos de segunda geração relacionados ao trabalho, cultura e saúde. A relevância do processo constitucional do processamento e da utilização da informação acaba por afetar o sistema de proteção de garantias individuais como um todo” (Mendes; Fernandes, 2020, p. 12).

As reflexões sobre o papel da guarda da constituição e de suas promessas não é novidade. Nesse sentido, há pertinentes debates – cujas respostas não são tão evidentes – que discutem se, de fato, as cortes constitucionais possuem a representatividade democrática adequada para formular a interpretação final da constituição em determinados temas (Lima, 2022).

No presente tópico, no entanto, há um debate novo a ser enfrentado: se o constitucionalismo digital, por seus dilemas e características únicas, colocou a jurisdição constitucional em um novo horizonte, distanciando-se do seu tradicional protagonismo de outrora.

A indagação feita parte da premissa de que a velocidade das questões particulares dessa era exige resposta que colocará as cortes constitucionais em descompasso com a demanda de tempestividade. Sugere-se, como hipótese de reflexão, que o protagonismo para a administração das crises da era digital acabará inevitavelmente recebendo protagonismo do âmbito privado, regido pelas balizas legislativas, considerando o domínio tecnológico e instrumental que as empresas do setor terão sobre as medidas que possam se apresentar eficazes para as soluções necessárias.

Questiona-se, em realidade, se está se vivendo a transição⁸⁷ para um novo modelo constitucional? (Tavares, 2022).

Essa premissa – uma reflexão em verdade – poderia sugerir um descrédito superveniente da jurisdição constitucional na proteção dos direitos fundamentais no constitucionalismo digital.

Apesar dessas pontuais e pertinentes reflexões, que merecem aprofundamento em estudo próprio, é possível citar que majoritariamente se entende que, em tema da tutela dos direitos fundamentais, a jurisdição constitucional, por meio do controle de constitucionalidade, carrega dose de protagonismo inevitável.

⁸⁷ “Digital constitutionalism represents the conceptual lymph of the current constitutional moment. It normatively advocates a reconfiguration of the constitutional framework. Analogue norms are no longer able to address the full range of complexities of the virtual environment” (Celeste, 2023, p. 84). “O constitucionalismo digital representa a leitura conceitual do atual momento constitucional. Preconiza normativamente uma reconfiguração do arcabouço constitucional. As normas analógicas já não são capazes de abordar toda a gama de complexidades do ambiente virtual” (tradução nossa).

A jurisdição constitucional, por mais que contemple importantes espaços para correção de alguns de seus desvios, ainda constitui um pilar seguro para a sobrevivência das liberdades em momentos de crises agudas, inclusive contra arbítrios do poder público frente aos direitos essenciais (Abboud, 2011), a se destacar em contexto de crises.

Os abusos e excessos do ativismo devem ser objeto de pesquisa e de preocupação (Scalco, 2009), mas não precisam servir de base para a substituição do modelo democrático de guarda da Constituição pela Jurisdição (por exemplo, entregando-a para a política), sendo oportuno observar que momentos de “exceção” sempre se apresentam como terreno fértil para inclinações que busquem a alteração dessa natureza.

Nesse sentido, posiciona-se Mauro Cappelletti (2011). O autor indica que são múltiplos os elementos que implicam na pertinência da jurisdição constitucional como guarda da Constituição (o que se reafirma mesmo em um momento de “exceção das exceções”). Eis alguns pontos indicados pelo autor italiano: 1) o controle judicial da Constituição é necessário para evitar excessos ou arbítrios governamentais; 2) os direitos fundamentais previstos na Constituição, para serem protegidos, pressupõem uma atuação, por vezes, dissociada das maiorias (atuação *contramajoritária* (Cambi, 2009)), o que só pode ser feito pelo Poder Judiciário; 3) a jurisdição é um pressuposto da Democracia; 4) o acesso ao sistema de Justiça para correção de direitos violados ou ameaçados, igualmente, é modernamente entendido como elemento indissociável das democracias; e 5) a decisão da justiça constitucional não é necessariamente a última palavra sobre o tema, convivendo com a possibilidade de maiorias do Poder Legislativo alterar o panorama dentro das regras constitucionais, o que igualmente se traduz em melhor consecução democrática (Capelletti, 2011, p. 929-940).

No caso do constitucionalismo digital, no entanto, surge, como se viu, um debate renovado a respeito da capacidade da jurisdição constitucional em dar respostas tempestivas às únicas velocidades da vida virtual.

Para isso, é oportuno abrir um tópico próprio que indique que o caráter contramajoritário da jurisdição constitucional é, possivelmente, diferente do que anteriormente se sugeriu, uma medida mais necessária do que antes, ainda que isso não exclua a importância de outros setores, incluindo os privados e os republicanos

(como o legislativo) para o tratamento das questões contemporâneas específicas do novo viver tecnológico.

4.5 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL COMO RESPOSTA CONTRAMAJORITÁRIA PARA TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO CONSTITUCIONALISMO DIGITAL

A oportuna questão sobre a existência ou não de um novo fragmento do constitucionalismo, não necessariamente uma nova era, implica em reconhecer o amanhecer de novos fatores que outrora não se conheciam. O *constitucionalismo digital*, sem dúvidas, caminha nesse sentido, mormente se observadas as indagações trazidas nos tópicos precedentes.

Dentre as inovadoras questões propostas, destaca-se a possível crise do modelo de jurisdição como mecanismo de guarda da constituição em razão das particularidades, notadamente céleres, dos dilemas digitais já explorados anteriormente.

As alterações da era digital indicam, e isso não se nega, avanços importantes que contribuem para a melhora da jurisdição. As audiências virtuais para pessoas que teriam dificuldade de acesso às dependências físicas do judiciário e os mecanismos de Inteligência Artificial que contribuem no enfrentamento da hiperlitigiosidade são exemplos dessas vantagens. Mas, ao lado delas, há múltiplas questões a serem enfrentadas, compondo-se de novos desafios (incluindo-se a inclusão de novas variáveis no perfil decisório das cortes após a sua ampla digitalização):

Essas alterações trouxeram impactos significativos para a jurisdição constitucional brasileira, pois aumentou a celeridade no julgamento e permitiu-se a continuidade de funcionamento efetivo da corte durante a pandemia, entretanto surgiram novas variáveis no perfil decisório do STF que impõem desafios adicionais ao sistema de Justiça constitucional (Staats, 2022, p. 11).

José Carvalho Filho (2022) indica o que se pode denominar era da “jurisdição constitucional digital”. É uma proposta conceitual sobre a necessidade de redesenho do modelo de atuação das cortes constitucionais a partir dos novos dilemas

tecnológicos, que promovem inovador desafio à estrutura desenhada no mundo analógico. Ao tempo em que as tecnologias aprimoram o Poder Judiciário (inclusive a Inteligência Artificial tem sido empregada para ganho de celeridade em certos casos⁸⁸), o Judiciário é instigado a resolver problemas essenciais com os quais antes não lidou:

[...] esse é apenas um dos novos problemas do contencioso constitucional contemporâneo, o qual precisa se debruçar sobre questões atuais e complexas, como o combate à desinformação (*fake news*), o desenvolvimento de expedientes para a preservação do regime democrático (democracia defensiva), o direito à autodeterminação informacional e a exclusão digital, a qual pode influenciar na fruição dos mais diversos direitos fundamentais dos cidadãos. Todas essas considerações, enfim, têm o condão de ponderar que as tecnologias digitais afetam de maneira tão significativa a jurisdição constitucional, que estamos a vivenciar uma nova fase do contencioso constitucional (Carvalho Filho, 2022).

O enfoque desse tópico, todavia, é específico: se a jurisdição constitucional ainda é tão essencial, se os problemas e as respostas da era digital supostamente estariam sob domínio das *big techs*. Se, de um lado, a jurisdição constitucional nem sempre acompanha o compasso temporal da realidade; de outro é, segundo doutrina, a única capaz de apresentar o máximo contraponto, mesmo que contramajoritário, aos movimentos de poder mais extremos em momentos de crise.

Assim, apesar de soar razoável, ao menos na primeira leitura, a premissa de que a jurisdição constitucional sempre é tardia nos problemas vertiginosos da era digital; de outro fluxo, constata-se que ela, por sua única característica, é capaz, mesmo que com limitações e desafios, de apresentar honesta e descontaminada resposta às maiores emergências dos direitos fundamentais no constitucionalismo digital.

Veja-se, como exemplo, apesar das questões inerentes ao episódio, a atuação da jurisdição constitucional na crise democrática promovida em 08 de janeiro de 2023, em Brasília, impelida, segundo dados oficiais, por organizações de grupos de redes sociais e por disseminação de *fake news*.

⁸⁸ Como exemplo, cita-se: “[...] a Inteligência Artificial já é realidade no Direito e vem sendo usada em Tribunais, como exemplo paradigmático do sistema VICTOR do STF, na prestação de serviços públicos e nos serviços de polícia. Esses usos são questionados e, em alguns exemplos, até mesmo violam direitos fundamentais e são considerados inconstitucionais” (Staats, 2022, p. 10).

Apesar de ser material, instrumental e ontologicamente mais estruturadas em termos concretos para a resposta extremamente rápidas, as grandes empresas de tecnologia (*big techs*) possuem incontestáveis paradoxos éticos e comerciais que invariavelmente colocarão a tutela de direitos essenciais, em alguma media, submetida ao gabarito dessas demandas comerciais. A ontologia do existir da empresa, ao final, é a sua concorrência no mercado de lucro (Morozov, 2018, p. 130 e 131).

André Ramos Tavares (2022) aponta importante advertência acerca dos riscos de se atribuir o protagonismo no controle das *fake news* às próprias empresas de tecnologia:

Aliás, não se propõe, aqui, um controle de fake News pelas próprias plataformas digitais. Isso equivaleria, uma vez mais, a reforçar o poder dessas plataformas em conduzir a sociedade conforme seus interesses privados e opacos (Tavares, 2022, p. 435).

Como exemplo dessa preocupação, ainda que se saiba que o problema preserve múltiplas abordagens, não há como deixar de citar, pontualmente, o projeto de Lei n. 2.6030/2020, no Brasil, como amostragem atual da atuação das chamadas *big techs* no contexto da modulação dos problemas propostos ao longo deste trabalho.

Referida proposta normativa busca introduzir, no Brasil, o que se denomina “Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na *Internet*”. Em termos populares e midiáticos, a partir da pretensão que carrega de regulamentação, recebeu o informal apelido de “projeto das *fake News*”.

Em apertada síntese, o projeto em questão busca, mesmo que com limites ontológicos inevitáveis, apresentar uma tentativa regulatória, em termos de responsabilidade, para as grandes empresas de tecnologia quanto à divulgação de informações falsas e danosas pelos usuários no bojo dos ambientes virtualmente administrados por essas pessoas abstratas.

Ocorre, porém, que significativo setor da imprensa brasileira, inclusive grandes veículos de comunicação, noticiaram que as empresas de tecnologias teriam adotado estratégias financeiras e instrumentais para que tal projeto sofresse desestímulo em sua tramitação junto ao Poder Legislativo federal. Sem se imiscuir na veracidade ou não de tal conclusão, profundidade que extrapolaria as investigações empíricas e

teóricas desta pesquisa, é oportuno registrar, como informação que seja, o que foi noticiado pelos veículos informativos, ainda que com o propósito de contextualização dos questionamentos (pertinentes) sobre as próprias *big techs* regularem os limites jurídicos e morais no curso do constitucionalismo digital.

Conforme reportagem do portal “olhar digital” (2023, on-line), “Durante 14 dias, *Meta* e *Google* agiram para que deputados mudassem seu posicionamento sobre o Projeto de Lei nº 2630 de 2020”.⁸⁹ No mesmo sentido, o periódico “Estadão” (2023, on-line), de grande impacto nacional, elaborou publicação em que afirmou, na titulação “como o *google* derrubou o PL 2630 das *fake news* em 14 dias”.⁹⁰ Se não bastasse, há notícias de que o Google, uma empresa pertencente à *Alphabet*, teria pago mais de meio milhão de reais em anúncios contra o projeto mencionado.⁹¹ No mesmo sentido a CNN Brasil (Pública, 2023, on-line) apresentou notícia em que indica que o Ministério Público Federal teria notificado *big techs* sobre eventual influência deliberada nos resultados de buscas e anúncios que envolvem a proposta que é objeto deste tópico.⁹²

Existem inúmeras publicações jornalísticas a indicar o possível movimento dessas empresas de tecnologia que buscou, na teoria, barrar a limitação de alguns dos riscos que o constitucionalismo digital apresenta. A atuação, segundo tais informes, não se limitou ao aspecto financeiro (como o custeio de publicidade), mas até mesmo ao próprio uso dos espaços de acesso. O Google, segundo reportagem (Poder360, 2023, on-line) que se referência na sequência, chegou a inserir, em sua

⁸⁹ Schendes, Wiliam. PL das Fake News: **Meta e Google influenciaram adiamento da votação do projeto**. Olhardigital, 2023. Disponível em: <<https://olhardigital.com.br/2023/06/26/pro/meta-e-google-influenciaram-adiamento-da-votacao-do-pl-das-fake-news/>> Acesso em: 15 de janeiro de 2024.

⁹⁰ Weterman, Daniel; Affonso, Julia. **Pressão e ameaça no Congresso: como Google e Facebook derrubaram o PL 2630 das Fake News em 14 dias**. Estadão, 2023. Disponível em: <<https://www.estadao.com.br/politica/pressao-e-ameaca-no-congresso-como-o-google-derrubou-o-pl-2630-das-fake-news-em-14-dias/>> Acesso em: 15 de janeiro de 2024.

⁹¹ Fonseca, Bruno. **Google ganhou mais de meio milhão em anúncios no Facebook contra PL das Fake 1News**. Pública, 2023. Disponível em: <<https://apublica.org/2023/05/google-pagou-mais-de-meio-milhao-de-reais-em-anuncios-no-facebook-contra-pl-das-fake-news/>> Acesso em: 15 de janeiro de 2024.

⁹² Junqueira, Caio. **MPF notifica Google e metas sobre anúncios contra PL das Fake News**. CNN Brasil. Disponível em: <<https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/mpf-notifica-google-e-meta-sobre-resultados-de-busca-e-anuncios-contra-pl-das-fake-news/>> Acesso em: 15 de janeiro de 2024.

No mesmo sentido: Google pagou mais de meio milhão de reais em anúncios no Facebook contra PL das Fake News. CartaCapital, 2023. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/politica/google-pagou-mais-de-meio-milhao-de-reais-em-anuncios-no-facebook-contra-pl-das-fake-news/>> Acesso em: 15 de janeiro de 2024.

página principal de acesso, logo abaixo da caixa de pesquisa do navegador, a advertência de que o projeto de lei em questão seria prejudicial.⁹³

Insta elucidar, uma vez mais, que o presente trabalho, voltado às nuances gerais dos incontestáveis dilemas do constitucionalismo digital, não imerge na profundidade do projeto de lei mencionado (em todos os seus potenciais aspectos positivos ou negativos). Mas o recorte ora feito, ainda que como digressão, demonstra que as empresas de tecnologia, que absorvem a criação das principais questões (e também dos problemas), não devem ser, ao menos de forma acrítica, as administradoras privativas das soluções. Podem, como obviamente se presume, apresentar contribuições ~~que são~~ valorosas. Porém, jamais devem ser atores exclusivos das administrações finais dessas inquietudes quanto aos direitos essenciais. Haverá, como se viu, um oximoro ou, para a potencial diferença no conceito, um perigoso paradoxo.

A análise anteriormente proposta, que questiona a gestão dos problemas do constitucionalismo digital pelo protagonismo exclusivo das *big techs*, como se vê, sugere como hipótese – sem prejuízo das inevitáveis e desejadas provações empíricas – que o constitucionalismo digital dialoga com uma aparente contradição: na leitura epidérmica, indica que a jurisdição constitucional é vetusta e descompassada da rápida relação digitalmente realizada; mas, na mais profunda, criticamente assimiladora da contemporaneidade, sobressai sua utilidade frente à verdade de que as grandes empresas não usam a tutela de direitos essenciais como algoritmo preponderante, ainda que sua atuação mereça críticas e aprimoramentos.

Para melhor compreender a densidade dessa ambiguidade, uma inerência dos tempos correntes, é oportuno rememorar que a mais pura essência da jurisdição constitucional é, e sempre foi, um caminho de necessária postura contramajoritariedade quando necessário. É dizer: uma afirmação em sentido jurídico, com pretensiosas ambições antológicas, de estabelecer que a tutela das mais caras promessas constitucionais independe de fatores de poder.

⁹³ Disponível em: <<https://www.poder360.com.br/tecnologia/google-inclui-texto-contra-pl-das-fake-news-na-home-do-buscador/>>

Nesse âmbito, observando-se a realidade atual, não há como questionar que as *big techs* são evidentes fatores de poder na dinâmica social. Em termos econômicos, suas manifestações chegam a galgar protagonismos governamentais e eleitorais, capazes de reger, segundo alguns, a própria democracia (como se melhor analisa em capítulos próprios).

Se o domínio econômico, estrutural, tecnológico e instrumental está a cargo desses agentes digitais de poder, como é possível apresentar, no campo particular ou estatal, contraponto suficiente para esse âmbito de dominação? A jurisdição, sendo um elemento do Estado, estaria superada no campo da realidade.

A indagação proposta, todavia, é polissêmica e multifatorial. Entretanto, na estrita análise do campo jurídico, ainda que exista a necessária concorrência de outras soluções para os profundos pensamentos da era digital (considerando a face plural da questão), não há como desconsiderar a inevitável, e por que não dizer indispensável, contribuição da jurisdição constitucional como fator de contraponto em uma época de *deep fake* e de ameaça à privacidade digital.

Nesse ponto, antes de apresentar as razões que indicam uma reafirmação contemporânea da jurisdição constitucional contramajoritária, é oportuno revisitar, como premissa indispensável, algumas das mais profundas questões inerentes à discussão sobre a noção da constituição em relação ao povo (sua aderência, sua força normativa ou se é, como afirma Lassalle (2001), folha de papel). A constituição, questiona-se, seria folha de papel frente ao domínio *real* das estruturas de poder de tecnologia?

Ferdinand Lassalle (2001) desenvolveu uma célebre teoria, ainda hoje de alta aderência acadêmica, que serve para ilustrar as eventuais diferenças entre o texto constitucional (*Constituição formal*) e a *Constituição real*, traduzida, esta última, nos fatores reais de poder (Lassalle, 2001) que determinam as escolhas essenciais do destino da sociedade. É o que parte da doutrina chama de *Constituição sociológica*, uma clara antítese à constituição normativa.

O autor promove a conclusão de que a Constituição deriva da sociedade e de fatores de poder extraídos da realidade, pouco importando o que está escrito no texto constitucional (Lassalle, 2001), de modo que sua visão, distinta da conclusão normativa, apresenta-se dissonante daquela defendida por Konrad Hesse, que critica a ideia da força constitucional ter fundo somente sociológico, mormente por entender

que a aplicação prática dessa forma de pensar legitimaria, em todos os casos, a prevalência de interesses de minorias que circundam as instituições do poder, o que certamente não se traduz na missão de qualquer Constituição (que deve, por isso, ter força normativa capaz de alterar a realidade) (Vaine, 2007, p.97).

A ideia de uma Constituição real, puramente sociológica, como se vê, ~~acaba~~ ~~por~~ reconhece que é uma constante preocupação do constitucionalismo a aproximação de todas as promessas constitucionais com os dados de realidade, mantendo, por essa forma de pensar, a coerência de suas normas com os fatores sociais extraídos do corpo coletivo. Do contrário, distanciando o texto da realidade, conforme palavras do próprio Lassalle, a constituição será uma mera “folha de papel” (Lassalle, 2001, p. 17-18), “sem utilidade” (Lassalle, 2002, p. 68) e sem aderência ao tecido social.

A constituição escrita, pela visão de Lassalle (2002), terá pouquíssima vida útil, se não conseguir se readequar à *constituição real*, também chamada de constituição *efetiva* (já que, mesmo informal, é a que detém a capacidade de produzir efeitos concretos) (Barroso, 2009, p. 78). Neste viés, a constituição teria fundamento sociológico (Barroso, 2009, p. 79), pois derivada do poder extraído da realidade (Lassalle, 2001, p.10 e Hesse, 2009, p. 123), não tendo substrato jurídico próprio, lógica esta que se reforça quando adotado o referencial de que é a Constituição, fruto do poder constituinte originário, que introduz o paradigma jurídico de validades para todas as normas (antes, tudo estaria no campo do exercício político).

Conquanto tal tese seja aplicável a toda extensão das normas constitucionais, importa, para os fins do presente trabalho, a invocação da visão de Lassalle (2001), sem se olvidar das críticas que recebe (especialmente oriundas da visão de Hesse), para o cotejo do catálogo dos direitos fundamentais com algumas demandas da atualidade.

Como já afirmado em tópicos pretéritos, os direitos fundamentais encontram-se em risco (normalmente não oficial) no curso da pós-modernidade, onde os clamores próprios da era das incertezas, que são dados de realidade, indicam, cada dia mais, um distanciamento com o texto constitucional e com as promessas lá estabelecidas.

Muito embora a Constituição escrita traga um catálogo de direitos fundamentais bastante extenso, colacionando promessas e garantias constitucionais essenciais às

liberdades historicamente conquistadas, aparentemente tem crescido, dentro do tecido social, um movimento apto a cada vez mais distanciar o texto das demandas surgidas no corpo coletivo, notadamente ante períodos de crises (de múltiplas faces: sociais, econômicas etc.).

Se é certo que a visão de Lasalle (2001) representa, ainda hoje, uma forma destacadamente peculiar de entender a Constituição (classificando-a, diferentemente da maioria, como um poder de caráter sociológico), suas lições são essenciais para reafirmar que as normas colocadas no texto constitucional, isto é, dentro do plano positivo, ainda que sejam inseridas em um contexto revestido de forte carga teórica que proíba o retrocesso, podem encontrar, no campo da realidade, distanciamento com as vontades e fatores concretos do dia a dia das pessoas, e, cada vez mais, de pouco em pouco, esvaziar a sua força normativa.

Nessa ordem de ideias, uma rápida leitura dessas afirmações poderia indicar, equivocadamente, que essas manifestações sociais – ao ter a suposta soberania da *constituição real* – sempre e, em qualquer circunstância, sobrepor-se-ia ao texto constitucional, inclusive quanto ao catálogo dos direitos fundamentais, que poderia ser mitigado ou suprimido, no todo ou em parte, pela opção dos fatores reais de poder ou pela simples aplicação do princípio *majoritário* (aquele que refere que basta a vontade da maioria para se efetivar a democracia).

No entanto, é preciso ponderar que a Constituição escrita, quanto aos temas essenciais, deve sempre ser revestida de especial força normativa (Hesse, 2009) que seja capaz, inclusive, de modificar eventual realidade conjuntural extraída do corpo coletivo. Por outro modo de dizer, é possível que sejam colocadas normas no texto constitucional, normalmente ligadas aos valores essenciais das liberdades mínimas, que não tenham, em seu nascimento, a aderência social tratada por Lassalle (2002), mas se fazem ali presentes exatamente para alterar, mesmo que lentamente, a realidade social, e revestem-se de vontade própria (*vontade da constituição*, e não do poder) para que consiga, inclusive, superar as demandas de realidade sobre a necessidade de a Constituição não ser apenas *puro* reflexo escrito dos fatores reais de poder. Eis interessante exemplo constatado a partir das mais recentes Constituições do Brasil:

Um derradeiro exemplo de Constituição baseada somente nos fatores de poder é a Carta de 1967, instituída pelo Governo da Ditadura Militar. Não é preciso mencionar que a referida Constituição possuía caráter extremamente autoritário. Assim, reforçou os poderes do governo, mais precisamente os poderes do Presidente da República, reduziu a autonomia individual e permitiu a suspensão de direitos e garantias constitucionais. Novamente era uma Carta baseada não na vontade popular, mas simplesmente no fator de poder do momento: o regime militar. Perdurou somente enquanto perdurou a ditadura, enquanto o regime encontrava-se no poder. Pouco tempo após o fim do regime, a Carta de 1967 foi substituída. Chega-se à inevitável conclusão que as Constituições, bem como as demais regras que regem uma sociedade, não podem ser o reflexo somente dos fatores de poder, sob o risco de serem institutos temporários, que privilegiam a minoria e que necessitam de modificações permanentes, ocasionando incerteza jurídica (Vaine, 2007, p. 97).

É exatamente por ser, muitas vezes, contrárias às maiorias vigentes que as normas fundamentais devem ter, dentro do sistema jurídico, tamanha carga de proteção, notadamente porque sua essencialidade deve ser protegida mesmo contra a circunstancial vontade de um grupo preponderante. Zelar pela preservação das normas fundamentais de liberdade inseridas na constituição, por essa forma, é um dever jurídico, ainda que essa proteção se concretize contra a vontade geral (o que lhe dá um caráter *contramajoritário* (Cambi, 2009), uma marca da jurisdição constitucional (Barroso, 2009).

Cabe lembrar que os direitos fundamentais se encontram no núcleo mais importante do movimento constitucionalista e devem ser preservados, ainda que frente aos interesses gerais. Comportam, inclusive, proteção frente ao poder público (que nasce amparado nos direitos fundamentais e deles é hierarquicamente obediente):

[...] a limitação do poder e a preservação dos direitos fundamentais constituem o principal mote perseguido pela evolução do constitucionalismo. Assim sendo, os direitos fundamentais não podem ser violados pelo Poder Público, porquanto sua preservação é o ponto fundante da legitimidade do próprio poder Público (Estado) (Abboud, 2011, p. 353).

Robert Alexy (1993), a exemplo de outros autores, adota conclusão semelhante quando conclui que a carga de importância dos direitos fundamentais é tamanha que sua outorga ou restrição sequer pode ser definida a partir de uma simples maioria parlamentar:

Os direitos fundamentais são posições tão importantes que a sua concessão ou não concessão não pode ser deixada nas mãos de uma maioria parlamentar simples. Esta frase é suscetível de múltiplos esclarecimentos. Um deles deve ser feito imediatamente. Estes são os direitos fundamentais da Lei Básica, ou seja, cargos tão importantes do ponto de vista do direito constitucional que a sua concessão ou negação não pode ser concedida por maioria parlamentar simples (Alexy, 1993, p. 432, tradução nossa).⁹⁴

Em termos de categorias, a análise de uma constituição que tenha força normativa própria, contrária à tese de Lassalle, reconhece a existência, então, de uma vontade autônoma da Constituição (que pretende regular o *dever-ser*). É uma resposta à exclusiva *vontade de poder*, que derivaria do puro caráter sociológico já abordado e que legitimaria, caso adotada em caráter exclusivo, a conclusão de que o texto constitucional pode ser apenas uma “folha de papel”, se não vier a refletir, de maneira fiel, os fatores reais de poder ou mesmo a vontade de maiorias.

Por isso – e aqui reside uma importante conclusão para o horizonte dos direitos fundamentais na pós-modernidade – a Constituição, mesmo contrária à vontade geral, pode vir a se converter em verdadeira força ativa (Hesse, 2009) quanto aos direitos fundamentais, em especial, quando conseguir imiscuir, dentro da consciência geral das pessoas e dos atores do poder, a *vontade da constituição* (Hesse, 1991), que se sobreporá às episódicas demandas de maioria que busquem, por meio das tendências punitivas valoradas no pretérito capítulo, o retrocesso parcial do catálogo fundamental das liberdades.

Sobre o tema, acrescentam-se as palavras de Konrad Hesse (2009):

A Constituição jurídica logra converter-se, ela mesma, em força ativa, que se assenta na natureza singular do presente (*individuelle Beschaffenheit der Gegenwart*). Embora a constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas

⁹⁴ “Los derechos fundamentales son posiciones tan importantes que su otorgamiento o no otorgamiento no puede quedar en manos de la simple mayoría parlamentaria. Esta frase es susceptible de múltiples precisiones. Una de ellas debe ser realizada de inmediato. Se trata aquí de los derechos fundamentales de la ley Fundamental, es decir, de posiciones que son tan importantes desde el punto de vista del derecho constitucional que su otorgamiento o denegación no pueden quedar librados a la simple mayoría parlamentaria” (Alexy, 1993, p. 432). Tradução livre: “Os direitos fundamentais são posições tão importantes que a sua concessão ou não concessão não pode ser deixada nas mãos de uma maioria parlamentar simples. Esta frase é suscetível de múltiplos esclarecimentos. Um deles deve ser feito imediatamente. Estes são os direitos fundamentais da Lei Básica, ou seja, cargos tão importantes do ponto de vista do direito constitucional que a sua concessão ou negação não pode ser concedida por maioria parlamentar simples.”

tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida e se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa caso se façam presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional – não só a *vontade de poder* (*Wille zur Macht*) mas também a *vontade da Constituição* (*Wille zur Verfassung*) (Hesse, 2009, p.123).

Ainda sobre a característica em estudo, vale colacionar a visão de Ana Paula Barcellos (2011), para quem a vedação do retrocesso faz menção aos direitos fundamentais, embora mereça pontuais objeções quanto ao perigo de engessamento do catálogo para os futuros agentes do poder⁹⁵:

A vedação do retrocesso é também uma criação doutrinária que diz respeito aos princípios, particularmente àqueles relacionados com os direitos fundamentais, podendo ser considerada uma derivação ou um aprofundamento da eficácia negativa (e, portanto, seu ofício desenvolve-se igualmente no plano da validade) (Barcellos, 2011, p. 85 e 86).

Em última análise, em todo e qualquer sistema fundamentado na dignidade da pessoa humana, tal qual ocorre no Brasil e na grande parte das democracias contemporâneas, os direitos fundamentais devem estar revestidos de tamanha força normativa, que seja apta, inclusive, a superar as demandas do próprio tecido social que, impelidas por momentos de crise, tencionem ao enfraquecimento das liberdades elementares (Altoé, 2017).

Eventual incompatibilidade de legitimidade dessa conclusão, ao argumento de que o povo, pelo próprio texto constitucional, é o detentor do poder (que dele deriva em suas múltiplas faces), é superada⁹⁶ pela constatação de que as liberdades fundamentais surgiram, em longo e contínuo fluxo histórico, como garantia de proteção da dignidade da pessoa humana, frente aos episódios que, de variadas maneiras, levaram a efeito medidas de verticalização da relação Estado-Indivíduo e,

⁹⁵ Cabe observar que a mencionada autora, com acerto, reconhece que o uso imoderado da cláusula do não retrocesso pode engessar por completo o catálogo dos direitos fundamentais, impedindo a maleabilidade que pode ser necessária com a modificação da própria sociedade. É certo que os direitos fundamentais não devem retroceder na perspectiva da extinção, mas no futuro podem vir a encontrar novos valores como marcas de uma sociedade ainda hoje sequer prevista, de modo que a cláusula do não retrocesso, embora seja importante característica dos direitos fundamentais, não deve servir de base para seu engessamento completo da atualidade (impedindo-se a modificação no futuro). Sobre o tema: (BARCELLOS, 2011, p. 87).

⁹⁶ Sobre a convivência da jurisdição contramajoritária com a democracia (Cunha Júnior, 2010, p. 61).

fundamentalmente, que enfraqueceram o núcleo de valores que atribui a dignidade ao ser humano, sem qualquer forma de hierarquia ou categorização.

A democracia pressupõe o respeito à autonomia humana. Não se resume à compreensão do chamado *princípio majoritário*. Os direitos fundamentais são estruturas basilares da democracia, de moldes que o enfraquecimento do catálogo essencial de liberdades é a mais forte corrosão do pacto democrático. Conforme ensina a doutrina:

Democracia não é sinônimo de regra majoritária e a história é pródiga em exemplos de maiorias totalitárias, sendo os dos mais recentes e famosos a Assembleia Jacobina do período do terror na Revolução Francesa e as maiorias nazistas e fascistas. A democracia exige mais do que apenas a aplicação da regra majoritária. É preciso que, juntamente com ela, sejam respeitados os direitos fundamentais de todos os indivíduos, façam eles parte da maioria ou não. Na verdade, como já se referiu, os direitos fundamentais – e não apenas os individuais e políticos, mas também os sociais – apresentam-se como condições pressupostas do regime democrático e é nesse ponto que a regra majoritária, longe de ser absoluta, encontra seus principais limites (Barcellos, 2011, p. 266 e 267).

Esses traços indicam, de antemão, que a marca da indisponibilidade absoluta dos direitos fundamentais não ocorre apenas no plano individual. Tamanha é a carga normativa que deve carregar, inclusive contra vontades coletivas de circunstância⁹⁷, como as forças tecnológicas, que a impossibilidade de sua renúncia completa atinge tanto o indivíduo por si próprio considerado, quanto o plano coletivo, marcados por demandas gerais e amparadas por maioria que, ao final, busquem o retrocesso dos já mencionados direitos essenciais.

Maioria, aliás, não significa apenas o seu sentido numérico, mas também aquele conjunto de fatores que é de dominar a generalidade do debate, incluindo as manipulações ou influências que o mundo digital promove, conforme exaustivamente demonstrado em capítulo antecedente.

Nessa lógica, uma das principais funções da jurisdição constitucional é zelar pela Constituição (Abboud, 2011), sobretudo no que diz respeito aos direitos fundamentais, fornecendo a necessária carga de proteção, em nome de sua força

⁹⁷ Sobre o caráter contramajoritário da jurisdição de proteção dos direitos fundamentais (Alexy, 1993, p. 434).

normativa, mesmo contra a vontade de maioria ou contra a dominação de forças vigentes, a exemplo das *big techs*, como já visto.

Relembre-se que o enfraquecimento episódico da Constituição, notadamente quanto aos direitos essenciais, abre precedente para esvaziar, por completo, a força normativa que se espera do texto constitucional. O precedente de hoje, utilizado supostamente em nome de um benefício coletivo, amanhã poderá ser invocado – com descontrolado – para ruir, de pouco em pouco, as conquistas fundamentais.

Trata-se de um caminho sem volta. É por isso que a jurisdição constitucional, ao reconhecer que os direitos fundamentais não podem retroceder (nem mesmo frente à vontade geral da população ou, em leitura atual, aos domínios das forças da era digital), reveste-se de caráter *contramajoritário* (Hesse, 1993) que se renovará, cada vez mais, no curso da pós-modernidade (ou qualquer outra definição da contemporaneidade emergencial que se vive no contexto da vida digital).

Há, ainda, um ponto a ser enfrentado: essas ideias aqui apresentadas defendem uma conclusão puramente normativa, isto é, sem base na realidade? Seria possível tamanha abstração, notadamente quanto à Constituição (que espelha a realidade do momento de sua criação)?

Em resposta às questões formuladas, é preciso rememorar que a força normativa da constituição, como aderência da coletividade aos valores constitucionais, deve existir, sem prejuízo de outros objetivos, para adequar a realidade (o campo do *ser*) a um projeto que respeite as liberdades essenciais da pessoa humana, o que aparentemente se tornaria impossível, se a legitimidade das normas constitucionais só fosse extraída dos fatores reais de poder, como as grandes tecnologias, redes sociais e instrumentos de manipulação democrática.

A Constituição, ao se revestir de força normativa própria, pode planejar o campo do *dever-ser* com o objetivo de aprimorar a realidade e efetivar os direitos que sejam essenciais, o que não significa desconsiderar a realidade existente. No caso do presente texto, a realidade digital que tem importante impacto no futuro dos direitos essenciais.

No entanto, é uma lógica conclusão entender que uma Constituição não pode se alimentar puramente de raízes abstratas, já que ~~acaba por~~ espelha as circunstâncias históricas e sociais de sua criação. Mais do que isso, seria uma utopia crer na possibilidade de que o texto constitucional não viesse absorver, mesmo que

em parte, as demandas que são fruto dos fatores reais do poder. Por isso, a constituição de hoje deve ser lida e entendida como matriz hermenêutica, a partir da realidade do mundo digital vivenciado.

Konrad Hesse (2009), desde antes da época tecnológica avançada hoje vivida, reconhece esse pensar e faz concluir que sua tese não busca tamanho exagero. Uma Constituição, em realidade, ~~acaba por se~~ nutre-se, em parte, dos fatores reais de poder (afinal espelha valores de uma sociedade). Mas isso não impede que a força normativa dos direitos fundamentais seja assegurada. Hesse (2009), na verdade, faz – mesmo que não intencionalmente – uma antítese à visão de Lassalle (2002) a respeito da constituição *puramente* sociológica, ao introduzir a possibilidade de que o texto constitucional, sem prejuízo dos dados de realidade que inevitavelmente o acompanharão, tenha força normativa autônoma (apta, inclusive, a ter a pretensão de influenciar o futuro da realidade).

É evidente, portanto, que nem mesmo a força normativa da constituição pode conseguir superar, por completo, as manifestações e limitações naturais de cada tecido social (Hesse, 1991) que vierem a integrar o texto constitucional. O mundo digital é uma realidade que hoje ressignifica a leitura da própria constituição, notadamente a ideia de mutação constitucional. A exemplo, a tutela da privacidade como direito fundamental de primeira dimensão é lida hoje em contexto de atualidade da vida virtual, cuja privacidade, naturalmente, não se enclausura mais no sentido físico (material) do conceito.

Nesta linha de pensar, a Constituição terá inevitavelmente que reconhecer a existência das condicionantes naturais e se adequar a elas para que sua força normativa seja preservada, sofrendo releitura, pela mutação ou outro fator, em conformidade com o desenho social de cada tempo.

Isso indica, de maneira clara, que a ideia da força normativa da Constituição não deve ter por intenção ser um projeto de puro *dever-ser* (alimentando-se apenas do abstrato); em sentido contrário, reconhece a existência de dados de realidade, mas acrescenta, como um contraponto, forte conclusão que rechaça a premissa de que a Constituição tenha exclusivamente a fundamentação nos *fatores reais de poder*, já apontados, de modo a reconhecer que deve carregar consigo, intrinsecamente, carga normativa própria, capaz de moldar a realidade, sobretudo quanto ao campo de preservação dos direitos fundamentais, acompanhando a demanda social e tendo

assimilação pelo indivíduo a partir de leituras contemporâneas.⁹⁸

A compreensão de que a jurisdição constitucional de tutela dos direitos fundamentais tem, ordinariamente, o caráter contramajoritário, surge como um reflexo de tal forma de pensar.

Nada mais é, em linhas gerais, do que a conclusão de que o catálogo fundamental, em termos de sua sobrevivência, deve ter força normativa capaz de superar as próprias demandas coletivas (dados de realidade), indicando sua força normativa pela adesão coletiva a partir do sentimento de proteção de seus valores essenciais.

Nesse ponto, os dilemas da era virtual, questões como a privacidade digital, o paradoxo da alteridade nas redes sociais, dentre outros, indicam que a jurisdição constitucional ainda tem um papel (que precisa ser melhor compreendido) na era do constitucionalismo digital, mas sua atuação claramente não poderá ser desconsiderada como instrumento contramajoritário relevante para fazer frente aos dilemas da era digital.

⁹⁸ Hesse (1991, p. 13) trabalha com a possibilidade de "condicionamento recíproco" existente entre a Constituição jurídica e a realidade político-social.

CONCLUSÃO

Considerando o exposto ao longo do texto, podem ser extraídas algumas conclusões.

A indagação acerca da falência ou não da jurisdição constitucional na era do constitucionalismo digital, como problema, encontra resposta parcial, nesse texto, na contramajoritariedade da tutela dos direitos fundamentais que as empresas de tecnologia não são capazes de entregar, considerando os insuperáveis conflitos comerciais e estruturais que carregam. Isso não significa, evidentemente, que as empresas não tenham um papel (importante inclusive) nas respostas aos dilemas que o constitucionalismo digital apresentou.

Deve-se ter em mente que, sozinhas, pelos paradoxos que carregam, as *big techs* não resolverão as preocupações reais que a era do constitucionalismo digital apresenta, ainda que, por vezes, tenham essa pretensão em termos públicos. A jurisdição constitucional, mesmo inserida em inevitáveis e incentiváveis questionamentos (a exemplo de um ativismo acrítico), preserva um papel renovado nessa era.

As hipóteses de pesquisa, ao longo do enfrentamento teórico proposto, encontraram pertinência a partir dos exemplos concretos extraídos das diferentes obras elencadas, indicando que o cenário da tutela dos direitos fundamentais, para o seu complexo horizonte, merece uma releitura, já que nem todas as respostas são encontradas no que se denominou, apenas por propósitos didáticos, constitucionalismo analógico.

O constitucionalismo digital representa uma leitura contemporânea sobre a tutela dos direitos fundamentais no ambiente cibernético, buscando compreender os novos desafios que esse âmbito promove, tanto para valores individuais, quanto para a democracia.

Ainda que pouca produção nacional tenha sido feita até o momento a respeito do tema, é possível indicar não se tratar propriamente de uma nova era do constitucionalismo, mas uma releitura crítica dos valores constitucionais na era digital, compreendendo os inovadores riscos que a democracia e os direitos fundamentais enfrentam.

Pode-se falar em dupla emergência do constitucionalismo digital nas redes sociais: o primeiro é a sua emergência, como um capítulo novo na teoria constitucional; o segundo, a sua urgência, frente aos problemas inovadores encontrados.

A conjuntura sociológica atual, por alguns nominadas de *pós-modernidade*, derivada de uma sociedade de risco e de emergência, com demanda por velocidade da informação (vide a modificação da maneira de acesso à informação), ~~acaba por~~ cria terreno fértil para manipulação digital.

Usando-se o paradigma de alteridade, de Lévinas, observa-se sempre uma relação assimétrica entre o Eu e o Outro. Para o mencionado pensador, considerando os históricos de desumanidade do século passado, é preciso que o próprio sistema de Justiça seja redesenhado, tomando por base esse modelo de conduta que vê no rosto do outro o fundamento do agir.

As redes sociais, como ilustração do mundo tecnológico atual, criam ambiente em que o Outro, conforme modelo teórico anteriormente citado, não exista propriamente. As redes sociais potencializam o bem-estar do Eu, sendo o Outro algo metafísico ou inexistente (dominado pelas maquiagens digitais).

Ao não existir o Outro no seu sentido orgânico ou material, as relações humanas não se revestem necessariamente de alteridade. A arquitetura das redes sociais – que podem promover muitas coisas boas – também criam terreno extremamente fértil para a “*não alteridade*”.

Essas premissas teóricas desdobram-se em diferentes problemas, a se destacar três pontos: 1) a destruição do Outro – aquele que não pensa como o Eu – pelos ataques à personalidade do rival (o inimigo é deliberadamente ridicularizado nas redes sociais); 2) as redes sociais potencializam *discursos* de ódio pela não alteridade; e 3) os usuários das redes sociais são insumos para obtenção de dados, de modo que as pessoas são usadas para decisões substanciais (um modo de dominar o outro para propósitos externos, uma não alteridade).

Pelos problemas apresentados, as responsáveis pelas grandes redes sociais devem se responsabilizar, arcando com todos os meios e instrumentos necessários para a criação de uma nova ética, já que os modelos tradicionais de relações humanas jamais consideraram os graves dilemas fornecidos pela era digital.

A alteridade do futuro - e por que não dizer a democracia e os direitos essenciais – depende de um modelo novo de identificação dos limites morais das

relações humanas. Os pensadores de outrora, que servem de base para o referencial teórico da contemporaneidade, não conheceram a potencialidade dos danos da não alteridade que as redes sociais podem proporcionar.

Os desafios que o constitucionalismo digital proporciona para a democracia e para a tutela dos direitos fundamentais fizeram com que algumas vozes questionassem a viabilidade da jurisdição constitucional tradicional ser capaz de ofertar, mesmo que parcialmente, respostas para os dilemas que precisam de soluções instantâneas e, muitas vezes, aprisionadas às medidas que somente as empresas de tecnologia possuem à disposição.

Por outro lado, apesar de encontrar pela frente o futuro intrincado, a jurisdição constitucional, mesmo não sendo o único caminho, apresenta-se ainda como fator determinante para a preservação dos valores essenciais no constitucionalismo digital, notadamente porque é, por essência, um movimento contramajoritário capaz, se necessário, de fazer contraponto aos elementos de poder das *big techs* (que podem encontrar conflitos de interesses éticos e comerciais para a solução de determinados problemas da era tecnológica). Para tanto, é urgente e emergente a necessidade de estudos que coloquem a jurisdição constitucional, o quanto possível, no compasso dessas evoluções tecnológicas.

Registra-se, possivelmente como a conclusão principal, que o trabalho apresenta as linhas gerais de um movimento que se forma e, naturalmente, ainda ganhará novas cores ao longo do tempo. A questão proposta é, ao fim, o reflexo de uma evolução em curso, substancialmente recente no contexto histórico.

Ainda que o texto apresente perspectivas para potenciais soluções, como o redesenho de uma ética nas redes sociais (pela ausência do rosto do Outro) e de uma proposta de reafirmação, sob novos moldes, da importância da jurisdição constitucional, é evidente que o tema é multifatorial e comporta abordagens que, com o tempo, implicarão em espaços próprios e individualizados para diferentes pesquisas.

Há, por exemplo, terreno fértil para diferentes teses e trabalhos dentro do conceito do que virá a ser, ao longo do tempo, a definição exata desse modelo atual e futuro do constitucionalismo digital, do mesmo modo que as questões das redes sociais, na perspectiva da antialteridade, desaguará em pesquisas múltiplas, inclusive em diferentes campos do Direito.

Como possíveis encaminhamentos, indica-se a utilidade, para o futuro, de desenvolvimento de importantes pesquisas empíricas que demonstrarão o impacto que a era digital gerou, ao menos em termos numéricos, no tratamento de determinadas questões ligadas aos direitos essenciais.

A pesquisa, ao final, pode caminhar para trajetos múltiplos, como múltiplas são as inquietudes dessa era digital para a proteção dos direitos essenciais.

Os direitos essenciais são revisitados e instigados, hoje de uma nova forma, dentro do existir tecnológico contemporâneo. Se as respostas de outrora não são completamente suficientes (embora negavelmente úteis), a contribuição que aqui se propõe é, ao final, uma sugestão de advertência: floresce o momento, emergente (e de emergência), para que sejam criados espaços próprios de pesquisa, com variados encaminhamentos, para o estudo dos direitos essenciais na era “digital”, novamente desafiados.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. Jurisdição Constitucional e direitos fundamentais. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2011.

ALARCON, Pietro de Jesus Lóra. Constitucionalismo e internacionalismo nos marcos da legitimação democrática: estratégias jurídicas para a efetividade do direito à verdade, à memória e à reparação. **Revista Argumenta** – UENP –Jacarezinho, n.16, p. 173-194, 2012.

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALVES, Fernando de Brito. **Constituição e participação popular**. Curitiba: Juruá, 2013.

_____. Democracia e desconfiança. **Revista Argumenta**. UENP.Jacarezinho. n. 16 p. 271, 2012.

ALVES, Fernando de Brito; CAMBI, Eduardo; KLOCK, Andrea B. **Direitos fundamentais revisitados**. Curitiba: Juruá, 2008.

ALVES, Fernando Brito; FRANCO, Tiago Arantes. Dupla supressão do direito à liberdade de expressão no ambiente da internet, redes sociais e fakenews. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**. Ano 07 (2021), n. 4, p. 575-597.

ALTOÉ, Rafael. **Política criminal e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

ANDERSON, Perry. **As origens da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

ARENDT, Hannah. **Eichmann en Jerusalén**. 4. ed. Barcelona: Lumen, 2003.

ARRABAL, Alejandro Knaesel; KREPSKY, Giselle Marie. **Cidadania digital e acesso à justiça**. In.: Sociedade da informação e fake democracy: os limites à liberdade de expressão e à democracia constitucional. SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes; BORGES, Murilo (orgs.). Andradina: Meraki, 2021.

AVELINO, Rodolfo da Silva. **Colonialismo digital: tecnologias de rastreamento online e a economia informacional**. São Paulo: Alameda, 2023.

BALKIN, Jack M. **What is postmodern Constitutionalism?** Michigan Law Review: Yale Law School. v. 90, p. 1966-1990, 1992.

BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia juridical dos princípios constitucionais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

_____. **Modernidade e Holocausto**. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

_____. **Medo líquido**. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BAUMAN, Zygmunt; LYON, David. **Vigilância líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora 34, 2010.

BELLAMY, Richard; CASTIGLIONE. Review article: Constitutionalism and democracy – political theory and the American Constitution. **C British Journal of Political Science**. v. 27, n. 4 (Oct., 1997), p. 595-618.

BELLAMY, Richard. **Constitutional Democracy**. The Encyclopedia of Political Thought, Michael T. Gibbons (ed.), Wiley-Blackwell, 2013.

BEZERRA, Bruno Novaes. Carl Schmitt: o jurista e suas contradições. São Paulo: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 109/2018, p. 33 – 46. Set-Out / 2018.

BITTAR, Carlos Eduardo Bianca. O direito na pós-modernidade. Florianópolis. Universidade Federal de Santa Catarina, **Revista Sequência**, n. 57, 2008, p. 135.

BLUM, Renato Opice; COSTA Marina de Oliveira e. **O eleitor digital**. In: Eleições e democracia na era digital. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; FONSECA, Reynaldo Soares da; BRANCO, Pedro Henrique de Moura; VELLOSO, João Carlos Banhos; FONSECA, Gabriel Campos Soares da. (coords.) São Paulo: Almedina, 2022.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 82.424-21 2003**. Brasília: STF, 2003. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 09/11/2023.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Supremo Contemporâneo**. Brasília: STF – Secretaria de atos contemporâneos, 2023.

BRASIL, Tribunal Superior Eleitoral. **Conjunto de dados eleições de 2018**. Disponível em: <www.tse.jus.br>. Acesso em: 09/11/2023.

BROWN, Alexander. **A hate speech law: a philosophical examination**. Nova Iorque: Routledge, 2015.

BRITO, Daniel Ponte; COSTA, Pedrita Dias. Consumo pós-moderno, redes sociais e superendividamento. **Revista de Direito do Consumidor**. v. 130/2020, p. 79-97. Jul - Ago / 2020.

BRITO, Daniel Chaves; RIBEIRO, Tânia Guimarães. A modernização na era das incertezas. **Revista Ambiente & Sociedade**, p. 105-115, v. V, n. 02, ago./dez 2002.

BUTLER, Judith. **Discurso de ódio**: uma política do performativo. São Paulo: Editora UNESP, 2021.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocesualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2009.

CAMBI, Eduardo; PORTO, Letícia de Andrade; FACHIN, Melina Girardi. O Supremo Tribunal Federal e a construção do constitucionalismo multinível. **Suprema, revista de estudos constitucionais**. v.1, n. 2, 2021.

CAMILO, Carlos Eduardo Nicoletti. **A teoria da alteridade jurídica**: em busca do conceito de direito em Emmanuel Lévinas. São Paulo: Perspectiva, 2016.

CANALLI, Rodrigo Lobo. **Desinformação o mal do século**: distorções, inverdades, fake news : a democracia ameaçada / Thaís de Mendonça Jorge. (org.). Brasília: Supremo Tribunal Federal: Faculdade de Comunicação da Universidade de Brasília, 2023.

CAPPELLETTI, mauro. **Constitucionalismo moderno e o papel do poder judiciário na sociedade contemporânea**. Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional. v. 4, p. 929 – 940. Maio/2011.

CARDOSO, Antônio Manoel Bandeira. A magna carta – conceituação e antecedentes. **Revista de informação legislativa**. Brasília. a. 23, n. 91. Jul/Set 1986.

CARVALHO FILHO, José S. **Jurisdição Constitucional na era digital**. Consultor Jurídico: 2022. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2022-jun-25/evolucao-jurisdiacao-constitucional-brasil-digital/>> Acesso em: 09/11/2023

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. Rio de Janeiro: Paz & Terra, 2022.

CARVALHO, Gustavo Lourenço de. Jürgen Habermas e a Modernidade: desdobramentos preliminares para uma filosofia da história. **Revista de teoria da História**, Universidade Federal de Goiás, ano 01, n.1, p. 64. ago/2009.

CELESTE, Edoardo. **Digital constitutionalism**: the role of internet bills of rights. Nova Iorque: Routledge, 2023.

CESARINO, Letícia. **O mundo do avesso**: verdade e política na era digital. São Paulo: Ubu editora, 2022.

CHUERI, Vera Karam. GODOY, Miguel de Gualano. **Breve ensaio sobre o judiciário e o executivo na pandemia: a exceção, a regra ou a exceção como regra.** In: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza Cruz. PEREIRA, Maria Fernanda Pires de Carvalho Pereira (orgs). *A pandemia e seus reflexos jurídicos*. Arraes: Belo Horizonte, 2020

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; SAIKALI, Lucas Bossoni; SOUSA; Thanderson Pereira de. Governo Digital na Implementação de Serviços Públicos para a Concretização de Direitos Sociais no Brasil. **Seqüência** (Florianópolis), n. 84, p. 209-242, abr. 2020.

CRUZ, Daniel Nery da. A discussão filosófica da modernidade e da pós-modernidade. **Metávola: Revista de Filosofia da Universidade Federal de São João Del-Rei**. n. 13, p. 40, 2011.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle da constitucionalidade: teoria e prática**. 4. ed. rev. Salvador: Juspodvím, 2010.

DIXON, Rosalind. **Constitutional amendment rules: a comparative perspective**. Chicago: Public law and theory working paper n. 3. The Law School of the University of Chicago. Maio, 2011.

DROMI, José Roberto. **Constitucionalismo y humanismo**. Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional | vol. 1 | p. 135 - 142 | Maio / 2011.

ECO, Humberto. **Historia de la Fealdad**. Barcelona: 2007.

FERNANDES, Francis Marília Pádua. O constitucionalismo e seus reflexos na interpretação constitucional. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. v. 77/2011. p. 93-104. Out-Dez / 2011.

FLORIDI, Luciano (org). **The onlife manifesto: Being Human in a hyperconnected era**. Londres: Springer Open, 2015.

FORS, Vaike; PINK, Sarah; BERG, Martin; O'DELI, Tom. **Imagining Personal Data: Experiences of Self-Tracking**. Oxon (Inglaterra): Routledge, 2020.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. 38. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010.

FRANCO, Sofia Lima. O meio é a mensagem: os *bots* sociais e o seu papel na disseminação de conteúdo inverídico nas redes sociais. **Revista de Direito e as Novas Tecnologias**. v. 2/2019. Jan - Mar / 2019

GALDINO, Marli. O poder simbólico e sua incidência nas redes sociais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. v. 114/2019. p. 267 – 281. Jul - Ago / 2019.

GAUER, Ruth M. Chittó. **A fundação da norma: para além da racionalidade histórica**. Porto Alegre: EdIPUCRS, 2009

GAVIÃO, Vanessa Cristina. A relação entre o constitucionalismo e a democracia: Uma análise da nova lei de cotas sociais. **Revista de Informação Legislativa**. Ano 50, n. 199 jul./set. 2013.

GIUSTI, Selena; PIRAS, Elisa. **Democracy and fake news**: information manipulation and post-truth politics. Nova Iorque: Routledge, 2021.

GLASSNER, Barry. **Cultura do Medo**. São Paulo: Francis, 2003.

GLUCKSMANN, André. **O discurso do ódio**. Rio de Janeiro: Difel, 2007.

GOLIA, Angelo Jr. **Critique of digital constitutionalism**: Deconstruction and reconstruction from a societal perspective. Cambridge University Press *Global Constitutionalism* (2023), p. 1-31.

GOMES, Carla Silene Cardoso Lisboa Bernardo. **Lévinas e o outro**: a ética da alteridade como fundamento da justiça. 2008. f. Dissertação (Mestrado em ...) Pontifícia Universidade Católica – PUC, Rio de Janeiro, 2008.

GOMES, Marcos Alan de Melo; ALBUQUERQUE, Fernando da Silva. **Mídia, medo e expansão punitiva**. In: PINHO, Ana Cláudia Bastos de; DELUCHEY, Jean.-François; GOMES, Marcus Alan de Melo (coords). *Tensões contemporâneas da repressão criminal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 76/77

GONSALVES, Júlio César. **Criminosos lucram R\$ 88 mi vendendo dados pessoais na dark web. 2022**. Disponível em: <<https://www.techtudo.com.br/listas/2022/06/criminosos-lucram-r-88-mi-vendendo-dados-pessoais-na-dark-web-proteja-se.shtml>> Acesso em: 09/11/2023

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Autopoiese do Direito na Sociedade Pós-moderna**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

GUIVANT, Julia S. **A teoria de risco de Ulrich Beck**: entre o diagnóstico e a profecia. *Estudos Sociedade e Agricultura*, p. 95-112, 2001.

HABERMAS, Jürgen. **Modernidade - Um Projeto Inacabado**. In: ARANTES, O. & ARANTES, P. *Um Ponto Cego no Projeto Moderno de Jürgen Habermas*. São Paulo: Brasiliense, pp. 99-123, 1992.

HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. 9. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2004.

HAN, Byung-Chul. **No enxame: perspectivas do digital**. Petrópolis: Vozes, 2018.

_____. **Sociedade do cansaço (p. 8)**. Enio Paulo Giachini. (Trad.). 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2019.

_____. **Morte e alteridade**. Petrópolis: Vozes, 2020.

_____. **Infocracia: digitalização e a crise da democracia.** Petrópolis-RJ: Vozes, 2022.

HASKY, Flávia; FORTES Isabel. Desconstruindo polarizações acerca da internet: entrelaçamentos entre os universos *online* e *offi-line*. **Revista Psicologia e Pesquisa.** v. 16, 2022.

HENDRICKS, Vicent. F.; VESTERGAARD, Mads. **Reality lost: Markets of Attention, Misinformation and Manipulation.** Copenhagen (Denmark): Springer Open, 2019.

HERRERA, Carlos Miguel. **La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución.** Cidade do México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1995, p. 113-147.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição.** Porto alegre: Ed. Sergio Antonio Fabris 1991.

_____. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha.** Porto Alegre: Fabris, 1998

_____. **Temas fundamentais do Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2009.

HOBSBAWN, Eric. **Era dos extremos: o breve século XX.** 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 29-198

IANNI, Aurea Maria Zoller. Saúde pública e sociedade de risco. **Revista de Direito Sanitário,** São Paulo, v.8, n.3, p. 38-48. Nov 2007/Fev2008.

JONES, Seven E. **The emergence of the digital humanities.** Nova Iorque: Routledge, 2014.

JONGEPIER, Fleur; KLENK, Michael. **The philosophy of online manipulation.** Nova Iorque: Routledge, 2022.

KAISER, Brittany. **Manipulados.** Rio de Janeiro: Harper Collins, 2020.

KIM, Eusong. **On the Depth of Fakeness.** In: In: FILIMOVICZ, Michael. **Deep Fakes: Algorithms and Society.** Nova Iorque: Routledge, 2022.

LACAVA FILHO, Nelson. **Responsabilidade penal do médico na perspectiva da sociedade de risco.** In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo; SOUZA, Luciano Anderson (Coords). *Direito Penal na pós-modernidade.* São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 376-377.

LASSALLE, Ferdinand. **A Essência da Constituição.** 6. ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2001.

_____. **O que é uma Constituição**; trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2002.

LATOUR, Bruno. **Jamais fomos modernos**. Rio de Janeiro: 34, 1994

LEE, Kai-Fu. **Inteligência artificial**: Como os robôs estão mudando o mundo, a forma como amamos, nos relacionamos, trabalhamos e vivemos. Marcelo Barbão. (Trad.). Rio de Janeiro: Globo Livros, 2019.

LÉVINAS, Emmanuel. **Totalidade e infinito**. Lisboa: Edições 70, 1980.

_____. **Da existência ao existente**. Campinas: Editora Papirus, 1998.

LIMA, Jairo Neia. **Emendas constitucionais inconstitucionais**: democracia e supremacia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020

_____. **Judicial review from a skeptical view**. Disciplina ministrada no programa de pós-graduação em Direito na Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP): Jacarezinho, 2022.

LONGO, Walter; TAVARES, Flavio. **Metaverso**: onde você vai viver e trabalhar em breve. Rio de Janeiro: Alta Books, 2022.

LOUGHLIN, Martin. **Against constitutionalism**. Cambridge: Harvard University Press, 2022.

LYOTARD, Jean-François. **O pós-moderno**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora José Olympio, 1988.

_____. **A condição pós-moderna**. 2. ed. José Bragança de Miranda. (Trad.). Lisboa: Gradiva, 1989

MACHADO, Débora. **A modulação de comportamentos nas plataformas de mídias sociais**. In: A sociedade de controle. SOUZA Joyce; AVELINO, Rodolfo; SILVEIRA, Sérgio Amadeu da. (Orgns.). São Paulo: Hedra, 2018, p 49.

MAGRAF, Priscila Oliveira; SANTOS, Helian Kosloski; MAGRAF, Alencar. Democracia virtual (e-democracy): a tecnologia como meio de efetivar a democracia participativa. **Revista dos Tribunais**. v. 993/2018, p. 73-100, Jul.2018.

MAHER, Sean. **Deep fakes**: Seeing and not believing. In: FILIMOVICZ, Michael. Deep Fakes: Algorithms and Society. Nova Iorque: Routledge, 2022.

MAIA, Flávia. **Justiça mineira condena Facebook a pagar R\$ 20 milhões por vazamento de dados**. Brasília: Jota, 2023. Disponível em: <www.jota.info>. Acesso em: 09/11/2023.

MARICHAL, José. **Facebook Democracy**: the architecture of disclosure and the threat to public life. Londres: Routledge, 2016.

MELLO, Patrícia Campos. **A máquina do ódio**: notas de uma repórter sobre fake News e violência digital. São Paulo: Companhia das letras, 2020.

MELO, Brício Luís da Anunciação; ANDRADE, Diogo de Calasans Melo. Inteligência artificial e união europeia: uma breve análise quanto à proposta de regulação apresentada pelo conselho europeu. **Revista dos Tribunais**, v. 1041/2022, p. 203 – 219. Jul / 2022.

MENDES, Gilmar Ferreira; FERNANDERS, Victor Oliveira. Constitucionalismo Digital e Jurisdição Constitucional: uma agenda de pesquisa para o caso brasileiro. **Justiça do Direito**. v. 34, n. 2, p. 06-51, Mai./Ago. 2020.

MICHELON, Giovana Lima; PINHEIRO, Camila Neis. **Democracia na era digital**: notas sobre potencialidades e os desafios em um contexto de informação e desinformação. *In*: Sociedade da informação e fake democracy: os limites à liberdade de expressão e à democracia constitucional. SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes; BORGES, Murilo. (Orgs.) Andradina: Meraki, 2021.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Por um constitucionalismo global. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. v. 73/2010. p. 102-116, Out - Dez / 2010.

MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo**. 5.ª ed. Porto Alegre: Editora Sulina, 2005

MOROZOV, Evgeny. **Big tech**: a ascensão dos dados e a morte da política. Claudio Marcondes. (Trad.). São Paulo: Ubu editora, 2018.

MOTA, Sergio Ricardo. Garantismo constitucionalista ou constitucionalismo garantista: do poder há sempre de se esperar um potencial abuso que é preciso neutralizar. **Revista dos Tribunais**, v. 1038/2022, p. 127–150. Abr / 2022.

NATALINO, Marco Antônio Carvalho. **O discurso do telejornalismo de referência**: criminalidade violenta e controle punitivo. São Paulo: IBCCrim, 2007.

NEGRI, André Del. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

NIDA-RUMELIN, Julian; WEIDENFELD, Nathalie. **Digital humanism**: For a Humane Transformation of Democracy, Economy and Culture in the Digital Age. Londres: Springer, 2022.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni; RIBEIRO, Douglas Carvalho; COSTA, Victor Cezar Rodrigues da Silva. Quem deve ser o guardião da Constituição?: a salvaguarda das garantias constitucionais-penais diante do Supremo Tribunal Federal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 140/2018, p. 225 – 245. Fev / 2018.

O'NEIL, Cathy. **Algoritmos de destruição em massa**: como o *big data* aumenta a desigualdade e ameaça à democracia. Rafael Abraham. (Trad.). Santo André: Ed. Rua do Sabão, 2020.

ORWELL, George. **Sobre a verdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2020.

OTÁVIO, Chico. **Golpistas vazaram quase 1 bilhão de dados no Brasil em 2022**. Globo: Rio de Janeiro: 2022. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com>> Acesso em: 09/11/2023

PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. O positivismo de Hans Kelsen e Niklas Luhmann e a constituição como instrumento normativo superior positivado. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 31/2000, p. 203 – 215. Abr - Jun / 2000.

PASTANA, Débora Regina. **Cultura do medo**: reflexões sobre violência criminal, controle social e cidadania no Brasil. São Paulo: IBCCrim, 2003, p. 101-102.

PICCELLI, Roberto Ricomini. **Regime constitucional das mídias digitais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022.

PIMENTA, Leonardo Goulart. Justiça, alteridade e direitos humanos na teoria de Emmanuel Levinas. **Revista USCS**, n. 19, jul/dez. 2010, p. 71-84.

PINTO, Roberto Bueno. Carl Schmitt x Hans Kelsen: defensor ou senhor da constituição? **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, Curitiba, v. 60, n. 3, set./dez. 2015.

PRADO, Magaly. **Fake News e inteligência artificial**: o poder dos algoritmos na guerra da desinformação. São Paulo: Almedina, 2022.

PRIGOGINE, Ilya. **O fim das certezas**. São Paulo: Editora UNESP, 1996

RIBEIRO, Carolina do Val; RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes. Relativização da noção de estado soberano na sociedade de massa e as redes sociais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 84/2013, p. 61-72, Jul - Set / 2013.

RIBEIRO, Ricardo Lodi. Globalização Sociedade de Risco e Segurança. **Revista de Direito Administrativo**, p. 267, v. 246, 2007.

ROCHA, Marcelo Hugo da; JOSÉ, Fernando Elias. **Cancelado**: a cultura do cancelamento e o prejulgamento nas redes sociais. Belo Horizonte: Letramento, 2021.

RODRIGUES, Douglas Alencar; RODRIGUES, Luiz Felipe Gallotti; DUARTE, Rodrigo Garcia. **Constitucionalismo digital e a democracia nas nuvens**". In: Eleições e democracia na era digital. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; FONSECA, Reynaldo Soares da; BRANCO, Pedro Henrique de Moura; VELLOSO, João Carlos Banhos; FONSECA, Gabriel Campos Soares da. (Coords.) São Paulo: Almedina, 2022.

RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade de vigilância**: a privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SALA, Vinicius Guarnieri. Redes sociais e minorias: uma proposta de protagonismo na busca de um efetivo equilíbrio entre liberdade de expressão e direitos individuais protegidos. **Revista de Direito e as Novas Tecnologias**. v. 10/2021. Jan - Mar / 2021.

SILVA SÁNCHEZ, Jésus-Maria. **A expansão do Direito Penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SALDANHA, Rodrigo Róger. **A quarta expressão dos direitos da personalidade e o conjunto informativo digital como uma nova classificação da personalidade na sociedade da informação**. 2022. Universidade Unicesumar. Maringá – UNICESUMAR, Maringá, 2022.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SANTANA, Isabella da Penha; SILVA, Maria Joyce dos Santos. Responsabilidade civil das redes sociais na disseminação de fake News. **Revista de Direito e as Novas Tecnologias**. v. 4/2019. Jul - Set / 2019.

SANTIAGO, Abinoan. **'Me urinei de medo ao ser levada no camburão da PM por erro de IA'**. Universo Online, 2023. Matéria Jornalística disponível em: <<https://www.uol.com.br/tilt/noticias/redacao/2023/11/15/erro-camera-reconhecimento-facial.htm>> Acesso em: 09/11/2023

SANTIN, Valter Foletto; DAVID, Décio Franco. **Sistema penal e o valor fonte do direito**: reflexões a partir de Emmanuel Lévinas. In: GIACOA, Gilberto; BREGA FILHO, Vladimir; ALVES, Fernando de Brito. Teoria da Justiça: exclusão e justiça. Curitiba: Juruá, 2021.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2002.

_____. **A cruel pedagogia do vírus**. Coimbra: Almedina, 2020.

SANTOS, Paulo Junior Trindade dos. Jurisdição Constitucional e o embate que o antecede em Kelsen e Schmitt. **Revista da ESMEC**, v. 20, n. 26, 2013, p. 381-404.

SERGIPE, Bruno Possamai. Divulgação não autorizada de imagens íntimas e pornografia de vingança: reflexões na esfera social e jurídica. **Revista de Direito e as Novas Tecnologias**, v. 16/2022, Jul - Set/2022.

SCALCO, Pedro: Jurisdição constitucional e democracia na Constituição Brasileira: entre o ativismo e a autocontenção. **Revista dos Tribunais**, v. 880/2009, p. 78 – 78, Fev / 2009.

SCHRAM, Fernanda. CADEMARTORI. Luiz Henrique Urquhart. Constitucionalismo institucionalista como alternativa necessária ao constitucionalismo normativista. **Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura**. v. 2/2017, p. 57 – 81, Jul– Set. 2017.

SCHULTZ, Aileen. Usando IA e tecnologia emergente para combater a desinformação e proteger identidades digitais. **Boletim Revista dos Tribunais Online**, v. 8/2020. Out / 2020.

SILVEIRA, Sérgio Amadeu da. **A hipótese do colonialismo de dados e o neoliberalismo**. In: Colonialismo de dados. CASSINO, João Francisco; SOUZA, Joyce e SILVEIRA, Sérgio Amadeu da. (Orgs.). São Paulo: Autonomia literária, 2021.

SOUZA, Simão Mendes de. **Constitucionalismo digital**: uma introdução. Coimbra: Almedina, 2022.

SOUZA, João Éder Furlan Ferreira. **Desigualdade digital no Brasil**: Desafios jurídico-políticos para uma sociedade informacional inclusiva. 2017. Dissertação. (Mestrado em Ciências Jurídicas) – Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), Faculdade de Direito, Paraná, 2017.

SOUZA, Joyce; SILVEIRA, Sérgio Amadeu da; AVELINO, Rodolfo. **A sociedade de controle**: manipulação e modulação nas redes digitais. São Paulo: Hedra, 2019.

SOUZA, Ricardo Timm de. **Sentido e alteridade**: dez ensaios sobre o pensamento de Emmanuel Levinas. 2. ed. Porto Alegre: EdIPUCRS, 2009.

_____. **O pensamento e o outro, o outro do pensamento**: a questão da alteridade em configurações contemporâneas. Porto Alegre: Zouk, 2022.

SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes; BORGES, Murilo. **Sociedade da informação e fake democracy**: os limites à liberdade de expressão e à democracia constitucional. Andradina: Meraki, 2021.

STAATS, Sabrina D. O constitucionalismo digital como proteção aos direitos fundamentais. **Revista Eletrônica Direito & T**. Porto Alegre, v. 1, n. 14, Dez. 2022.

STRASBOURG, **European Convention on Human Rights**. Disponível em: <www.echr.coe.int>. Acesso em: 09/11/2023

SUMPTER, David. **Dominado pelos Números**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2018.

SUYING, Leong Dymples. **Deep Fake and disinformation in Asia**. In: Deep Fakes algorithms and society. Michael Filimowicz. (Org.). Routledge: Nova Iorque, 2022.

TACSCHNER, Gisela B. A pós-modernidade e a sociologia. **Revista USP**. n. 42, p. 19, julho/agosto 1999.

TAVARES, André Ramos. **O risco democrático na era digital**. In: Eleições e democracia na era digital. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; FONSECA, Reynaldo Soares da; BRANCO, Pedro Henrique de Moura; VELLOSO, João Carlos Banhos; FONSECA, Gabriel Campos Soares da. (Coords.). São Paulo: Almedina, 2022.

TEGMARK, Max. **Vida 3.0: os seres humanos na era da inteligência artificial**. Petê Rissati. (Trad.). São Paulo: Bevirá, 2020.

TELLES, Lucio Feres da Silva. A Constituição na visão de Hans Kelsen e Niklas Luhmann. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. v. 122/2020, p. 55 – 72, Nov - Dez / 2020.

TRILLING, Lionel. **A mente no mundo moderno**. São Paulo: É realizações editora, 2015.

TRINDADE, Luiz Valério. **Discurso de Ódio nas redes sociais**. Coleção feminismos plurais. Djalma Ribeiro. (Coord.). São Paulo: Jandaíra, 2022.

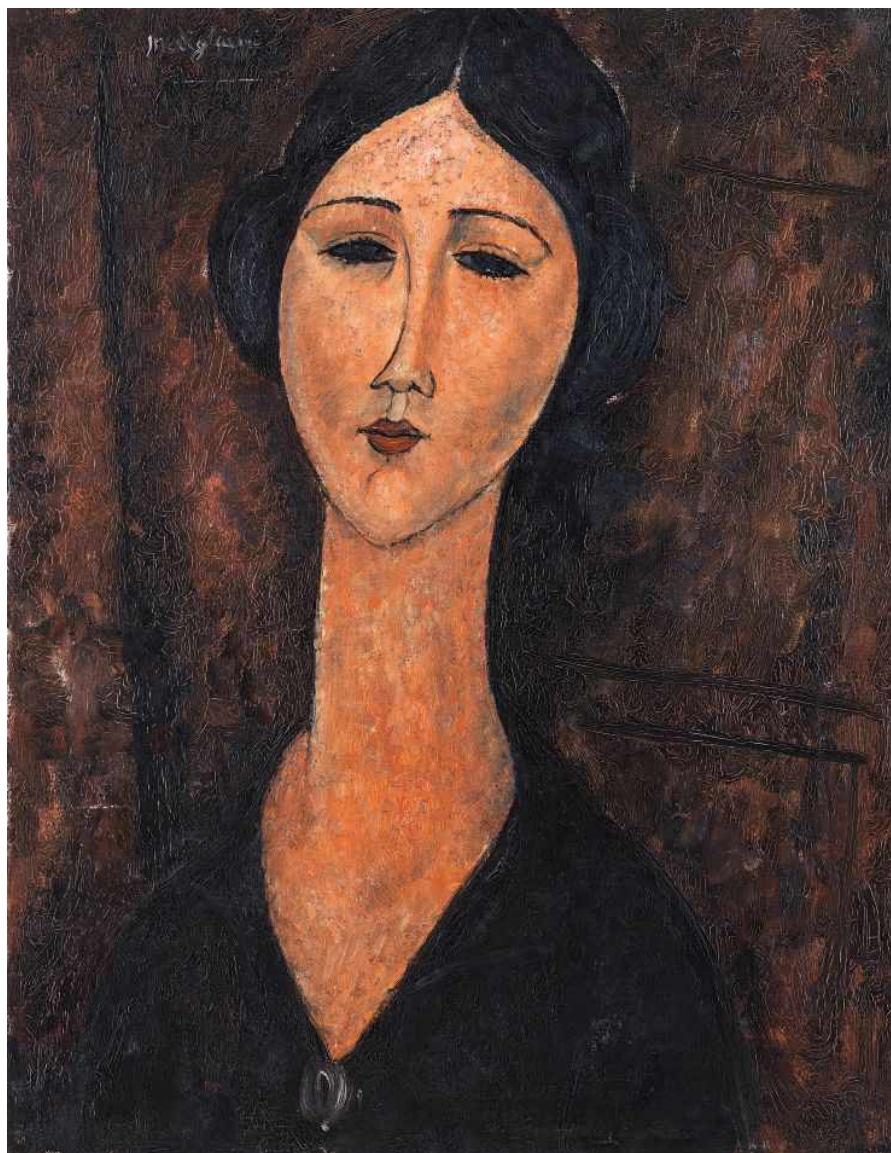
VAINE, Bruno Zilberman. A força normativa da Constituição como garantidora da segurança jurídica: uma análise das obras de Konrad Hesse e Ferdinand Lassale. **Revista Brasileira de Direitos Constitucional (RBDC)**, n.10, p. 97, jul./dez. 2007.

YUI, Huk. **Tecnodiversidade**. Humberto do Amaral. (Trad.). São Paulo: Ubu Editora, 2020.

ZENNI, Alessandro Severino Vallér. **A crise no Direito na pós-modernidade**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2006.

ANEXO – FIGURAS

Figura 1 - Retrato feminino, 1917, Amadeo Mondigliani



Fonte: Eco (2007)

Figura 2 - Retrato de Jeanne Hebuterne, 1919, de Amadeo Modigliani



Fonte: Eco (2007).

Figura 3 – *Os amantes mortos*, de Mathias Grunewald (Museu de Estrasburgo)
Forma que a arte retratava o “impuro” pela traição



Fonte: Eco (2007)

Figura 4 – Perseu e Medusa, Benvenuto Cellini, 1554. Piazza della Signoria - Florença – Forma de retratar com beleza o herói e com horror o inimigo



Fonte: Eco (2007)

Figura 5 – Imagem do Panóptico, como modelo prisional



Fonte: O panóptico e o panoptismo – Michel Foucault. Disponível em:

<<https://colunastortas.com.br/o-panoptico-e-o-panoptismo-michel-foucault/>> Acesso em: 09/11/2023

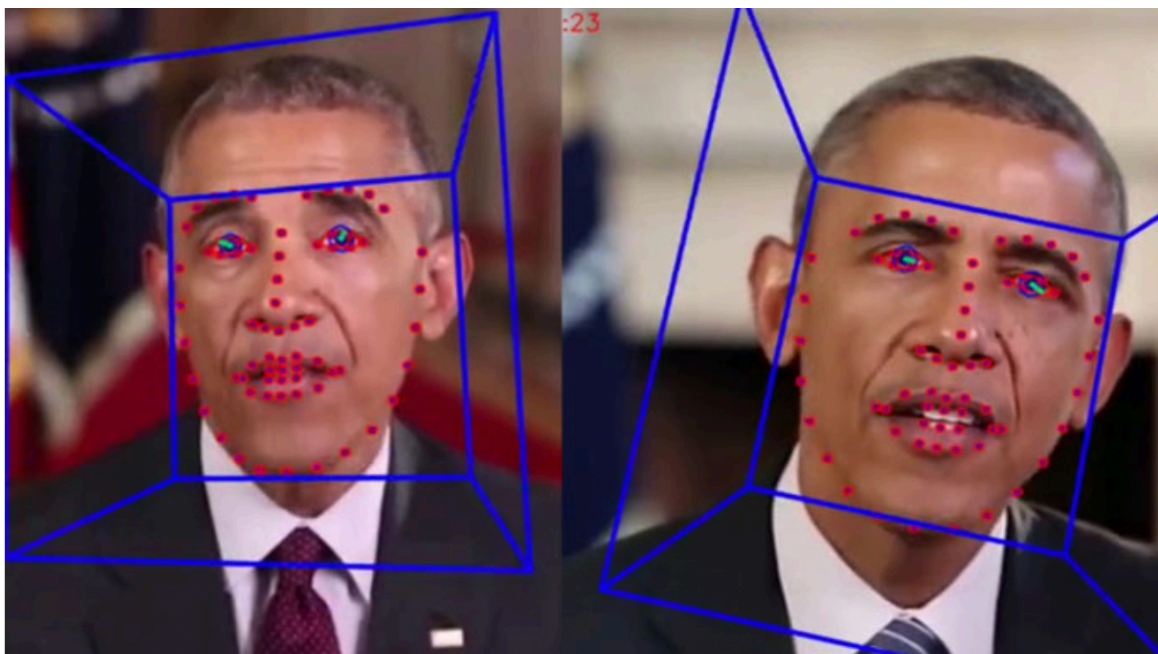
Figura 6 – Angela Merkel em *Fake News* , antes da inteligência generativa profunda



Fonte: Hendricks, Vicent. F.; Vestergaard, Mads. **Reality lost:** Markets of Attention, Misinformation and Manipulation. Copenhagen (Denmark): Springer Open, 2019.

OBS: Ainda que em termos mais atuais a presente imagem possa ser, para alguns, de fácil assimilação acerca da falsidade (como uma contrafação evidente), ao tempo de sua edição o cenário tecnológico era distinto e, conforme obra acima citada, a mídia em questão causou impacto em determinado grupo populacional. As imagens mais contemporâneas, como se verá da figura seguinte, se revestem de uma realidade mais profunda, própria, até mesmo, da *deep fake*.

Figura 7 – Manipulação digital das expressões de Obama, em um vídeo alterado em contexto de *deep fake*, em que se emulou artificialmente um discurso falso



Fonte: UNIVERSITY OF CALIFORNIA. New technology helps media detect 'deepfakes' (2019)

Disponível em: <<https://www.universityofcalifornia.edu/news/new-technology-helps-media-detect-deepfakes>> Acesso em: 09/11/2023

Figura 8 – Imagem do Papa Francisco, criada por Inteligência Artificial generativa contemporânea



Fonte: CNN BUSINESS. Tech expert weighs in on viral AI-generated photo of the Pope (2023)
Disponível em: <<https://edition.cnn.com/videos/business/2023/03/27/pope-puffer-jacket-fake-ai-generated-photo-cnntm-cprog-sot-vpx.cnn>> Acesso em: 09/11/2023